

Escuela Libre de Derecho

Revista de Investigaciones Jurídicas

42

México, 2018





ESCUELA LIBRE DE DERECHO

RECTOR

Mtro. don Luis M. Díaz Mirón Álvarez

JUNTA DIRECTIVA

Dra. doña Loretta Ortiz Ahlf

Lic. don Rafael Anzures Uribe

Lic. don Fernando Cataño Muro Sandoval

Lic. don Álvaro J. Altamirano

Lic. don Ricardo Antonio Silva Díaz

SECRETARIOS

Lic. don José Manuel Villalpando

Secretario Académico

Lic. doña Renata Sandoval Sánchez

Secretaria de Administración

Lic. doña Mayra Müggensburg Camil

Secretaria de Posgrado

Dr. don Manuel Alejandro Munive Páez

Director del Centro de Investigaciones Jurídicas

CONSEJO EDITORIAL

Lic. don Carlos Müggensburg Rodríguez Vigil

Director

Lic. don Francisco de Icaza Dufour

Presidente Honorario

Dra. doña Loretta Ortiz Ahlf

Lic. don Federico Jorge Gaxiola Moraila

Lic. don José Manuel Villalpando

Dr. don Rodolfo Gómez Alcalá

Mtro. don Pablo Francisco Muñoz Díaz

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

TIRANT LO BLANCH MÉXICO

Río Tiber 66, Piso 4

Colonia Cuauhtémoc

CP 06500 Ciudad de México

Telf: +52 1 55 65502317

infomex@tirant.com

www.tirant.com/mex/

www.tirant.es

ISSN 0185-1438

© 2018. Derechos reservados conforme a la ley

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Dr. Vértiz Número 12, Colonia Doctores

Del. Cuauhtémoc, Ciudad de México, C.P. 06720

Certificado de licitud del título núm. 6861. Certificado de licitud de contenido núm. 7357.

Comisión calificadora de publicaciones y revistas ilustradas. Secretaría de Gobernación.

Reserva de Derechos al uso exclusivo del título. Núm. de inscripción 2104-93. Registro Público

del Derecho de Autor. Queda hecho el depósito de ley.

Prohibida la reproducción de los artículos sin permiso de sus autores.

Índice

CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO A LA DEUDA NACIONAL EN EL MARCO DEL RÉGIMEN ACTUAL DE ESTABILIDAD DE LAS FINANZAS PÚBLICAS Y DE DISCIPLINA FINANCIERA DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y LOS MUNICIPIOS Por FELIPE ALAMILLA RAMOS Y SERGIO CHAGOYA DÍAZ.....	9
LA INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD DE LA PRUEBA CONFESIONAL EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN FEDERAL Y DE LA CIUDAD DE MÉXICO Por MARIO ALBERTO BECERRA BECERRIL Y MAURICIO JOSÉ BECERRA BECERRIL.....	29
EL ACCESO A LAS BOLETAS ELECTORALES EN UNA ELECCIÓN PRESIDENCIAL. UN CASO DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Por GREGORIO D. CASTILLO PORRAS	49
DEL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL AL TRATADO DE VERSALLES: UN COMPENDIO DE LEGISLACIÓN LABORAL PARA EL SIGLO XX Por MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO Y ELÍ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ.....	71
EL ARBITRAJE EN LOS TIEMPOS DEL CÓLERA Por FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO.....	111
OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA SIN DESIGNAR LA CALIDAD DE LA MISMA. EL PENSAMIENTO DE JAVOLENO (JURISTA SABINIANO Y MAESTRO DE JULIANO) Por YURI GONZÁLEZ ROLDÁN.....	131
DIGNIDAD HUMANA Y DERECHOS HUMANOS DE LAS REMUNERACIONES DE SERVIDORES PÚBLICOS Por ÓSCAR GUTIÉRREZ PARADA Y PABLO FRANCISCO MUÑOZ DÍAZ.....	143
EL ABORTO Y SU “DESPENALIZACIÓN”. TERCERA PARTE Por CARLOS MÜGGENBURG RODRÍGUEZ-VIGIL	173
DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO Por SERGIO CHARBEL OLVERA RANGEL	221

EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR, A TRAVÉS DE ESTÁNDARES Por A. CECILIA OROZCO IBARRA	255
LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DISCURSO SIMBÓLICO EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE: UN ESTUDIO A PARTIR DEL CASO TEXAS v. JOHNSON (491 U.S. 397) Por PABLO J. PEDRAZZI	291
DE LOS REPRESENTANTES EN EL DERECHO ROMANO A LA NOCIÓN UNITARIA DE REPRESENTACIÓN NEGOCIAL: ETAPAS DE LA FORMACIÓN DE UNA CATEGORÍA GENERAL Por ALDO PETRUCCI	325
<i>THE GLORIOUS REVOLUTION</i> : EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO EN INGLATERRA Por HUMBERTO PINEDA ACEVEDO	355
HERRAMIENTAS PARA EL ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DE CASOS PRÁCTICOS Por ARIEL SALANUEVA BRITO	379
DISTRIBUCIÓN DEL PODER O COMPETENCIA ENTRE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Por JORGE ALBERTO SILVA	397
LA LEGISLACIÓN MINERA EN EL ESTADO DE MÉXICO 1824-1883: ENTRE LO DESEABLE, LA COYUNTURA Y LO POSIBLE Por MARIO A. TÉLLEZ G.	421
CONCEJO INDÍGENA DE GOBIERNO: DERECHO INSURGENTE; CANDIDATURA INDÍGENA: USO ALTERNATIVO DEL DERECHO Por JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL.....	437
LA GUARDIA NACIONAL EN MÉXICO: REVISIÓN JURÍDICA, HISTÓRICA Y POLÍTICA DE UN TEMA TAN ANTIGUO COMO CONTEMPORÁNEO Por JOSÉ MANUEL VILLALPANDO	453
DERECHO COMPARADO PARA EL SIGLO XXI: DESAFÍOS, NUEVOS ENFOQUES Y UNA PROPUESTA PRELIMINAR PARA SU ENRIQUECIMIENTO Por FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ.....	495
DISCURSO DEL RECTOR EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DEL CURSO ESCOLAR 2018-2019 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO Por LUIS M. DÍAZ MIRÓN ÁLVAREZ	517

CONSIDERACIONES JURÍDICAS EN TORNO A LA DEUDA NACIONAL EN EL MARCO DEL RÉGIMEN ACTUAL DE ESTABILIDAD DE LAS FINANZAS PÚBLICAS Y DE DISCIPLINA FINANCIERA DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y LOS MUNICIPIOS

Por FELIPE ALAMILLA RAMOS
y SERGIO CHAGOYA DÍAZ

RESUMEN: Este texto analiza la reforma constitucional del 2015 en materia de estabilidad y disciplina de las finanzas de las entidades federativas y los municipios, misma que se precisó con la Ley de Disciplina Financiera de abril de 2016. En el mismo se afirma que estos cambios constituyen un nuevo régimen financiero para el Estado Mexicano en su conjunto, y de manera específica para las entidades federativas y los municipios. Se contextualiza este nuevo régimen desde el marco constitucional y legal de la deuda pública, considerando tanto los imperativos normativos como la práctica en esta materia, la conceptualización de la deuda nacional y la deuda pública, el destino de los recursos derivados del endeudamiento y la diferencia entre la deuda pública y las obligaciones de pago plurianuales sujetas a la disponibilidad presupuestal. Finalmente, se establecen algunas consideraciones sobre los efectos prácticos y las precisiones que ha implicado la reforma financiera del Estado.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA DEUDA DE LA NACIÓN. 2. LA DEUDA NACIONAL Y LA DEUDA PÚBLICA. 3. DESTINO. 4. OBLIGACIONES DE PAGO PLURIANUALES SUJETAS A LA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL. 5. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO EN MATERIA DE DEUDA. 6. ESTABILIDAD DE LAS FINANZAS PÚBLICAS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y LOS MUNICIPIOS MEXICANOS. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El 26 de mayo de 2015, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por virtud del cual se reformaron y adicionaron los artículos 25, 73 en sus fracciones VIII y XXIX-W, 79, 108, 116 y 117 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia tanto de estabilidad de las finanzas públicas, como de disciplina financiera y responsabilidad hacendaria de las entidades federativas y los municipios (el “Decreto”). Dicho marco constitucional establece el principio de que

el Estado Mexicano debe velar por la estabilidad de las finanzas públicas, incluyendo las conocidas como “sub-soberanas”, esto es de las entidades federativas y los municipios, así como del sistema financiero nacional, con el objetivo de generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo; todo ello como parte de la teleología del Derecho Constitucional Económico, contenida, entre otros preceptos, en el citado artículo 25 de la Carta Magna. Asimismo, un objetivo primordial de esa trascendente reforma constitucional fue disciplinar y ordenar a los gobiernos estatales y municipales en materia de contratación de deuda pública, para que utilicen este instrumento de política económica de manera responsable y con miras a un ordenado desarrollo y crecimiento de las entidades federativas; sustentado en la responsabilidad hacendaria al tiempo de asumir nuevos empréstitos y de reorganizar sus financiamientos existentes.¹

El objetivo de este nuevo marco constitucional puede resumirse empleando la descripción efectuada por Héctor Aguilar Camín:

Hay que suspender el mecanismo de traslado de fondos federales sin fiscalización efectiva a los gobiernos locales y poner frenos a la conducta fiscal de éstos. Los dineros venidos de la federación deben ser fiscalizados y aprobados en su gasto por la federación. Esto puede sonar a un centralismo retrógrado en detrimento del federalismo y los estados. Pero la situación actual es la de un federalismo simulado que reproduce y premia gobiernos irresponsables en detrimento de sus gobernados y de todo el país.”²

Tomando como fundamento las nuevas bases constitucionales establecidas en el Decreto, en el mes de abril de 2016 se publicó la Ley de Disciplina Financiera de las Entidades Federativas y los Municipios (la “Ley de Disciplina”), y se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones de las leyes de Coordinación Fiscal, General de Deuda Pública y General de Contabilidad Gubernamental.³

Para la mejor comprensión de este nuevo régimen para el Estado Mexicano en su conjunto, y de manera específica para las entidades federativas y los municipios, es necesario contextualizarlo dentro del marco constitucional y legal de la deuda pública, considerando para ello tanto los imperativos normativos como la práctica en esta materia, la conceptualización de la deuda nacional y la deuda pública, el destino de los recursos derivados del endeudamiento y la diferencia entre la deuda pública y las obligaciones de pago plurianuales sujetas a la disponibilidad presupuestal.

1 Adicionalmente, el Decreto elevó al plano constitucional algunos conceptos y previsiones que ya se contemplaban en la Ley General de Deuda Pública (ahora Ley Federal de Deuda Pública).

2 AGUILAR CAMÍN, Héctor, Nocturno de la democracia mexicana, Revista NEXOS, México, Mayo 2016.

3 Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de abril de 2016. Dicha Ley ya fue objeto de reforma mediante el Decreto publicado el 30 de enero de 2018 en el Diario Oficial de la Federación.

1. LA DEUDA DE LA NACIÓN

Nuestra Constitución Federal faculta al Congreso de la Unión “*Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos y otorgar garantías sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional*”. Mediante la Ley Federal de Deuda Pública (en adelante “LFDP”) el Congreso ha establecido tales bases y en las Leyes de Ingresos de la Federación (de manera colectiva “LIF”) fija anualmente los montos máximos de endeudamiento neto interno y externo.

La LFDP además de contemplar los empréstitos que sean contratados y las garantías que otorgue el Ejecutivo Federal, regula las obligaciones de pasivo, directas o contingentes, derivadas de financiamientos a cargo de las dependencias, entidades paraestatales y Empresas Productivas del Estado⁴ que integran la Administración Pública Federal, de los Poderes Legislativo y Judicial de la Federación, así como del Gobierno de la Ciudad de México en virtud de su régimen financiero actual.⁵ Para llevar a cabo lo anterior, dicho ordenamiento legislativo⁶ establece la definición de financiamiento, señalando a la contratación, fuera o dentro del país, de créditos, préstamos o empréstitos derivados de:

- La suscripción o emisión de títulos de crédito o cualquier otro documento pagadero a plazo;
- La adquisición de bienes, así como la contratación de obras o servicios cuyo pago se pacte a plazos

4 Sobre la naturaleza y régimen especial de las Empresas Productivas del Estado véase ALAMILLA RAMOS, Felipe y RABASA KOVACS, Tania, *El impacto del petróleo en el desarrollo de México, la evolución de su marco constitucional y de Petróleos Mexicanos*, publicado en el número 39 de la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, México, 2015.

5 Sin perjuicio de la aplicación del artículo 33 de la Ley de Disciplina, el cual dispone, entre otros requisitos, que los financiamientos de la Ciudad de México se contratarán con apego a lo aprobado por el Congreso de la Unión en la LIF y las directrices expedidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público; teniendo además la obligación el gobierno de esta entidad federativa de reportar de manera trimestral al Congreso de la Unión sobre el estado que guarda su deuda pública.

6 Artículo 2º de dicha LFDP. Por su parte, la Ley de Disciplina define en su artículo 2º, fracción XI, al financiamiento como “*toda operación constitutiva de un pasivo, directo o contingente, de corto, mediano o largo plazo, a cargo de los entes públicos (que comprenden a los tres poderes, organismos autónomos y entes paraestatales de los gobiernos de las entidades federativas y los municipios), derivada de un crédito, empréstito o préstamo, incluyendo arrendamientos y factorajes financieros o cadenas productivas, independientemente de la forma mediante la que se instrumente*”. Como puede apreciarse dicha definición parte de la LFDP, pero la “moderniza” en cuanto a los nuevos órganos del Estado y la posibilidad de incluir a las cadenas productivas, estableciendo “*numerus clausus*”, esto es, la posibilidad de considerar una obligación de pago a todo pasivo con independencia de la forma jurídica como se estructure, en tanto que el método de la fracción IV del artículo 2 de LFDP, deja a calificación posterior, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, si dicho acto jurídico se considera “análogo” a los otros descritos en dicho precepto legal federal.

- Los pasivos contingentes relacionados con los actos mencionados,
- La celebración de actos jurídicos análogos a los anteriores.

La conceptualización de deuda pública establecida en la LFDP adolece de ciertas imprecisiones en cuanto a técnica jurídica y de política legislativa;⁷ sin embargo, la previsión de las obligaciones derivadas de financiamientos a cargo de entes públicos federales no resulta contraria o en exceso a la atribución conferida por la Constitución, ya que el numeral 1o. de la fracción VIII antes citada comprende facultades complementarias pero distintas, a saber: i) Dar las bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos y otorgar garantías sobre el crédito de la Nación; ii) Aprobar esos mismos empréstitos, y iii) Reconocer y mandar pagar la deuda nacional.

En este sentido, el Constituyente no limitó el origen de la deuda nacional a los empréstitos que celebre y a las garantías otorgadas por el titular del Poder Ejecutivo Federal y que sean aprobados, también contempló la posibilidad de que dicha deuda incorporara pasivos con un origen diverso, como los financiamientos asumidos por los entes públicos que conforman la Administración Pública Federal, cuyo reconocimiento y pago –al igual que en el caso de los empréstitos celebrados directamente por el Ejecutivo Federal– pueden autorizarse por el Congreso de la Unión en ejercicio de su facultad de “reconocer y mandar pagar la deuda nacional”. Asimismo, el que la LFDP sólo contemple obligaciones derivadas de actos jurídicos (empréstitos, garantías y, en general, financiamientos) no supone una restricción a la atribución más amplia conferida por el Constituyente al Congreso de la Unión, conforme a la cual éste podría, en aplicación directa del texto constitucional, reconocer y mandar pagar, como parte de la deuda nacional, otros pasivos, como los provenientes de hechos jurídico. Tal sería el caso de la deuda que se genera de un hecho jurídico proveniente de responsabilidad subjetiva del Estado o la asumida por la responsabilidad objetiva o de riesgo creado, la cual normalmente es prevista en el Presupuesto de Egresos de la Federación bajo el rubro de contingentes o imprevistos.⁸

Partiendo de la base de que las facultades relativas a la aprobación de los empréstitos y al reconocimiento y orden de pago de la deuda nacional son propias del Congreso de la Unión, es de señalarse que la práctica en esta materia se ha alejado del mandato constitucional, ya que ha sido la Cámara de Diputados la que en forma exclusiva –salvo algunas excepciones⁹– ha ordenado los pagos de la deuda nacional, mediante

-
- 7 Véase ROCHA TORRES, Silvia Eugenia, *Perspectiva Constitucional de la Deuda Pública Federal*, en Problemas Actuales del Derecho Financiero Mexicano, Ed. Porrúa e Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2009.
- 8 Véase HAMDAN AMAD, Fauzi, *Aspectos Jurídicos de la deuda pública*, en Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo, publicación de la H. Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, México, 2001.
- 9 Por ejemplo, la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal de 1941; el Transitorio Octavo, fracción III, de la Ley de Protección al Ahorro Bancario de 1999, y, en alguna medida, el

el Presupuesto de Egresos de la Federación. En efecto, ese órgano del Poder Legislativo, a través de su revisión de la Cuenta Pública, por conducto de la Auditoría Superior de la Federación,¹⁰ ejerce –al menos en forma aparente– las facultades relativas tanto a la aprobación de los empréstitos y las garantías como al reconocimiento de la deuda nacional, volviendo nugatorio el mecanismo contenido en la fracción VIII, numeral 1o., del artículo 73 Constitucional, toda vez que la revisión de la Cuenta Pública tiene por objeto conocer los resultados de la gestión financiera, así como comprobar si se ha ajustado a los criterios establecidos en el Presupuesto de Egresos de la Federación y al cumplimiento de los objetivos contenidos en los programas. En consecuencia, se trata de un procedimiento *ex post* que no abarca el análisis previo que debería dar sustento a la aprobación, reconocimiento y orden de pago de la deuda nacional, mecanismo expreso contenido en el texto de la Constitución Federal, efectuándose por ende una práctica contraria al mismo, ya que parte del supuesto de que el pago de ese empréstito nacional ya ha sido efectuado, como si de una autorización *a priori* se tratase.

De esta suerte, la Cámara de Diputados mediante el uso de una facultad exclusiva que le confiere la Constitución,¹¹ viene determinando, efectuar los pagos correspondientes a la deuda nacional al evaluar “*los resultados de la gestión financiera*”, así como las cantidades de los egresos contenidas en las partidas establecidas en el Presupuesto de Egresos de la Federación. Lo anterior, contraviniendo una atribución constitucional a ser ejercida por el Congreso de la Unión (“*mandar pagar la deuda nacional*”), mediante ley o decreto en términos del artículo 70 de la Constitución, lo que sería además consistente con el mandato del artículo 126 Constitucional, que desde 1917 dispone: “*No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por la ley posterior*”.

En este mismo orden de ideas, aunque el citado artículo 126 menciona el Presupuesto, la aprobación de éste también es otra facultad exclusiva de la Cámara de Diputados,¹² por lo que en puridad constitucional solamente se deberían comprender en el mismo aquellos empréstitos que previamente hubiese ordenado amortizar el Poder Legislativo en su conjunto, esto es, ambas cámaras del Congreso de la Unión. De tal suerte, y complementando el debido funcionamiento de este mecanismo constitucional, el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación a ser enviado por el Presidente de la República a los diputados federales, únicamente debiese incluir la liquidación del endeudamiento público que anteriormente le hubiese autorizado el Poder Legislativo,

Transitorio Vigésimo Primero de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado de 2007, así como los Transitorios Tercero y Cuarto del Decreto de reformas a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y a la Ley General de Deuda Pública de agosto de 2014.

10 Artículo 74, fracción VI, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

11 Artículos 74, fracción VI, y 134, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

12 Artículo 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ya sea a través de una ley o por un decreto, de manera que esas partidas concretas para el “pago de deuda nacional” conllevan un requisito de procedencia constitucional.

Por otra parte, el Congreso de la Unión autoriza mediante la LIF al Poder Ejecutivo Federal para, entre otros, contratar y ejercer, dentro del sistema y mercados financieros nacionales, así como en los del exterior, créditos, empréstitos y otras formas de disposición del crédito público, incluyendo la emisión de valores nacionales o extranjeros,¹³ en los términos de la LFDP y para el financiamiento de compromisos asumidos en el Presupuesto de Egresos de la Federación, así como para canjear o refinanciar obligaciones del sector público federal, fijando el monto de endeudamiento neto interno y externo.

El artículo 10 de la LFDP prevé que el Congreso de la Unión, al aprobar la LIF correspondiente al siguiente ejercicio fiscal, podrá autorizar al Ejecutivo Federal a ejercer o autorizar montos adicionales de financiamiento cuando, a juicio del propio Ejecutivo, se presenten circunstancias económicas extraordinarias que así lo exijan, en el entendido de que el Ejecutivo habrá de informar inmediatamente al Congreso sobre el ejercicio de tal autorización. Esta previsión, en sus términos, podría devenir inconstitucional, ya que conllevaría la delegación al Ejecutivo de una atribución propia del Congreso, de manera que *ex ante* se aprobarían y reconocerían como deuda pública los montos adicionales de financiamiento que determinare el primero. No obstante, en la práctica el Congreso de la Unión ha ejercido tal disposición dentro de los parámetros constitucionales, autorizando en la LIF la contratación de obligaciones constitutivas de deuda pública por montos adicionales a los fijados para el endeudamiento neto interno y externo, respectivamente, siempre y cuando el importe del endeudamiento neto adicional sea equivalente al monto neto no ejercido de la cuenta correlativa –interna o externa–.¹⁴ Así, los montos

13 Tradición añeja en nuestro país dicho mecanismo de financiamiento, al respecto véase, entre otros: *Deuda externa de México. Bonos y tenedores de bonos 1824-1888*. Sección Obras de Historia, Deuda Externa de México. Fondo de Cultura Económica, México 2007, COSTELOE, Michael P., traducción Lucrecia Orensanz Escofet. Al respecto, dicho autor comenta “En 1824 y 1825 México obtuvo un préstamo de £6 400 000 en el mercado londinense mediante la venta de bonos generadores de interés. Se comprometió a pagar dividendos a los tenedores de estos bonos cuatro veces al año durante 30 años, al término de los cuales redimiría los bonos a la par. Las tasas de interés de 5 y 6% anuales eran atractivas y no fue difícil colocar los bonos en el mercado con una prima inicial sobre el precio de emisión acordado. Sin embargo, a los dos años, en octubre de 1827, México incumplió sus compromisos al dejar de enviar los fondos requeridos para el pago de dividendos. Durante los 60 años siguientes hubo varias renegociaciones, en las que México como deudor y los tenedores de bonos como acreedores trataron de encontrar un medio para cumplir los términos del contrato firmado. ...México no cumplió plenamente ninguna de estas promesas...El crédito mexicano en los mercados de capital europeos quedó destruido durante gran parte del siglo XIX.” Op. cit. pp. 367 a 369. En virtud de lo anterior, el nuevo régimen constitucional de estabilidad de las finanzas públicas y disciplina financiera, encuentra también un importante antecedente histórico.

14 De manera similar opera dicho mecanismo en materia de endeudamiento público, en otros sistemas constitucionales, por ejemplo el artículo 135.3 de la Constitución Española vigente señala: “3. *El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito. Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Admi-*

adicionales de endeudamiento no podrán implicar un incremento respecto del total neto autorizado para el ejercicio fiscal que corresponda.

2. LA DEUDA NACIONAL Y LA DEUDA PÚBLICA

Una vez identificados los extremos del enunciado inicial del numeral 1o. correspondiente a la fracción VIII del artículo 73 Constitucional, y habiendo aclarado que la práctica en esta materia no ha respetado el sentido y ámbito competencial referente a la aprobación de los empréstitos y al reconocimiento y orden de pago de la deuda nacional,¹⁵ es ahora oportuno precisar el significado de los conceptos “deuda nacional” y “deuda pública”,¹⁶ a efecto de determinar si son sinónimos o si uno se encuentra comprendido dentro del otro.

nistraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión. El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.” El primer enunciado de este precepto constitucional enuncia el principio de reserva de ley para la deuda pública, esto es, similar a nuestra fracción VIII del artículo 73, mediante un acto del Congreso de la Unión, se autoriza al Ejecutivo a contraer empréstitos. Sobre la crítica a la vigencia de dicho principio de reserva de ley y su interpretación moderna: “*es un precepto que mira al pasado...dejándole desprovisto de cualquier carácter extraordinario y la fijación de unos límites máximos de endeudamiento, límites que, además, deben ser adoptados con la flexibilidad que demande el mercado de capitales en cada momento. Somos conscientes de que, con esto, la reserva de ley en materia de Deuda pública prácticamente no existe. Pero nos parece que éste es el signo de los tiempos contra el que poco pueden hacer pruritos de corte exclusivamente formalista.*” vid *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, MARTÍN QUERALT, Juan, LOZANO SERRANO, Carmelo, TEJERIZO LOPEZ, José M. y CASADO OLLERO, Gabriel; Ed. Tecnos, 22ª edición, Madrid, 2011, pp. 54 y 55. Es de observarse que dicha crítica se refiere al texto de la Constitución Española del derogado artículo 135, ya que el mismo fue objeto de la segunda reforma constitucional promulgada (Boletín Oficial del Estado No. 233 de 27 de septiembre de 2011), para entre otros incorporar el principio de estabilidad presupuestaria; sin embargo la misma es vigente al mantenerse dicho principio de reserva de ley en el precepto constitucional reformado.

- 15 Opiniones concordantes, discordantes y diversas pueden consultarse en los destacados trabajos de: HAMDAN AMAD, Fauzi, *Aspectos jurídicos de la deuda pública, Teoría y Práctica* en Quórum, publicación de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Número 10, año I, México, 1993; RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, Ed. Porrúa, 6ª ed. México, 1982; ROCHA TORRES, Silvia Eugenia (*Op. cit. supra*), y VAZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, Fondo para la difusión del derecho, Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, México, 1991.
- 16 En la doctrina española “*bajo el término Deuda pública se alude a los ingresos que obtienen los Entes públicos a cambio de una retribución (normalmente en forma de intereses) y de la obligación, en los supuestos más habituales, de devolver las cantidades recibidas una vez transcurrido cierto tiempo.*” MARTÍN QUERALT, Juan, LOZANO SERRANO, Carmelo, TEJERIZO LOPEZ, José M. y CASADO OLLERO, Gabriel; *op. cit.* p. 51. También se considera que la financiación de los entes públicos, constituye una actuación administrativa propia “*tendientes a obtener del mercado de capitales los efectivos que los poderes públicos precisan para atender a necesidades no cubiertas por los mecanismos tributarios ordinarios.*” *El Marco Público de la Economía de Mercado*, MARTÍN MATEO, Ramón, Ed. Thomson Aranzadi, 2ª Edición, Madrid 2003, p. 126.

Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos emplea indistintamente los conceptos de Federación, Nación, República y Unión para referirse al Estado Federal Mexicano, de manera que por deuda nacional debe entenderse aquélla que se encuentra a cargo de la Federación, la cual debe ser contratada siguiendo los mecanismos constitucionales materia de este análisis. Por consiguiente, no se limita a la que tiene origen en los empréstitos contratados y garantías otorgadas por el Ejecutivo Federal, sino que también comprende la que derive de otros actos –o incluso hechos– cuyo reconocimiento sea determinado por el Congreso de la Unión. No obstante, en los trabajos tendentes a la aprobación de la LFDP se privilegió el empleo del concepto deuda pública, con la aparente intención, más didáctica que jurídica, de evitar una interpretación restrictiva conforme a la cual la deuda nacional sólo fuese la contratada directamente por el titular Poder Ejecutivo Federal y su administración pública centralizada,¹⁷ sino también las otras “entidades”¹⁸ listadas en el artículo 1º de la propia LFDP. Es de resaltar que dicho precepto legal no incluye a los distintos órganos autónomos constitucionales “nacionales” que se han venido sumando al sector público del Estado Mexicano durante los últimos años. Curiosamente, la Ley de Disciplina, en contrapartida, sí considera a los órganos autónomos estatales (quienes deben tener dicha característica conforme a las constituciones particulares de los Estados y su legislación secundaria) dentro de su ámbito de aplicación.

Así, para efectos de la LFDP por deuda pública debe entenderse la deuda nacional; es decir, la que corresponde a la Federación, ya sea que derive de las obligaciones contratadas por el Ejecutivo Federal o de las obligaciones que resulten de los financiamientos a cargo de los otros entes públicos previstos por la LFDP, e incluso de actos o hechos no previstos en la LFDP cuando el Congreso de la Unión así lo determine.

3. DESTINO

Por lo que respecta al destino de los recursos derivados del endeudamiento, a partir de 1946 la fracción VIII del artículo 73 Constitucional preveía que “... Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de

17 De acuerdo con el artículo 1º, fracción I, de la LFDP, son obligaciones constitutivas de deuda pública las que deriven de financiamientos contratados por el Ejecutivo Federal y sus dependencias; mientras que el artículo 3º dispone que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es la dependencia encargada de la aplicación de dicho ordenamiento, y en este sentido el artículo 4º establece ciertas facultades y obligaciones que corresponden al Ejecutivo Federal por conducto de la mencionada dependencia. En este contexto deben entenderse las alusiones al Ejecutivo Federal cuando en este trabajo se hace referencia al artículo 4º de la LFDP.

18 Se emplea el entrecomillado porque el concepto debe entenderse en un sentido amplio; es decir, no como referencia a las entidades paraestatales definidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, sino comprendiendo a los Poderes de la Unión, a los integrantes de la Administración Pública Federal y al Gobierno de la Ciudad de México.

regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29.¹⁹

Posteriormente, en virtud de las reformas constitucionales del 26 de mayo de 2015, se sustituyó la palabra “salvo” por el enunciado “o, en términos de la ley de la materia”, lo cual era innecesario; mientras que el concepto de “operaciones de conversión” fue reemplazado por el de “operaciones de refinanciamiento o reestructura de deuda que deberán realizarse bajo las mejores condiciones de mercado”, lo que claramente obedeció a que la LFDP ya manejaba una hipótesis de mayor amplitud: “canje o refinanciamiento de obligaciones del Erario Federal”.

En cuanto al destino de la deuda, la LFDP en su artículo 4º, fracción I, establece que corresponde al Ejecutivo Federal “Emitir valores y contratar empréstitos para fines de inversión pública productiva, para canje o refinanciamiento de obligaciones del Erario Federal o con propósitos de regulación monetaria”; mientras que en su fracción IV atribuye al propio Ejecutivo Federal la obligación de “Cuidar que los recursos procedentes de financiamientos constitutivos de la deuda pública se destinen a la realización de proyectos, actividades y empresas que apoyen los planes de desarrollo económico y social, que generen ingresos para su pago o que se utilicen para el mejoramiento de la estructura del endeudamiento público”.

En una interpretación integral, conforme a la cual la emisión de valores y la contratación de empréstitos son modalidades de los “financiamientos” que en términos de la LFDP pueden originar deuda pública, es posible concluir que la fracción IV desarrolla el concepto de “inversión pública productiva” que se menciona en la fracción I, como uno de los tres posibles destinos que señala esta última fracción, siendo finalidades diversas la de “refinanciamiento de obligaciones del Erario Federal” y la de “regulación monetaria”, las cuales sólo serían posibles en la emisión de valores y la contratación de empréstitos por parte del Ejecutivo Federal y no en el caso de financiamientos a cargo de las demás “entidades” contempladas en el artículo 1º de la LFDP.

Por otra parte, la fracción V del artículo 4º de la LFDP regula un supuesto adicional, consistente en la deuda pública que deriva de la garantía del Gobierno Federal –otorgada por el Ejecutivo– respecto de “... operaciones crediticias que se celebren con organismos internacionales de los cuales México sea miembro o con las entidades públicas o privadas nacionales o de países extranjeros ...”, estableciendo que el destino de los créditos correspondientes será “... la realización de proyectos de inversión o actividades productivas que estén acordes con las políticas de desarrollo económico y social aprobadas por el Ejecutivo y que generen los recursos suficientes para el pago del cré-

19 Cabe destacar que en la exposición de motivos de la Iniciativa del Ejecutivo Federal se hizo énfasis en que el gasto no debe ser cubierto con recursos obtenidos mediante crédito sino con los derivados de los impuestos.

dito y tengan las garantías adecuadas". Esta fracción precisa el destino que deberán tener los créditos a cargo de las demás "entidades" contempladas en el artículo 1º de la LGDP para poder gozar de la garantía del Gobierno Federal. La previsión constitucional expresa de las garantías que puede otorgar el Ejecutivo Federal sobre el crédito de la Nación fue incorporada por las reformas del 26 de mayo de 2015 a la fracción VIII del artículo 73.

Así, el destino de las obligaciones constitutivas de deuda pública puede resumirse conforme a lo siguiente:

- Los empréstitos (préstamos o créditos, incluyendo la emisión de valores) del Ejecutivo Federal deben destinarse a la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos –lo que ha sido interpretado por el legislador como fines de inversión pública productiva–, salvo que se trate de:
 - a) Propósitos de regulación monetaria;
 - b) Operaciones de refinanciamiento o reestructura de deuda, las cuales deberán buscar el mejoramiento de la estructura del endeudamiento público y, consecuentemente, realizarse bajo las mejores condiciones de mercado,²⁰ o
 - c) Requerimientos derivados de alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29 Constitucional.
- Tanto los empréstitos del Ejecutivo Federal que tengan fines de inversión pública productiva como los financiamientos a cargo de las demás "entidades" contempladas en el artículo 1º de la LFDP, deben destinarse a proyectos, actividades y empresas que apoyen los planes de desarrollo económico y social, que generen ingresos para su pago o, como en el caso de las operaciones a que se refiere el inciso b) del punto anterior, que se utilicen para el mejoramiento de la estructura del endeudamiento público. Este último supuesto es contrario al sentido del texto constitucional, ya que impone a las "entidades" distintas del Ejecutivo Federal una restricción mayor; mientras que en el caso de los empréstitos contratados por el Ejecutivo, el mejorar la estructura del endeudamiento público es una excepción al requisito de la inversión pública productiva, para los demás sujetos de deuda pública constituye un requisito adicional. A manera de ejemplo, si un financiamiento contratado por Petróleos Mexicanos tiene por objeto mejorar la estructura del endeudamiento público, en el cual tiene una participación relevante esta Empresa Productiva del Estado, deberá también acreditarse que los recursos se destinarán a proyectos, actividades y empresas que apoyen los planes de desarrollo económico y social.

20 Hay que recordar que desde que el precepto constitucional refería a operaciones de conversión el legislador interpretó éstas como el canje o refinanciamiento de obligaciones del Erario Federal.

- Tratándose de los financiamientos a cargo de las demás “*entidades*” contempladas en el artículo 1º de la LFDP, en caso de que requieran de la garantía del Gobierno Federal, además del destino señalado en el punto precedente se deberá contar con las garantías adecuadas.²¹

4. OBLIGACIONES DE PAGO PLURIANUALES SUJETAS A LA DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL

Como se ha señalado, la deuda pública comprende las obligaciones de pago, directas o contingentes, que deriven de la contratación, dentro o fuera del país, de créditos, empréstitos o préstamos que a su vez deriven de, entre otros actos jurídicos, la adquisición de bienes y la contratación de obras o servicios cuyo pago se pacte a plazos.

Así, para que las obligaciones de pago a plazos que deriven de contratos de adquisiciones, obras o servicios sean constitutivas de deuda pública se requiere que tales obligaciones conlleven la asunción de un financiamiento (crédito, empréstito o préstamo). En caso de no asumirse tal financiamiento, las obligaciones de pago se encontrarán sujetas a la disponibilidad presupuestal correspondiente en términos de lo dispuesto por el artículo 126 Constitucional.

En el contexto de la disponibilidad presupuestal, conforme al artículo 74, fracción IV, de la Constitución, la Cámara de Diputados puede autorizar en el Presupuesto de Egresos de la Federación las erogaciones plurianuales para proyectos de inversión en infraestructura que se determinen conforme a lo dispuesto en la ley reglamentaria; en el entendido de que las erogaciones correspondientes deberán incluirse en los subcuentos Presupuestos de Egresos.

El artículo 50 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (en adelante “*LFPRH*”) establece que los ejecutores de gasto podrán celebrar contratos plurianuales de obras públicas, adquisiciones, y arrendamientos o servicios durante el ejercicio fiscal, siempre que cumplan ciertos requisitos y cuenten con la autorización correspondiente –de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público tratándose de dependencias, y en el caso de entidades del titular de éstas–. Conforme al artículo 32 de la LFPRH, en el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación se deberán prever, en un capítulo específico, los compromisos plurianuales de gasto que se autoricen en los términos del artículo 50 de la propia Ley. En estos casos, los compromisos exceden-

21 El artículo 49 de la Ley de Tesorería de la Federación establece que en los casos de otorgamiento de garantías y avales a cargo del Gobierno Federal, previstos en las leyes aplicables, la intervención de la Tesorería consistirá en suscribir, de manera conjunta con las demás unidades administrativas competentes de la Secretaría, los documentos que amparen las garantías y avales, así como promover, cuando proceda, la cancelación de dichas obligaciones o hacer efectivas las contragarantías que, en su caso, se hubieren pactado.

tes no cubiertos tendrán preferencia respecto de otras previsiones de gasto, quedando sujetos a la disponibilidad presupuestaria anual.

Asimismo, en el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación se deberán prever, en un apartado específico, las erogaciones plurianuales para proyectos de inversión en infraestructura en términos del artículo 74, fracción IV, de la Constitución, hasta por el monto que proponga el Ejecutivo Federal como porcentaje del gasto total en inversión del Presupuesto de Egresos, tomando en consideración los criterios generales de política económica para el año de que se trate y las erogaciones plurianuales aprobadas en ejercicios anteriores. En todo caso, las asignaciones de recursos de los ejercicios fiscales subsecuentes a la aprobación de dichas erogaciones deberán incluirse en el Presupuesto de Egresos de la Federación.

En concordancia con lo anterior, y por lo que respecta a los contratos de servicios, la Ley de Asociaciones Público Privadas (en adelante “LAPP”) en su artículo 24 establece que el gasto público federal que, en su caso, sea necesario para el desarrollo de los proyectos previstos en dicha Ley se ajustará a las disposiciones de la LFPRH, al Presupuesto de Egresos de la Federación y demás disposiciones jurídicas aplicables, previendo que los compromisos presupuestarios futuros que, en su caso, llegaren a originar los proyectos de asociación público-privada, serán acordes con las posibilidades agregadas de gasto y de financiamiento del sector público federal, así como que para tal efecto la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con base en las proyecciones macroeconómicas utilizadas en la programación y los requerimientos financieros del sector público, elaborará una estimación del monto máximo anual del gasto programable para tales proyectos.

Adicionalmente, la LAPP dispone que los proyectos de asociación público-privada que involucren recursos del Presupuesto de Egresos de la Federación serán analizados y, en su caso, autorizados por la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación, durante el ejercicio fiscal de que se trate, debiendo ajustarse al monto máximo anual del gasto programable aprobado por la Cámara de Diputados. La citada Comisión Intersecretarial determinará la prelación para la inclusión en el proyecto de Presupuesto de Egresos, así como el orden de ejecución. El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, remitirá los proyectos a la Cámara de Diputados para someterlos a la consideración de la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública, la cual deberá emitir resolución en un plazo no mayor a treinta días naturales, y en caso de que no resuelva en dicho plazo los proyectos se entenderán aprobados.

En términos de lo dispuesto por la fracción II, incisos g) y ñ), del artículo 41 de la LFPRH, en el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación se deberán incluir, en capítulos específicos, las previsiones de gasto que correspondan a compromisos derivados de proyectos de infraestructura productiva de largo plazo, así como las erogaciones plurianuales para proyectos de inversión en infraestructura que se hayan aprobado en términos del artículo 74, fracción IV, de la Constitución.

5. RÉGIMEN ESPECIAL DE LAS EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO EN MATERIA DE DEUDA

Con motivo de las reformas constitucionales en materia de energía de diciembre de 2013 y de la promulgación de la legislación secundaria relativa en agosto de 2014, Petróleos Mexicanos (en adelante “PEMEX”) y la Comisión Federal de Electricidad (en adelante “CFE”) se transformaron en Empresas Productivas del Estado; una nueva modalidad de órgano del Estado que, en una clara tendencia evolutiva de nuestro derecho administrativo, forma parte de la Administración Pública Federal sin tener el carácter de entidad paraestatal.²² Por lo que respecta al régimen especial en materia de deuda que se establece en la Ley de Petróleos Mexicanos (en adelante “LPM”) y en la Ley de la Comisión Federal de Electricidad (en adelante “LCFE”), y, a propósito de ello a lo expuesto en torno a la fracción II del artículo 2º de la LFDP, conforme al Transitorio Vigésimo del Decreto de reformas constitucionales²³ las Empresas Productivas del Estado contarán con autonomía presupuestal y estarán sujetas sólo al balance financiero y al techo de servicios personales que, a propuesta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, apruebe el Congreso de la Unión, gozando de un régimen especial en las materias: de contratación de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas; presupuestaria; de deuda pública, y de responsabilidades administrativas, así como en las demás que se requieran para la eficaz realización de su objeto.

A diferencia de la autonomía presupuestal, en donde el mandato del Constituyente Permanente se tradujo en que las Empresas Productivas del Estado sólo se encuentran sujetas a lo establecido en sus leyes respectivas, no resultándoles aplicable la LFPRH,²⁴ en materia de deuda sí les es aplicable la LFDP, lo cual no es incongruente si se atiende al marco constitucional y legal actual de dicha materia y a que las Empresas Productivas del Estado son parte de la Administración Pública Federal. Las disposiciones que el Poder Legislativo establece en las leyes orgánicas de las Empresas Productivas del Estado, en cuanto normas especiales derogatorias del principio general, tienen prevalencia respecto de las contenidas en la LFDP, siempre y cuando en ello no contravenzan lo previsto por la Constitución.

En este contexto, en el régimen especial de PEMEX y la CFE destaca lo dispuesto por las fracciones I del artículo 106 de la LPM y del artículo 109 de la LCFE, respectivamente, dado que la propuesta global de financiamiento que aprueben sus respectivos Consejos de Administración debe ser incorporada en sus términos en un apartado específico de la iniciativa de LIF, siendo también relevante, aunque acotada, la pre-

22 Véase ALAMILLA RAMOS, Felipe y RABASA KOVACS, Tania, *El impacto del petróleo en el desarrollo de México, la evolución de su marco constitucional y de Petróleos Mexicanos*, publicado en el número 39 de la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, México, 2015.

23 Publicado en la edición vespertina del Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013.

24 En el último párrafo del artículo 5º de dicho ordenamiento se establece que: “Las empresas productivas del Estado y sus empresas productivas subsidiarias se sujetarán exclusivamente a lo dispuesto en sus respectivas leyes”.

visión de la fracción II de cada uno de los citados artículos, conforme a la cual, sin requerir autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, dichas Empresas Productivas del Estado podrán contratar los financiamientos internos y externos que requieran para sí y sus empresas productivas subsidiarias; sin embargo, la fracción VI prevé que se acordará con la mencionada dependencia la calendarización de las operaciones de financiamiento, cuidando que no se incremente el costo de financiamiento del resto del sector público, o que se reduzcan las fuentes de financiamiento del mismo; mientras que en el caso de operaciones adicionales o que modifiquen las acordadas, se deberá dar aviso dicha Secretaría y ésta podrá ordenar que se posponga la operación cuando pueda incrementarse el costo del sector o se reduzcan sus fuentes.

A propósito del régimen especial, por lo que respecta a las materias de adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras públicas, como se ha señalado, en términos de la fracción II del artículo 2º de la LFDP no basta que el pago de las obligaciones relativas se pacte a plazos sino que necesariamente debe existir el componente de financiamiento –aunado a los requisitos sobre el destino que ya han sido mencionados–; de lo contrario, dichos pagos estarán sujetos a la disponibilidad presupuestal de cada ejercicio. Tratándose de las Empresas Productivas del Estado, los artículos 102 de la LPM y 104 de la LCFE, en sus respectivas fracciones II e incisos c), establecen que los Consejos de Administración de PEMEX y de la CFE, sin requerir autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, aprobarán el presupuesto correspondiente a los programas y proyectos de inversión de cada empresa, en el entendido de que los proyectos cuya ejecución comprenda más de un ejercicio fiscal serán incluidos, según corresponda, en los capítulos específicos del proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación relativos a los compromisos y a las erogaciones plurianuales para proyectos de inversión, a que se refieren, respectivamente, los incisos g) –previsiones de gasto que correspondan a compromisos plurianuales– y ñ) –erogaciones plurianuales para proyectos de inversión en infraestructura– de la fracción II del artículo 41 de la LFPRH.

6. ESTABILIDAD DE LAS FINANZAS PÚBLICAS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y LOS MUNICIPIOS MEXICANOS

Con anterioridad a las reformas constitucionales de mayo de 2015 contenidas en el Decreto, la deuda pública de los estados y los municipios –competencia exclusiva y excluyente de las propias entidades federativas– se encontraba solamente sujeta a dos restricciones generales en la Constitución General de la República: i) la prohibición de asumir obligaciones o empréstitos con gobiernos de otras naciones, con sociedades o particulares extranjeros, o denominadas en moneda extranjera o fuera del territorio nacional, y ii) contraer obligaciones de pago y empréstitos de cualquier índole únicamente si tienen como destino inversiones públicas productivas.²⁵ Por virtud del Decre-

25 Antes de la publicación del Decreto, dicho concepto fue debatido en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableciéndose parámetros jurisprudenciales para definirlo. La Ley de Disciplina en

to se incluyeron al texto constitucional restricciones adicionales, confiriendo además una serie de facultades a la Federación en esta materia que era de exclusiva competencia de esos otros niveles de gobierno, y se añadió como destino de estos empréstitos públicos su refinanciamiento o reestructura,²⁶ cuya constitucionalidad se ponía en duda dada la redacción anterior del artículo 117, fracción VIII de la Constitución General de la República.

Por lo que respecta al Congreso de la Unión, algunas de estas nuevas atribuciones en materia de deuda pública estatal y municipal, consistieron en: i) legislar en materia de responsabilidad hacendaria para los estados, la Ciudad de México y los municipios, con base en el principio de “estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero”, consignado en el artículo 25 constitucional; ii) que en dicha legislación se contengan límites respecto del tope de endeudamiento de los estados y municipios; iii) fomentar que con la legislación de la materia se cuente con transparencia al tiempo de contratar créditos por parte de las entidades federativas y los municipios, y iv) permitir a la Auditoría Superior de la Federación revisar el destino de los recursos que otorgue el gobierno federal respecto de la deuda estatal y municipal.

En el caso de las entidades federativas y municipios, el Decreto pretende contribuir a: i) limitar que la deuda pública se contraiga sólo para financiamientos de un adeudo anterior y para dar garantías respecto al endeudamiento municipal, así como para la realización del análisis de los términos y condiciones de los empréstitos, incluyendo sus garantías, para asegurar las mejores condiciones en su contratación; ii) que se asuma mayor responsabilidad por parte de servidores públicos sobre este tema; iii) que el monto máximo de los empréstitos deba ser autorizado por las legislaturas locales, mediante un quórum reforzado en el otorgamiento de las mismas; iv) regular el plazo de liquidación de los préstamos antes de que termine el periodo de gobierno, para evitar que un endeudamiento masivo del estado no impacte a la siguiente administración, y v) mantener informado al Congreso de la Unión y al Ejecutivo Federal sobre todos

su artículo 2, fracción XXV, tomó parte de dicha tradición y zanjó esta cuestión, definiendo a la inversión pública productiva como *“toda erogación por la cual se genere, directa o indirectamente, un beneficio social, y adicionalmente, cuya finalidad específica sea: (i) la construcción, mejoramiento, rehabilitación y/o reposición de bienes de dominio público; (ii) la adquisición de bienes asociados al equipamiento de dichos bienes de dominio público, comprendidos de manera limitativa en los conceptos de mobiliario y equipo de administración, mobiliario y equipo educacional, equipo médico e instrumental médico y de laboratorio, equipo de defensa y seguridad, y maquinaria, de acuerdo al clasificador por objeto de gasto emitido por el Consejo Nacional de Armonización Contable, o (iii) la adquisición de bienes para la prestación de un servicio público específico, comprendidos de manera limitativa en los conceptos de vehículos de transporte público, terrenos y edificios no residenciales, de acuerdo al clasificador por objeto de gasto emitido por el Consejo Nacional de Armonización Contable”*.

- 26 La Ley de Disciplina (artículo 2, fracciones XXXIV y XXXIV) dentro de su función de desarrollo del precepto constitucional, distingue ambos conceptos, la reestructura como la celebración de actos jurídicos modificatorios de empréstitos públicos y el refinanciamiento como el contraer nuevos pasivos para la amortización total o parcial de financiamientos previamente celebrados.

los préstamos contratados, permitiéndoles un mayor control sobre la deuda pública “sub-soberana” vigente.

Adicionalmente, en el artículo tercero transitorio del Decreto del Constituyente, reiterado en el también artículo tercero transitorio de la Ley de Disciplina, se fijó un plazo de 180 (ciento ochenta) días naturales siguientes a la entrada en vigor de la Ley de Disciplina, para que las legislaturas locales “armonizaran” sus legislaciones de deuda pública a dicho ordenamiento promulgado por el Congreso de la Unión. Es decir, los poderes legislativos de las entidades federativas y, en la medida conducente de las facultades normativas de los Municipios; debieron ajustar sus órdenes jurídicos locales para cumplir con los lineamientos de una ley “marco federal”.

En efecto, aunque por una parte se dio entrada una “intervención federal” en la materia, por otra parte se robustecieron las atribuciones de las legislaturas locales, quienes deben autorizar por mayoría calificada los montos máximos para la contratación de la deuda pública local, previo análisis de las mejores condiciones del mercado, del destino y la capacidad de pago, y, en su caso, del otorgamiento de garantías o el establecimiento de la fuente de pago. Adicionalmente, siempre y cuando no se rebasen los límites máximos y las condiciones que establezca el Congreso de la Unión, las entidades sub-soberanas podrán contratar obligaciones para cubrir necesidades de corto plazo, las que deberán liquidarse a más tardar tres meses antes del término del periodo de gobierno correspondiente y no podrán contratarse nuevas obligaciones durante esos últimos tres meses.

En la Ley de Disciplina, el Congreso estableció las bases generales para que las entidades federativas y los municipios puedan incurrir en endeudamiento; los límites y modalidades bajo los cuales podrán afectar sus participaciones federales;²⁷ los términos en que deberán inscribir y publicar en el Registro Público Único²⁸ la totalidad de su deuda pública; un sistema de alertas sobre el manejo de la deuda,²⁹ así como las sanciones aplicables a los servidores públicos que no cumplan sus disposiciones.³⁰

Adicionalmente, reiteramos que con base en el principio constitucional económico incorporado mediante el Decreto en el segundo párrafo del artículo 25 de nuestra Carta Magna –el Estado en sentido amplio debe velar por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo–, dicho imperativo se particularizó en el caso del

27 Título Tercero, Capítulo I de los artículos 22 al 29 de la Ley de Disciplina.

28 Artículos 2, fracción XXVI, y 25 y en el Título Tercero, Capítulo VI, de los artículos 49 al 57 de la Ley de Disciplina.

29 Título Tercero, Capítulo V, que comprende de los artículos 43 al 48 de la Ley de Disciplina.

30 Adicionalmente, el numeral 4o. de la fracción VIII del artículo 73 Constitucional faculta al Congreso de la Unión, a través de la comisión legislativa bicameral competente, para analizar la estrategia de ajuste para fortalecer las finanzas públicas de los estados, planteada en los convenios que pretendan celebrar con el Gobierno Federal para obtener garantías.

Congreso de la Unión, con la facultad de expedir leyes en materia de responsabilidad hacendaria que tengan por objeto el manejo sostenible de las finanzas públicas en la Federación, los estados, los municipios y la Ciudad de México, esto es, la Ley de Disciplina.

Como se ha señalado, la deuda nacional corresponde a la deuda de la Federación, no a la deuda pública de los estados y los municipios (regulada por el Decreto, la Ley de Disciplina y las legislaciones promulgadas por sus congresos locales), por lo que dicha deuda “sub-nacional” sólo podrá ser considerada deuda nacional cuando cuente con la garantía –obligación solidaria– del Gobierno Federal o en el evento de que el Congreso de la Unión, en aplicación directa de su facultad para reconocer y mandar para la deuda nacional, determinara dar ese carácter a tales obligaciones de pago.

En relación con la garantía del Gobierno Federal, la Ley de Disciplina dispone que los estados y los municipios deberán convenir con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, los límites de endeudamiento, así como afectar participaciones federales suficientes y establecer un vehículo específico de pago, lo cual también deberá acordarse en los correspondientes instrumentos contractuales con la citada Dependencia Federal. La celebración de estos convenios deberá ser autorizada por las legislaturas locales respectivas, y en caso de contemplar deuda pública municipal o paramunicipal también por los ayuntamientos participantes, requiriéndose en este último supuesto del aval de la entidad federativa correspondiente. En ningún momento el saldo de la deuda estatal garantizada podrá exceder el 3.5% (tres punto cinco por ciento) del Producto Interno Bruto nominal nacional determinado para el ejercicio fiscal anterior por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

En efecto, como lo señala Héctor Aguilar Camín³¹, el nuevo régimen de disciplina financiera de las entidades federativas y los municipios puede parecer propio de un sistema centralista y no del federalista que establece nuestra Constitución; sin embargo, el mismo encontró su justificación en los graves abusos cometidos en épocas recientes y actuales por distintos gobernadores, presidentes municipales y funcionarios públicos locales en la contratación de empréstitos, así como en la comisión de ilícitos y desvíos de estos recursos públicos, vulnerando flagrantemente los principios contenidos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. De tal suerte, que esta “injerencia” de la Federación en materia de finanzas públicas locales encuentra su razón de ser en el justificado hartazgo ciudadano frente a este ejercicio indebido de las atribuciones constitucionales en la materia por parte de muchos funcionarios de los Estados y Municipios mexicanos.

Por otra parte, este nuevo régimen encuentra su soporte en el nuevo principio de estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero, contemplado por la misma reforma constitucional plasmada en el Decreto, robustece en nuestra opinión y es coherente con la rectoría económica del Estado y la atribución de regulación de las acti-

31 *Op.cit.*

vidades que demande el interés general, a fin de garantizar que el desarrollo nacional sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales; todos los cuales son normas fundamentales de nuestro Derecho Constitucional Económico.

CONCLUSIONES

1. Tanto la aprobación de los empréstitos como el reconocimiento y orden de pago de la deuda nacional son facultades del Congreso de la Unión. No obstante ello, salvo algunas contadas excepciones, tales facultades han sido indebidamente ejercidas por la Cámara de Diputados a través del uso de las facultades exclusivas de aprobación del Presupuesto de Egresos de la Federación y de la revisión de la Cuenta Pública, alejándose la práctica política en esta materia del mecanismo constitucional, no sólo respecto del ámbito competencial sino también en cuanto a la lógica y *ratio iuris* del procedimiento determinado por el Constituyente.
2. Para efectos de la LFDP por deuda pública debe entenderse la deuda nacional; es decir, la que corresponde a la Federación, ya sea que derive de las obligaciones contratadas por el Ejecutivo Federal o de las obligaciones que resulten de los financiamientos a cargo de los otros entes públicos previstos por la LFDP, e incluso de actos o hechos no previstos en la LFDP cuando el Congreso de la Unión así lo determine. Por lo tanto, la práctica coloquial de denominar a la deuda pública de las entidades federativas y municipios como “sub-nacional” o “sub-soberana” no parece inadecuada.
3. Con excepción de la regulación monetaria y del supuesto del artículo 29 Constitucional, la legislación federal en materia de deuda introdujo conceptos de mayor amplitud respecto de aquéllos que la Constitución establece como posibles destinos de los recursos obtenidos por el endeudamiento; conceptos que, posteriormente, en mayo de 2015, serían incorporados al texto constitucional, sustituyéndose el concepto de operaciones de conversión por la previsión de operaciones de refinanciamiento o reestructura bajo las mejores condiciones de mercado.
4. La Cámara de Diputados puede autorizar en el Presupuesto de Egresos de la Federación las erogaciones plurianuales para proyectos de inversión en infraestructura que se determinen conforme a lo dispuesto en la LFPRH y en la LAPP, así como en las leyes de PEMEX y de la CFE por lo que respecta a estas Empresas Productivas del Estado. Las erogaciones correspondientes deberán incluirse en un apartado específico de los Presupuestos de Egresos y tendrán una prelación y orden de ejecución determinados, pero en todo caso deben sujetarse a la disponibilidad presupuestal de cada ejercicio.

5. Las obligaciones de pago a plazos que deriven de contratos de adquisiciones, obras o servicios, sólo serán constitutivas de deuda pública si conllevan la asunción de un financiamiento (crédito, empréstito o préstamo), en caso contrario se encontrarán sujetas a la disponibilidad presupuestal anual.
6. PEMEX y la CFE, así como sus empresas productivas subsidiarias, se encuentran sujetas a la LFDP; no obstante, las disposiciones en materia de deuda establecidas tanto en la LPM como en la LCFE, en cuanto normas especiales, tendrán prevalencia respecto de las contenidas en la LFDP, siempre y cuando ello no contravenga lo dispuesto por la Constitución. De acuerdo con el régimen especial de las Empresas Productivas del Estado, los Consejos de Administración de éstas, sin requerir autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, aprobarán los programas y proyectos de inversión respectivos, en el entendido de que los proyectos cuya ejecución comprenda más de un ejercicio fiscal serán incluidos, según corresponda, en los capítulos específicos del proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación relativos a los compromisos plurianuales y a las erogaciones para proyectos de inversión en infraestructura.³²
7. El régimen de la Ley de Disciplina para las entidades federativas y los municipios encuentra un claro y sólido fundamento en varios de los principios del Derecho Constitucional Económico, así como en la realidad política y social de nuestras entidades “sub-soberanas”. La estabilidad de las finanzas públicas para todos los niveles de gobierno, incluyendo el federal, es un lineamiento constitucional coherente con la responsabilidad hacendaria y con el sano manejo de los recursos públicos, de tal suerte que los nuevos “controles” de la Federación y de los Congresos Locales en la deuda “sub-nacional” contenidos en la Ley de Disciplina resultan convenientes para instrumentar dichos principios constitucionales.
8. La deuda pública de las entidades federativas y los municipios sólo podrá considerarse deuda nacional si cuenta con la garantía –obligación solidaria– del Gobierno Federal o si el Congreso de la Unión determinara reconocerla como tal. Tratándose del primer supuesto tanto los límites de endeudamiento –que en ningún caso podrá exceder el 3.5% (tres punto cinco por ciento) del Producto Interno Bruto nominal nacional para el ejercicio anterior– como la afectación de participaciones federales suficientes y el vehículo específico de pago deberán convenirse con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, requiriéndose el aval de la entidad federativa correspondiente para la participación de los municipios, y en el entendido de que la celebración de tales convenios deberá ser autorizada por las legislaturas locales y, en su caso, por los ayuntamientos respectivos.

32 Sobre la aplicabilidad de la LAPP a las Empresas Productivas del Estado véase ALAMILLA RAMOS, Felipe y RABASA KOVACS, Tania (*Op. cit. supra*).

FUENTES DE CONSULTA

Aguilar Camín, Héctor, *Nocturno de la democracia mexicana*, Revista NEXOS, México, Mayo 2016.

Alamilla Ramos, Felipe y Rabasa Kovacs, Tania, *El impacto del petróleo en el desarrollo de México, la evolución de su marco constitucional y de Petróleos Mexicanos*, publicado en el número 39 de la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, México, 2015.

Costeloe, Michael P., *Deuda externa de México. Bonos y tenedores de bonos 1824-1888*. Traducción de Lucrecia Orensanz Escofet, Sección Obras de Historia, Deuda Externa de México, Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

Hamdan Amad, Fauzi, *Aspectos Jurídicos de la deuda pública*, en Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo, publicación de la H. Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, México, 2001.

— *Aspectos jurídicos de la deuda pública, Teoría y Práctica* en Quórum, publicación de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Número 10, año I, México, 1993.

Martín Mateo, Ramón, *El Marco Público de la Economía de Mercado*, Ed. Thomson Aranzadi, 2ª Edición, Madrid 2003.

Martin Queralt, Juan et. al., *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Ed. Tecnos, 22ª edición, Madrid, 2011.

Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, Ed. Porrúa, 6ª edición, México, 1982.

Rocha Torres, Silvia Eugenia, *Perspectiva Constitucional de la Deuda Pública Federal*, en Problemas Actuales del Derecho Financiero Mexicano, Ed. Porrúa e Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, México, 2009.

Vázquez Pando, Fernando Alejandro, *La crisis de la deuda externa y los desequilibrios constitucionales*, Fondo para la difusión del derecho, Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, México, 1991.

LA INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD DE LA PRUEBA CONFESIONAL EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN FEDERAL Y DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Por MARIO ALBERTO BECERRA BECERRIL¹
y MAURICIO JOSÉ BECERRA BECERRIL²

RESUMEN: Se busca evidenciar la violación al derecho de no autoincriminación o a guardar silencio, así como a una defensa adecuada, que genera el desahogo de la prueba confesional en el ámbito civil y mercantil (tanto federal como local) y, con ello, contribuir a la derogación o a la declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Poder Judicial de la Federación de la prueba confesional, cuya existencia es injustificada.

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN 2. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA PRUEBA CONFESIONAL EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL (LOCAL Y FEDERAL) 3. ¿CUÁL ES EL ORIGEN Y EN DÓNDE SE ENCUENTRA PREVISTO EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN O A GUARDAR SILENCIO? 4. ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN O A GUARDAR SILENCIO? 5. ¿EL DERECHO A LA NO AUTO INCRIMINACIÓN O A GUARDAR SILENCIO PUEDE SER INVOCADO Y ES APLICABLE EN UN PROCESO CIVIL O MERCANTIL AL MOMENTO DE ABSOLVER POSICIONES DURANTE EL DESAHOGO DE UNA PRUEBA CONFESIONAL? 6. EL DERECHO A SER ASISTIDO POR UN ABOGADO: EL DERECHO A UNA ADECUADA DEFENSA. 7. EL DERECHO A SER ASISTIDO POR UN ABOGADO EN EL DESAHOGO DE UNA PRUEBA CONFESIONAL DE CARÁCTER CIVIL O MERCANTIL. 8. CONCLUSIÓN.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

La existencia de la prueba conocida como “*confesión forzada*” en nuestros códigos civiles y mercantiles pone de manifiesto lo arcaica o primitiva que puede llegar a ser la

1 Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho (ELD). Maestro en Derecho por la Universidad de Nueva York (NYU). Maestro en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Oxford (Inglaterra). Profesor en la maestría de Derecho Constitucional en la ELD.

2 Abogado egresado de la ELD. Maestro en Derecho por la Universidad de Harvard. Profesor de Metodología para la preparación del trabajo recepcional en la ELD.

justicia cotidiana diaria en nuestro país. Basta para demostrar nuestra afirmación la lectura de los siguientes escenarios:

1. Su cliente *X* acudió al desahogo de una prueba confesional dentro de un juicio civil o mercantil. Durante el desahogo de dicha prueba, *X* no tuvo la posibilidad de negarse a contestar (guardar silencio) o a decir que no recordaba cierto hecho y el juez hizo de su conocimiento que su silencio o una contestación en un sentido distinto a una afirmación o negación, implicaban la aceptación de hechos y/o que se le tuviera por confeso de los hechos.
2. Su cliente *Y* fue citado a comparecer por un juez para el desahogo de una prueba confesional a su cargo. *Y* decidió no acudir en el día y hora indicado y, por esa sola razón, el juez lo tuvo por confeso de los hechos que se pretendían probar, ello no obstante que no dijo ni una sola palabra.

En ambos casos, sin que estuviere presente el abogado de *X* o *Y* por así prohibirlo expresamente la legislación civil y mercantil.

Para cualquier lector, incluso para aquel que no es abogado, los dos escenarios arriba planteados causan gran sorpresa e indignación, pues es a todas luces claro que se están violando flagrantemente los derechos fundamentales de *X* y *Y*.

Por ello, no somos los primeros³, ni seremos los últimos, en sostener que la prueba confesional en materia civil o mercantil, debe desaparecer o ser derogada.

En efecto, si vivimos en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, resulta sorprendente, absurdo y violatorio de derechos humanos que dentro de un proceso civil o mercantil se tenga por confeso al absolvente de una prueba confesional (a) por el simple hecho de no asistir a la audiencia de desahogo de la prueba, (b) por negarse a contestar a las posiciones (preguntas) formuladas en dicha audiencia, o (c) por no contestar en sentido afirmativo o negativo a las posiciones formuladas (con un simple “sí” o un “no”) y que, además, (d) no se le permita estar asesorado por un abogado, a pesar de que sus respuestas pueden tener repercusiones y severas consecuencias no sólo en el juicio civil o mercantil de que se trate, sino también en materia penal en caso de que de sus respuestas y aclaraciones a las posiciones se desprenda que participó en algún hecho delictivo, o bien si el absolvente miente y, en consecuencia, pudiere haber cometido el delito falsedad de declaraciones ante la autoridad judicial.

En el presente artículo buscamos evidenciar la violación al derecho de no autoincriminación o a guardar silencio, así como a una defensa adecuada, que genera el desahogo de la prueba confesional en el ámbito civil y mercantil (tanto federal como local) y, con

3 *Vid.* Hernández Romo, Miguel A., y Hernández-Romo, Pablo, “La prueba Confesional en Materia Civil: razones para su derogación y consecuencias penales de la misma”, en la Revista de Investigaciones Jurídicas de la ELD, México 2011, Año 35, Número 35, páginas 397 a 408.

ello, contribuir a la derogación o a la declaratoria de inconstitucionalidad por parte del Poder Judicial de la Federación de una prueba (la confesional) cuya existencia no se justifica en lo más mínimo.

Si con el presente trabajo logramos que el tema que sea debatido y analizado, nuestro objetivo se habrá logrado.

2. LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA PRUEBA CONFESIONAL EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL (LOCAL Y FEDERAL)

La prueba confesional ha sido definida como *“el reconocimiento de hechos propios que produce efectos jurídicos en contra de quien, siendo capaz, lo hace libre y formalmente en juicio”*⁴.

Sin embargo, como veremos en seguida, de *“libre”* no tiene absolutamente nada, puesto que *“quien absuelve lo hace forzado a contestar, y en caso de quedarse callado, se entenderá que contesta en sentido afirmativo”*⁵.

Efectivamente, el procedimiento para el desahogo de una prueba confesional se desahoga de una manera manifiestamente arcaica y violatoria de derechos humanos, en tanto que el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF), el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) y el Código de Comercio (CoCo):

1. Obligan a las partes a contestar en sentido afirmativo o negativo;
2. Si el absolvente se niega a responder se le tiene por confeso;
3. Si el absolvente no comparece se le tiene por confeso; y
4. En ningún caso permiten al absolvente estar asistido por su abogado.

Dicho en otras palabras, el absolvente de una prueba en materia civil o mercantil: *(a)* no tiene la opción de negarse acudir a la audiencia respectiva, ya que si no acude se le tendrá por confeso; *(b)* no puede ejercer su derecho a guardar silencio y que el mismo no sea usado en su contra; *(c)* está obligado a contestar en determinados sentidos (afirmativo o negativo), o bien se le tiene confeso en su ausencia; y *(d)* no puede ser asistido por un abogado mientras contesta las preguntas o posiciones formuladas por el juez o la contraparte.

El procedimiento de desahogo de la prueba que no ocupa, puede resumirse y entenderse más claramente a través de la siguiente tabla:

4 Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, Editorial Porrúa, México, 2006, página 110.

5 Hernández Romo, Miguel A., y Hernández-Romo, Pablo, *op. cit.*, nota 3, página 400.

	CFPC	CPCCDMX	CoCo ⁶
La prueba se ofrece presentando pliego de posiciones o formulándolas oralmente en la audiencia.	Arts. 103 y 110	Arts. 292 y 317	Arts. 1223 y 1224
Las partes están obligadas a declarar, bajo protesta de decir verdad.	Arts. 102 y 108	Art. 308	Arts. 1214 y 1225
Las personas físicas deben absolver posiciones personalmente cuando así lo exija quien las articula.	Arts. 102 y 104	Art. 310	Art. 1224
En ningún caso se permite al absolvente estar asistido por su abogado.	Art. 107	Art. 315	Art. 1226
Si el absolvente se niega a responder o no lo hace categóricamente, se le tendrá por confeso.	Arts. 109, 111 y 124	Art. 316	Arts. 1229, 1230, 1232
Cuando la parte legalmente citada a absolver posiciones no comparezca sin justa causa, cumplidos ciertos requisitos será tenida por confesa.	Arts. 124 y 125	Art. 322	Arts. 1232 y 1233

Expuesto lo anterior, en los siguientes apartados nos dedicaremos a evidenciar que la prueba confesional en materia civil y mercantil vulnera los derechos fundamentales a la no autoincriminación o a guardar silencio, así como el derecho a una adecuada defensa y, en particular, a estar asesorado en todo momento por un abogado.

3. ¿CUÁL ES EL ORIGEN Y EN DÓNDE SE ENCUENTRA PREVISTO EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN O A GUARDAR SILENCIO?

La Corte Constitucional de Colombia⁷ señala que el origen inmediato del derecho a la no autoincriminación se remonta a la respuesta que tuvo el mundo liberal frente a las prácticas inquisitoriales del Tribunal de la Santa Inquisición, que estuvo presente en varios lugares del mundo. En los procesos que realizaba el Tribunal, se consideraba que el mismo tenía por objeto investigar acusados, extraer la confesión y “salvar el alma”. De ahí que la confesión fuera la prueba reina (*probatio probatissima*), y para lograrla, los jueces debían procurar del encartado su confesión, utilizando cualquier medio: tormentos, amenazas y/o dádivas, todo con el fin de ahorrarle al funcionario la obligación de probar los cargos, pues con la confesión era suficiente. Aunado a las

6 En el caso del juicio oral mercantil, la prueba confesional se desahoga a través de interrogatorio libre, pero si el absolvente se niega a contestar se le tiene por confeso.

7 Sentencia C-102/05.

circunstancias de que se trataba de procesos oscuros y secretos, en los que los jueces no le informaban al acusado los motivos de la detención y, sin embargo, se les obligaba a contestar preguntas que no sólo los autoincriminaban, sino que podían constituir indicios para otras acusaciones distintas a las que originaron su detención e iniciar de esta forma otro proceso igualmente oscuro y secreto.

En México, el derecho a la no autoincriminación, el derecho a no autoinculparse, el derecho a no declarar en su contra, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a guardar silencio o el también conocido como principio “*nemo tenetur se ipsum accusare*”, se encuentra previsto en los artículos 20, Apartado B, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante “CPEUM”); 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo “CADH”); y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”); mismos que, en la parte que interesan, textualmente disponen:

CPEUM

“**Artículo 20.** El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

(...)

B. De los derechos de toda persona imputada:

(...)

II. A declarar o **a guardar silencio**. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma **y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio**. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio; (...)” (Énfasis y subrayado añadidos)

CADH

“**Artículo 8. Garantías Judiciales**

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, **o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter**.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

g) **derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo** ni a declararse culpable.” (Énfasis y subrayado añadidos)

PIDCP

“Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...).

(...)

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”(Énfasis y subrayado añadidos)

4. ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN O A GUARDAR SILENCIO?

Respecto de este derecho se ha dicho acertadamente que:

“Primero, impide la persecución irresponsable; donde, sin la declaración del inculcado el proceso puede que no tenga la fuerza como si existiera la declaración del inculcado. Segundo, el obligar a alguien a que ‘admita su culpa’ es una violación injustificable en la autonomía o libertad. Tercero, esta garantía muchas veces se identifica con valores de privacidad; en donde sería una violación a lo subjetivo el que se utilice lo que una persona sabe, en contra de ella, y que por esto se le imponga una pena.”⁸

Así, este derecho subraya la carga de la prueba dentro del proceso, que siempre es una carga para quien acusa y nunca para el acusado. Por eso es que el simple silencio puede ser por sí mismo una forma de obtener la absolución, a menos que se logre acreditar por la parte acusadora la responsabilidad del inculcado. No podrá ser valorado su silencio, ni utilizado como indicio o refuerzo de alguna prueba vertida por la acusación. El silencio es siempre un derecho del acusado y en esa virtud no puede ser instrumentalizado a favor de la acusación.⁹

8 Hernández Romo Valencia, Pablo, *Las garantías del inculcado*, Editorial Porrúa, México 2009, páginas 51 y 52.

9 Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Editorial Porrúa, México 2014, página 751.

a) El derecho a la no autoincriminación según la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo sucesivo “SCJN”)

La SCJN, en el ámbito penal, ha definido a este derecho como la libertad del inculcado para declarar o no, sin que de su pasividad oral o escrita pueda inferirse su culpabilidad, es decir, sin que su derecho a guardar silencio sea utilizado como un indicio de responsabilidad en los hechos ilícitos que se le imputan; de ahí que el derecho de no autoincriminación deba entenderse como el derecho que tiene todo inculcado a no ser obligado a declarar, ya sea confesando o negando los hechos que se le imputan, razón por la cual se prohíben la incomunicación, la intimidación, la tortura, e incluso la confesión sin la presencia de su defensor, pues de lo contrario, carecerá de valor probatorio¹⁰.

Asimismo, la SCJN ha resuelto que el derecho fundamental que nos ocupa no sólo comporta el derecho a guardar silencio, sino también una prohibición dirigida a las autoridades de obtener evidencia auto incriminatoria producida por el propio inculcado a través de coacción o engaño.¹¹

Incluso, el deber de la autoridad de informar o ilustrar al presunto responsable sobre su derecho a no declarar o a guardar silencio, según lo ha sostenido la SCJN¹², forma parte del contenido esencial del derecho de no autoincriminación.

b) Lo sostenido por Tribunales Constitucionales en otras latitudes respecto al derecho a no declarar contra sí mismo

En el ámbito del derecho comparado, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que:

“(...) mientras que en el viejo proceso inquisitivo, regido por el sistema de prueba tasada, el imputado era considerado como objeto del proceso penal, buscándose con su declaración, incluso mediante el empleo del tormento, la confesión de los cargos que se le imputaban, en el proceso penal acusatorio el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo, esto es, parte procesal y de tal modo que su declaración, a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo

10 Vid. la tesis emitida por la Primera Sala de la SCJN de rubro: **DERECHO DE NO AUTOINCRIMINACIÓN. ALCANCE DEL CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL** (visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXI, Enero de 2005, p. 415).

11 Vid. la tesis emitida por la Primera Sala de la SCJN de rubro: **DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN. CASO EN QUE DEBE DECLARARSE NULA Y EXCLUIRSE DEL MATERIAL PROBATORIO SUSCEPTIBLE DE VALORACIÓN LA PRUEBA QUE INTRODUCE AL PROCESO UNA DECLARACIÓN INCRIMINATORIA DEL IMPUTADO**. (visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, Página: 579).

12 Vid. la ejecutoria relativa a la contradicción de tesis 412/2012, resuelta por la Primera Sala de la SCJN.

de defensa. En cuanto tal, ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones. Así pues, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituyen garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”¹³.

Asimismo, en la sentencia STC 127/2000, dictada también por el Tribunal Constitucional Español, se adujo que:

“(...) el derecho a no contribuir a su propia incriminación presupone que... la acusación intente buscar su argumentación sin recurrir a elementos de prueba obtenidos bajo constricción o presiones, o con desprecio de la voluntad del acusado”¹⁴.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia, al emitir la sentencia C-258/11 de fecha 6 de abril de 2011, sostuvo que el derecho a la no autoincriminación “se vincula de manera indisoluble con la **presunción de inocencia**, porque quien decide no declarar, debe tenerse como inocente y le corresponde al Estado establecer, fuera de toda duda, la responsabilidad, y con la previsión del mismo precepto Superior que excluye toda prueba obtenida con violación del debido proceso, como sería la declaración del sujeto investigado en cuya producción se hubiese desconocido la prescripción del artículo 33 de la Constitución de Colombia”; y, además, este derecho fundamental se ha entendido también como una especificación del **derecho a la defensa**.¹⁵

Finalmente, pero no por ello menos importante, el Tribunal Constitucional de Perú, al emitir la sentencia 003-2005-PI/TC de 9 de agosto de 2006, resolvió que:

“Dicho derecho [no autoincriminación] garantiza a toda persona no ser obligada a descubrirse contra sí misma (nemo tenetur se detegere), no ser obligada a declarar contra sí misma (nemo tenetur edere contra se) o, lo que es lo mismo, no ser obligada a acusarse a sí misma (nemo tenetur se ipsum accusare). Sin embargo, su ámbito normativo no se agota en garantizar la facultad de no ser obligado a declarar contra sí mismo o a confesar su propia culpabilidad, de modo que pueda entenderse que, respecto a sus coinculpados, el imputado sí tenga la obligación

13 SSTC 36/1983, Fundamento Jurídico 2º.

14 Fundamento Jurídico 4º.

15 Por todos, véanse las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional español: SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6, y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8.

hablar o acusar. La incoercibilidad del imputado comprende ambos supuestos y, en ese sentido, debe indicarse que este derecho garantiza la potestad del imputado o acusado de un ilícito penal a guardar silencio sobre los hechos por los cuales es investigado o acusado penalmente, tanto en lo que le atañe como en lo que incumbe a terceros.”

5. ¿EL DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN O A GUARDAR SILENCIO PUEDE SER INVOCADO Y ES APLICABLE EN UN PROCESO CIVIL O MERCANTIL AL MOMENTO DE ABSOLVER POSICIONES DURANTE EL DESAHOGO DE UNA PRUEBA CONFESIONAL?

La respuesta es sí, ya que si bien el derecho a la no autoincriminación o a guardar silencio se encuentra previsto en la CPEUM sólo para la materia penal, el mismo también puede válidamente invocarse en los procesos civiles, laborales, administrativos y de cualquier otro tipo.

En efecto, la Suprema Corte de Estados Unidos (en adelante “SCEUA”), la Corte Constitucional de Colombia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo “CIDH”) y el Comité de Derechos Humanos de la ONU (en adelante “CDHONU”), han sostenido expresamente que el derecho fundamental de no auto incriminación, como garantía formal, aplica también en el ámbito civil o mercantil.

Y si bien la SCJN, hasta el día de hoy, no ha resuelto *expresamente* que el derecho a no autoincriminarse es aplicable en los procedimientos civiles o mercantiles, lo cierto es que, como veremos más adelante, ha resuelto que el derecho a la no autoincriminación no sólo es aplicable al procesos penales, sino que también aplica a otros procesos (sin especificar cuáles).

a) Precedentes de derecho comparado

Como se ha puesto de manifiesto que el dialogo trasnacional entre los Tribunales Constitucionales e Internacionales de todo el mundo es una herramienta sumamente útil que da como resultado que a problemas iguales se dé una solución semejante, lo que genera un lenguaje constitucional y de protección de derechos humanos global. En palabras de Gustavo Zagrebelsky el uso de derecho comparado (incluidas las sentencias) es el equivalente a “*pedir el consejo de un amigo con experiencia*”¹⁶

Es por esas razones, que en los siguientes párrafos haremos referencia a lo que se ha resuelto en otras latitudes respecto a si el derecho a no autoincriminarse o a guardar silencio es aplicable o no a procedimientos civiles o mercantiles/comerciales.

16 Cfr. Brito Melgarejo, Rodrigo, *El Diálogo entre Tribunales Constitucionales*, Editorial Porrúa, México 2011, Colección Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, Volumen 49.

a.1. SCEUA

No obstante que la quinta enmienda de la Constitución Federal de aquel país (misma que prevé el derecho a no declarar contra sí mismo o a guardar silencio) únicamente habla de su aplicación en procesos criminales, la SCEUA ha establecido en varios precedentes que el derecho a la no autoincriminación o a guardar silencio puede ser invocado no sólo en procesos judiciales de índole criminal o penal, sino en cualquier tipo de procedimiento, como lo son los civiles o administrativos.¹⁷

Así, en el caso de *McCarthy v. Arndstein*, 266 U.S. 34 (1924), el Tribunal Supremo de dicho país reconoció la aplicabilidad del mencionado precepto constitucional en los procedimientos civiles, en los siguientes términos:

“El Gobierno insiste, en general, en que el privilegio constitucional que reza que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo no es procedente en procesos civiles. Lo contrario debe ser aceptado. El privilegio no depende normalmente de la naturaleza del procedimiento. El privilegio es procedente tanto en procedimientos civiles como criminales, dondequiera que la respuesta tienda a someter a responsabilidad criminal a quien la da. El privilegio protege tanto a un simple testigo como a la parte acusada.”

Posteriormente, en el caso *Lefkowitz v. Turley*, 414 U.S. 70 (1973), el Tribunal Supremo de Estados Unidos reiteró el criterio que acabamos de reseñar, indicando que:

“La quinta enmienda no solo protege el derecho a no declarar en su contra en los procedimientos penales, sino que también protege el derecho a no auto incriminarse en cualquier otro procedimiento civil o criminal, formal o informal, en el que las declaraciones puedan ser utilizadas para incriminar al autor de las mismas.”

a.2. Corte Constitucional Colombiana

Al emitir la sentencia C-422/2002, la Corte hizo algunas precisiones sobre el alcance del derecho a la no autoincriminación y explicó que dicha garantía y derecho aplica en todos los ámbitos de la actuación de las personas y puede proyectarse en los más variados ámbitos de la interrelación de las personas, es decir, que el ciudadano puede abstenerse de suministrar a las autoridades competentes, información que lo incrimine.

En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional sostuvo que “no obstante que en las decisiones que, entre otras muchas, se han relacionado surge como criterio orienta-

¹⁷ En el caso *Kastigar v. United States*, 406 U.S.441, 444 (1972), la Corte sostuvo: “Fifth Amendment may be asserted in any proceeding, civil or criminal, administrative or judicial, investigatory or adjudicatory”. -“La quinta enmienda puede ser ejercida en cualquier procedimiento, civil o criminal, administrativo o judicial, de investigación o contencioso.” (La traducción es propia)

dor de la proyección y alcance del artículo 33 de la Constitución el relativo a la naturaleza de las actuaciones para señalar que la protección a la no auto incriminación ‘solo debe ser aplicada en los asuntos criminales, correccionales y de policía’ es lo cierto que tal principio en los términos textuales mismos de la regla Constitucional reviste una amplitud mayor pues ésta no restringe la vigencia del principio a determinados asuntos¹⁸ y por ello bien cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas¹⁹”.

Asimismo, la Corte Constitucional de Colombia, al emitir la sentencia C-102/05, ha resuelto que: (i) la confesión que se produzca en un proceso civil no vulnera el artículo 33 de la Constitución de Colombia (derecho a no declarar), sino que lo que constituye la violación constitucional es que el funcionario judicial obligue al demandado a declarar (contra sí mismo o contra sus familiares más allegados); y (ii) la garantía constitucional a la no autoincriminación no se opone en ningún caso a la confesión como medio de prueba, “*siempre que ésta sea libre, es decir, sin que de manera alguna exista coacción que afecte la voluntad del confesante, requisito igualmente exigible en toda clase de procesos*”.

a.3. CIDDH

La CIDDH interpretó los alcances del artículo 8° de la CADH, al resolver el caso *Baena Ricardo y otros vs Panamá*, y estableció que: (a) la aplicación del artículo 8° de la CADH no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, e implica que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal; y (b) que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la CADH se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, esto es, a la determinación de derechos y obligaciones de orden “*civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”, por lo que el individuo tiene el derecho al debido proceso en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

Efectivamente, en el ámbito regional, la CIDDH ha sostenido en diversas ocasiones que a pesar de que el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, mismo que contiene las garantías del debido proceso (entre las que se encuentra el derecho a no declarar contra sí mismo), no especifica los ámbitos de aplicación de dichas garantías, es aplicable a **todo** tipo de procedimientos.

El *leading* o *landmark case* respecto al tema que nos ocupa es *Baena Ricardo y otros vs Panamá*, en el que la CIDDH sostuvo lo siguiente²⁰:

18 Ver Sentencia C-776/01.

19 Ver Sentencia C-622/98.

20 *Vid.* la tesis aislada de rubro: **CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIEN-**

“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula ‘Garantías Judiciales’, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, ‘sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales’ a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos²¹. Es decir, **cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.**

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden ‘civil, laboral, fiscal **o de cualquier otro carácter**’. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, **tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.**

126. **En cualquier materia**, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. **Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.**

...

129. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y **los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o**

TADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. (Tesis aislada; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 550; No. Registro: 160584).

- 21 Cfr. el Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69; y Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos) y la Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27.

no del derecho de toda persona a un debido proceso.²² (Énfasis y subrayado añadidos)

A idéntico criterio arribó la CIDDH al resolver los casos *Tribunal Constitucional vs Perú* (párrafo 69)²³ y *Baruch Ivcher Bronstein vs Perú* (párrafo 103)²⁴.

En conclusión, la CIDDH ha resuelto en varias ocasiones y de forma expresa que el derecho a no declarar no se limita únicamente al ámbito penal, sino que también aplica a los procesos civiles, mercantiles, laborales, fiscales o de cualquier otro carácter.

Es importante precisar que, de acuerdo a lo sostenido por el Pleno de la SCJN al resolver la contradicción de tesis 293/2011²⁵, los precedentes o jurisprudencia emitida por la CIDDH son vinculantes para todos los jueces mexicanos (incluida la propia SCJN), siempre que sean más favorables para la protección de los derechos humanos de las personas. De ahí que los casos reseñados en el presente apartado, sean plenamente aplicables en nuestro país.

a.4. CDHONU

La piedra angular de la jurisprudencia del CDHONU sobre el debido proceso (en el que se encuentra incluido el derecho a no declarar contra uno mismo) en las materias civil o mercantil se encuentra en el caso *Morael vs Francia*, relativo a un juicio ventilado ante un tribunal comercial.

Así, refiriéndose al primer párrafo del artículo 14 del PIDCP, la decisión de la CDHONU señala lo siguiente:

“El Comité observa, a este respecto, que el párrafo mencionado no sólo se aplica en materia penal, sino también en los litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil. Si bien en el artículo 14 no se precisa cómo debe entenderse el concepto de juicio ‘con las debidas garantías’ en materia civil (a diferencia de lo que se hace en el párrafo 3 del mismo artículo cuando se trata de determinar el mérito de las acusaciones en materia penal), corresponde interpretar que el concepto de juicio ‘con las debidas garantías’, en el contexto del párrafo 1 del artículo 14 del Pacto, exige cierto número de condiciones, tales como el requisito de la igualdad de las armas, el respeto del juicio contradictorio, la exclusión de la agravación de

22 Cfr. inter alia, Eur. Court. H.R., Campbell and Fell judgment of 28 June 1984, Series A no. 80, para. 68; Eur. Court. H.R., Deweer judgment of 27 February 1980, Series A no. 35, para.49; y Eur. Court. H.R., Engel and others judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, para. 82.

23 Sentencia de 31 de enero de 2001.

24 Sentencia de 6 de febrero de 2001.

25 Cfr. la jurisprudencia del Pleno de la SCJN de rubro: **JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.** (visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página 204).

oficio de las condenas y procedimientos judiciales ágiles. En consecuencia, deben examinarse las circunstancias del presente caso teniendo en cuenta esos criterios.²⁶ (Subrayado añadido)

Respecto a la jurisprudencia e interpretación de los derechos humanos en el *ámbito universal*, la Primera Sala de la SCJN ha sostenido²⁷ que el “*contenido de los derechos humanos no se limita al texto expreso de la norma donde se reconoce dicho derecho, sino que se va robusteciendo con la interpretación evolutiva o progresiva que hagan tanto los tribunales constitucionales nacionales, como intérpretes últimos de sus normas fundamentales, así como con la interpretación que hagan los organismos internacionales, intérpretes autorizados en relación con tratados específicos, en una relación dialéctica*” (amparo directo en revisión 496/2014). Por ello, la jurisprudencia del CDHONU es sumamente útil y persuasiva y, estimamos, debe ser tomada en cuenta por los jueces nacionales (incluida la SCJN) al momento de resolver.

b) Lo resuelto por la SCJN

A diferencia de lo que ha pasado en otras latitudes, la SCJN nunca se ha pronunciado *expresamente* respecto a si el derecho fundamental en comento (no autoincriminación) es o no aplicable en los procesos civiles o mercantiles²⁸.

Sin embargo, al resolver el amparo en revisión 669/2010, la Primera Sala de la SCJN sostuvo expresamente que: (a) el derecho a no autoinculparse, si bien tiene su máxima expresión y más alto alcance de protección dentro de procedimientos penales (averiguación previa y proceso penal), en tanto es en ellos en donde se está tratando de acreditar por parte del Estado la responsabilidad del individuo en la comisión de un delito, lo cierto es que éste “*cuenta con un radio de protección que va más allá de estos procedimientos y de estas autoridades*”; y (b) el derecho a no autoinculparse o autoincriminarse “*es aplicable también en procedimientos que no sean la averiguación previa y el proceso penal, y ante autoridades distintas del Ministerio Público y el Juez de la causa penal*”.

Precisados los alcances del derecho a no autoincriminarse o a guardar silencio y sus alcances según lo resuelto por varios Tribunales Constitucionales y Regionales de todo el mundo y la SCJN en México, corresponde ahora explicar los alcances del derecho a ser asistido por un abogado.

26 Comité de Derechos Humanos de la ONU, caso *Morael v Francia*, párr. 9.3 (1989).

27 Cfr. la tesis aislada emitida por la Primera Sala de la SCJN de rubro: **DERECHOS HUMANOS. SU CONTENIDO NO SE LIMITA AL TEXTO EXPRESO DE LA NORMA QUE LO PREVÉ, SINO QUE SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN QUE LOS ÓRGANOS AUTORIZADOS HAGAN AL RESPECTO.** (visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 12, Noviembre de 2014, Tomo I, Página: 714).

28 La SCJN, al igual que la mayoría de los Tribunales Constitucionales en el mundo, ha sostenido que los principios de derecho penal, con algunos matices, son aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores. Cfr. La ejecutoria relativa a la acción de inconstitucionalidad 4/2006.

6. EL DERECHO A SER ASISTIDO POR UN ABOGADO: EL DERECHO A UNA ADECUADA DEFENSA

El derecho a un abogado y a una defensa adecuada se encuentra previsto en el artículo 20, apartado B, fracción VIII, de la CPEUM, así como en los artículos 8.2, incisos d) y e), de la CADH, y 14.3, incisos b) y d), del PIDCP, de la siguiente manera:

CPEUM

“**Artículo 20.** El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

(...)

B. De los derechos de toda persona imputada:

(...)

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y (...)” (Énfasis y subrayado añadidos)

CADH

“**Artículo 8.-** Garantías Judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección o de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; (...)” (Énfasis y subrayado añadidos)

PIDCP

“**Artículo 14**

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

(...)

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que

le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;” (Énfasis y subrayado añadidos)

De la garantía y/o derecho en comento se desprende que: *primero*, el inculpado tiene que ser informado que tiene el derecho a consultar a un abogado; esto es, el derecho a una defensa es automático, el inculpado no tiene que solicitar dicho derecho; *segundo*, que este (el abogado) debe de estar presente durante todo el interrogatorio.²⁹

Sobre el particular, el Pleno de la SCJN ha sostenido que la defensa adecuada dentro de un proceso penal se garantiza cuando la proporciona una persona con conocimientos técnicos en derecho, máxime que de la normativa internacional no deriva la posibilidad de que sea efectuada por un tercero que no sea perito en dicha materia y, por el contrario, permite inferir que la defensa que el Estado deba garantizar será lo más adecuada y efectiva posible, lo cual implica un elemento formal, consistente en que el defensor acredite ser perito en derecho, y uno material, relativo a que, además de dicha acreditación, actúe diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se vean lesionados, lo que significa, inclusive, que la defensa proporcionada por persona de confianza debe cumplir con estas especificaciones para garantizar que el procesado pueda defenderse adecuadamente.³⁰

Asimismo, la Primera Sala de la propia SCJN ha resuelto que:

“(...) el ejercicio eficaz y forma de garantizar el derecho humano de defensa adecuada en materia penal implica que el imputado (lato sensu), a fin de garantizar que cuente con una defensa técnica adecuada, debe ser asistido jurídicamente, en todas las etapas procedimentales en las que intervenga, por un defensor que tenga el carácter de profesional en derecho (abogado particular o defensor público); incluso, de ser posible, desde el momento en que acontezca su detención. La exigencia de una defensa técnica encuentra justificación al requerirse de una persona que tenga la capacidad técnica para asesorar y apreciar lo que jurídicamente es conveniente para el imputado, a fin de otorgar una real y efectiva asistencia legal que le permita estar posibilidad de hacer frente a la imputación formulada en su contra.”³¹

29 Hernández Romo Valencia, Pablo, *op. cit.*, nota 8, página 49.

30 Cfr. la tesis aislada emitida por el Pleno de la SCJN de rubro: **DEFENSA ADECUADA DEL INculpADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS.** (visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Página: 413).

31 Cfr. la tesis aislada emitida por la Primera Sala de la SCJN de rubro: **DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA FORMA DE GARANTIZAR EL EJERCICIO EFICAZ DE ESTE DERE-**

En el ámbito del derecho comparado, conviene tener presente sentencia 59/1995 del Tribunal Constitucional español que señala lo siguiente:

“El contenido del derecho a defenderse a sí mismo no se extiende a la facultad de prescindir de la preceptiva defensa técnica. El mandato legal de defensa por medio de abogado encuentra una propia y específica legitimidad, ante todo como un beneficio del propio defendido, pero también como garantía de un correcto desenvolvimiento del proceso penal, asegurando, en particular, la ausencia de coacciones durante el interrogatorio policial y, en general la igualdad de las partes en el juicio oral, y evitando la posibilidad de que produzca la indefensión del imputado de tal modo que frente a una acusación técnica aparezca también una defensa técnica.”

En conclusión, una vez que el inculpado tenga conocimiento de este derecho o garantía, cualquier declaración, obtenida a propósito, por algún miembro del gobierno (ministerio público, Juez, policía), que tenga que ver con el delito que se le imputa, no podrá ser utilizada como prueba en un juicio, salvo que: (a) el abogado del inculpado haya permitido que se le interrogare, o (b) el inculpado opte por la autodefensa y decida confesar.³²

7. EL DERECHO A SER ASISTIDO POR UN ABOGADO EN EL DESAHOGO DE UNA PRUEBA CONFESIONAL DE CARÁCTER CIVIL O MERCANTIL

La SCJN nunca se ha pronunciado expresamente respecto a si el derecho a la asistencia de un abogado defensor y a una adecuada defensa es aplicable sólo a los procesos penales o si también puede aplicar a todo tipo de proceso judicial o administrativo que pueda afectar los derechos de los gobernados. Sin embargo, con base en los precedentes de la CIDDH y la jurisprudencia de CDHONU (explicados y detallados en los incisos a.3 y a.4 que anteceden), válidamente podemos concluir que el derecho a ser asesorado o asistido por un abogado y, por ende, a una adecuada defensa, es plenamente aplicable a las materias civil y mercantil; máxime que lo que declare un individuo ante la autoridad judicial (civil o mercantil) puede ser usado en su contra, tener implicaciones legales e incluso consecuencias penales.

En palabras de los maestros Hernández-Romo:

“(...) desde nuestro punto de vista, el privar al absolvente de la asistencia de su abogado es una violación a las garantías individuales -al debido proceso legal y a la garantía de no autoincriminación-, toda vez que toda persona que comparece ante

CHO HUMANO SE ACTUALIZA CUANDO EL IMPUTADO, EN TODAS LAS ETAPAS PROCEDIMENTALES EN LAS QUE INTERVIENE, CUENTA CON LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR QUE ES PROFESIONISTA EN DERECHO. (visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, Página: 240).

³² Hernández Romo Valencia, Pablo, *op. cit.*, nota 8, página 53.

una autoridad sea de la naturaleza que sea, tiene derecho a ser aconsejado, en todo aquello que le puede perjudicar y a ser protegido de las eventuales violaciones del orden jurídico. Nos parece que aislar al absolvente equivale ejercer una especie de tortura, de violencia para sorprenderlo con un interrogatorio que desconoce, aunque se diga que versa sobre los hechos propios; máxime cuando se trata de grandes empresas donde suceden hechos realizados por múltiples personas con diversas especialidades en sus labores, desconocidas en sus pormenores por los que no las realizan, pretendiendo el articulante obtener indebida ventaja de tales circunstancias, a tal grado que cuando se trata de confesión de hechos que contienen múltiples datos, cobros, pagos, omisiones, etc., se pretende obtener beneficios derivados de consecuencias penales ligadas a un supuesto fraude procesal o falsedad en declaraciones.”³³

8. CONCLUSIÓN

El hecho de los códigos de procedimientos civiles (de la Ciudad de México y federal) y el Código de Comercio, establezcan que la parte citada a absolver posiciones será tenida por confesa: (i) si no comparece a la audiencia; (ii) cuando se niegue a declarar; (iii) cuando declarando se niegue a responder afirmativa o negativamente; (iv) cuando se negare a contestar las preguntas formuladas por el juez; y que (v) se prohíba que el absolvente sea asesorado por un abogado durante el desahogo de la prueba, ponen de relieve que la prueba “*confesional forzada*” es contraria al derecho de no autoincriminación o a guardar silencio, así como al derecho a una adecuada defensa, previstos en la CPEUM y en diversos tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano; ello no obstante que dichos derechos y garantías son plenamente aplicables a las materias civil y mercantil, tal y como se demostró en los párrafos que anteceden.

Es por lo anterior, que consideramos que la confesión forzada en materia civil y mercantil debe ser derogada³⁴ o expulsada del ordenamiento jurídico por la SCJN³⁵. El derecho comparado ha puesto de relieve que existen otras figuras que pueden sustituir a la prueba confesional. Un ejemplo claro lo encontramos en España en donde la prueba confesional fue eliminada y sustituida por la prueba llamada “*El interrogatorio de las partes*”³⁶ en términos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de aquel país, con base en la reforma de 1/2000 de 7 de enero de 2000 y que entró en vigor el 8 de enero de 2001.

En nuestra opinión que exista una figura jurídica tan inconstitucional en nuestro país como lo es la “*confesión forzada*” civil y mercantil, nos hace pensar si la jerarquía constitucional de los derechos humanos y el nuevo paradigma constitucional tienen plena vigencia o si se trata de una simple utopía.

33 Hernández Romo, Miguel A. y Hernández-Romo, Pablo, *op. cit.*, nota 3, página 401.

34 Por ejemplo, la Ley de Amparo, la Ley Federal de Procedimiento Contencioso Administrativo y la Ley General de Responsabilidades Administrativas, NO prevén la existencia de la prueba confesional.

35 Cfr. los artículos 231 a 235 de la Ley de Amparo (Declaratoria General de Inconstitucionalidad).

36 Sobre la regulación y los alcances de la prueba denominada “*El interrogatorio de las partes*” en España, remitimos al lector al artículo de los maestros Hernández-Romo citado en la nota 3.

FUENTES DE CONSULTA

Doctrina

Becerra Bautista, José, *El proceso civil en México*, Editorial Porrúa, México, México, 2006.

Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, Editorial Porrúa, México, 2014.

Hernández Romo, Miguel A. y Hernández-Romo, Pablo, “La prueba Confesional en Materia Civil: razones para su derogación y consecuencias penales de la misma”, en la Revista de Investigaciones Jurídicas de la ELD, México 2011, Año 35, Número 35.

Hernández Romo Valencia, Pablo, *Las garantías del inculpado*, Editorial Porrúa, México, 2009.

Derecho Positivo

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.
- Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México.
- Código de Comercio.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Páginas de Internet

- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: www.scjn.gob.mx
- Suprema Corte de los Estados Unidos de América: <https://www.supremecourt.gov>
- Corte Constitucional de Colombia: <http://www.corteconstitucional.gov.co>
- Tribunal Constitucional de España: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/default.aspx>
- Tribunal Constitucional de Perú: <http://www.tc.gob.pe/tc/public/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr>
- Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU): <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/ccpr/pages/ccprindex.aspx>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>



EL ACCESO A LAS BOLETAS ELECTORALES EN UNA ELECCIÓN PRESIDENCIAL. UN CASO DE ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Por GREGORIO D. CASTILLO PORRAS¹

RESUMEN: A partir del proceso electoral federal de 2006 en el que se renovó al titular del Poder Ejecutivo de la Unión, se generó una disputa irreductible entre dos candidatos que ocuparon los dos primeros lugares de preferencia en el voto. Controversia que, más allá del aspecto político-electoral, generó una preocupación en una doble vía. Por un lado, la definición dentro del marco jurídico electoral de la posibilidad de abrir los paquetes electorales y recontar cada voto emitido durante la jornada electoral al auspicio de una arenga enardecida del “voto por voto, casilla por casilla”. Y por el otro lado, si efectivamente la autoridad electoral ajustó su actuación al marco normativo.

Por supuesto, el presente artículo no pretende hacer una radiografía política, ni decantar-se por algún extremo representados por los entonces candidatos. Por el contrario, trata de modo objetivo de hacer un análisis a partir de las herramientas que la argumentación jurídica ofrece para determinar si hubo o no colisión de principios, esencialmente entre un principio democrático y el derecho fundamental de acceso a la información. Asimismo, el caso de las elecciones de 2006 mantiene actualidad en virtud del proceso electoral 2018, de la diatriba del fraude electoral y, sobre todo, como se verá, la legislación electoral vigente no resolvió el fondo del problema con la contundencia necesaria para disipar dudas en el supuesto de una contienda reñida.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. PROEMIO O EXORDIO. 2. EXPOSICIÓN O NARRACIÓN. 3. LA ARGUMENTACIÓN DEL CASO. 4. LA REGULACIÓN VIGENTE SOBRE EL ACCESO A LAS BOLETAS ELECTORALES, TRAS EL CASO DE 2006. 5. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como punto de partida el interés que la elección presidencial de 2006 ha despertado en torno a la legitimidad o no del resultado de aquélla. Muchas y muy diversas aristas se pueden atender; por ende, la extensión del estudio desde

1 Cursó la carrera de Abogado y la Maestría en Derecho en la Escuela Libre de Derecho. Es Doctorando en el programa de posgrado de la misma institución educativa

cualquier punto de vista respecto del proceso electoral federal 2006 puede desembocar en un trabajo que exceda sobradamente los límites de cualquier intento monográfico. De ahí que deba circunscribirse la temática al asunto relativo a la presentación de varios cientos de solicitudes de acceso a las boletas electorales con la finalidad de realizar un nuevo recuento de los votos, gracias al cual se pretendía definir tajantemente el resultado electoral.

Pero no sólo ha sido lo pujante del tema en la opinión pública la que mueve a presentarlo como un caso difícil en términos de la argumentación jurídica. Razones prácticas también las hay que motivan el presente trabajo. La primera es la inclusión de una pregunta: ¿si hubo o no un caso de conflicto entre normas y conflicto entre principios, al señalar expresamente el supuesto controversial entre el derecho a la información y el derecho a la intimidad?

El caso de las boletas electorales retoma uno de estos derechos fundamentales, el derecho de acceso a la información, tal vez no enfrentado a la contraparte que supone el derecho a la intimidad, pero sí confrontado con principios esenciales de orden constitucional que van más allá de la norma considerada como una regla de conducta cuyo cumplimiento es obligatorio y, en su caso, coaccionado mediante una sanción. Estos principios son los que envuelven a todo proceso electoral: legalidad, definitividad y certeza, esencialmente.

Para describir y desarrollar este caso, se atenderá la estructura discursiva que ofrece la obra aristotélica y ciceroniana sobre retórica. Y la sustancia del caso se desarrollará a partir de la obra del doctor Jaime Cárdenas Gracia, en el manejo de conflictos entre normas y principios. Por supuesto, se atenderán otras fuentes que servirán de apoyo a estas líneas.²

Finalmente, debo hacer la advertencia que el análisis del caso se hizo sobre la base de la legislación vigente en 2006, si bien es cierto que dicha situación en lo esencial no ha variado al régimen jurídico vigente en materia de transparencia y en materia electoral. Por lo que el lector debe tomar en cuenta esta advertencia al momento de leer este artículo.

1. PROEMIO O EXORDIO

¿El derecho de acceso a la información que fue negado al no poner a disposición de cualquiera las boletas electorales de la elección presidencial de 2006 bajo el argumento de que se violentan diversos principios (legalidad, certeza y definitividad) que engloban la buena conducción del proceso electoral representa un conflicto entre normas y entre principios? Dicho de otro modo, a la autoridad resolutora en primera instancia

2 Cárdenas Gracia, Jaime. *La Argumentación como Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2006, pp. 238.

–papel que le correspondió al entonces Instituto Federal Electoral (IFE)– cómo debió resolver entre el dilema de satisfacer un derecho fundamental sin vulnerar los principios constitucionales que regulan su quehacer institucional.

El problema se presenta en dos vertientes. La primera, a partir de normas jurídicas, presenta un posible conflicto entre la entonces vigente Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG) y el entonces vigente Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE).

La segunda vertiente implica un problema mayor: qué ponderación debe darse tanto a un derecho fundamental como a un proceso electoral cuando ambos entran también en un conflicto.

Y en ambos casos –normas y principios– se encuentra en juego un principio esencial: el de la democracia. ¿Por razones de democracia se negó el acceso a las boletas? ¿Hacer un nuevo conteo de los votos por parte de la ciudadanía hubiera mantenido ese principio democrático?

Estas son las cuestiones que a lo largo de este trabajo se intentarán responder.

2. EXPOSICIÓN O NARRACIÓN

De acuerdo a las recomendaciones que Cicerón da en su obra *La Invención Retórica*, la narración de la causa deberá ser breve, concisa, posible y oportuna³.

Concluido el cómputo distrital de la elección de 2 de julio de 2006 y quedando el proceso electoral en manos del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) se presentaron ante el IFE un aproximado de 841 solicitudes de acceso a las boletas electorales con la finalidad explícita de hacer un conteo ciudadano de los votos.⁴

Es importante transcribir, por lo menos, una de las solicitudes más representativas que pidieron el acceso a las boletas. En dicha transcripción se deja entrever parte de la argumentación según la cual sí es factible dicho acceso:

Por medio de esta solicitud y en apego a la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública Gubernamental requerimos acceso a la siguiente documentación que, por su propia naturaleza, tiene el carácter de pública:

1. Acceso al sobre con las boletas sobrantes, inutilizadas, los votos validos y nulos en todas las casillas instaladas durante la jornada del pasado 2 de julio del 2006 en todo el país, para la elección de Presidente de la República.

3 Cicerón. *La Invención Retórica*, pág. 122.

4 Destacan dentro de esas solicitudes, las presentadas por el semanario *Proceso*, mismo que le dio una enorme difusión mediática al asunto, así como la opinión algunos académicos e investigadores esencialmente del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Por definición –de acuerdo con la Ley federal de Transparencia– toda la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos constitucionales autónomos o con autonomía legal y cualquier otra entidad federal es pública, salvo las excepciones que contiene la propia norma.

En este sentido hacemos las siguientes precisiones:

1. El IFE está obligado a acatar la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública con base en su propio reglamento.
2. No se están solicitando datos personales de los electores, como podrían ser los contenidos en la lista nominal.
3. La elección para Presidente de la República se encuentra impugnada ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

Por ello, solicito el acceso a las boletas electorales inmediatamente después de que el TEPJF concluya el dictamen, así como la declaración de validez o no validez de los comicios para Presidente de la República.

En este sentido, requiero acceso a las bodegas o a las instalaciones de los 300 distritos electorales en todo el país para contabilizar de nuevo las boletas sólo respecto a la votación para Presidente de la República.

Aunado a lo anterior solicito que esta documentación se ponga a nuestra disposición en forma ordenada por sección y casilla, en cada distrito”.⁵

De acuerdo a la LFTAIPG y al Reglamento de Transparencia del IFE, tras diversas reuniones de trabajo en que se debatió la posibilidad dar o de negar el acceso a las boletas electorales, el 5 de septiembre de 2006 el Comité de Información⁶ resolvió las primeras 813 solicitudes en el sentido siguiente:

- a) Negar el acceso a las boletas electorales.
- b) Satisfacer el derecho de acceso a la información mediante la puesta a disposición de los solicitantes de todas las actas emitidas desde la jornada electoral y hasta el cómputo distrital, mismas que reflejan la votación emitida el 2 de julio de 2006.⁷

5 El texto puede ser consultado en Lizárraga Méndez, Daniel y, Rosalía Vergara. “A borrar las huellas”, págs. 16-21, en *Proceso*. Semanario de Información y Análisis No. 1558, 10 de septiembre de 2006, México.

6 El Comité de Información es el órgano colegiado que existe al interior de cada institución pública (en este caso, del orden federal) que revisa en una especie de instancia reconsiderativa las respuestas a las solicitudes de información que, en principio, se niegan. En ese sentido, la facultad esencial de un Comité de Información es confirmar, revocar o modificar las negativas de información de los órganos responsables de dar respuesta. Al día de hoy, de acuerdo con la legislación vigente de transparencia y acceso a la información (2018), estos Comités de Información se denominan Comités de Transparencia y mantienen esencialmente las mismas atribuciones que tenían en 2006.

7 La resolución puede ser consultada en el sistema electrónico de solicitudes de información denominado IFESAI en la siguiente dirección electrónica: www.ife.org.mx

Debe mencionarse como dato interesante para el lector que, de ese universo de 813 solicitudes solamente en cuatro casos se interpusieron los medios de impugnación internos ante el propio Instituto⁸ y en un caso se presentó juicio de amparo en contra de la resolución del Comité de Información.

Asimismo, en diciembre de 2006 los recursos de revisión fueron resueltos por la Comisión de Transparencia del Instituto⁹, la cual confirmó la resolución del Comité de Información. Sobre este punto es importante señalar que, tanto en el Comité como en la Comisión, la votación por la negativa no fue unánime, sino que el tema se debatió profusamente y ambas posiciones (las que estuvieron a favor de dar acceso y las que se opusieron al mismo) esgrimieron argumentos sólidos en pro y en contra. Argumentos que se verán a detalle más adelante.

Tras la resolución de la Comisión, algunos recurrentes acudieron al juicio de protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, cuyo desahogo se ventiló en la Sala Superior del TEPJF.¹⁰

3. LA ARGUMENTACIÓN DEL CASO

La presentación de los argumentos se dividirá en dos grandes segmentos: el conflicto entre normas y el conflicto entre principios. Asimismo, en la exposición se partirá desde los argumentos con los cuales el IFE negó el acceso a las boletas electorales, dentro de los que refutarán los argumentos que, a su vez, pugnan por el acceso a las boletas.

8 Los medios de impugnación en este caso se denominan recurso de revisión (arts. 61 LFTAIPG y 37 del Reglamento de Transparencia del IFE) y son resueltos por la Comisión del Consejo General para la Transparencia y el Acceso a la Información Pública.

9 Debe recordarse que, antes de la reforma constitucional de febrero de 2014 en materia de transparencia y acceso a la información pública, los organismos autónomos constitucionales como el IFE, no se sometían a la competencia del entonces IFAI, sino que contaban con una instancia interna competente para resolver los llamados recursos de revisión que los solicitantes interponían en contra de las respuestas recaídas. En el caso del IFE, esa instancia resolutora era la Comisión de Transparencia, integrada por tres Consejeros Electorales, un secretariado técnico y con la participación con voz, pero sin voto, de los representantes de los partidos políticos. Por supuesto, al día de hoy (2018) este diseño institucional ya no funciona, pues a partir de la citada reforma constitucional de 2014 esa competencia la ha absorbido el nuevo organismo garante federal, el INAI.

10 La Sala Superior del TEPJF también resolvió la negativa de acceso a las boletas electorales, con base a los argumentos que la Unidad de Información del IFE esgrimió, no así bajo los argumentos de la Comisión de Transparencia del propio Instituto. De hecho, esta última argumentó de manera inexplicable que la negativa de acceso se sustentaba en una cuestión de seguridad nacional, argumento desestimado por la Sala Superior.

La sentencia puede consultarse en la página de *Internet* del Tribunal en el sistema de consulta *IUS Electoral*: sitios.te.gob.mx/ius_electoral

3.1. Conflicto entre normas

3.1.1. Primer argumento

No hay conflicto entre la LFTAIPG y el COFIPE.

Tanto la LFTAIPG como el COFIPE son leyes federales, las cuales entre sí tienen un mismo rango dentro de la jerarquía normativa. La primera es una ley más o menos reciente, cuya puesta en vigor data de 2002, en tanto que la segunda fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en 1990.

Mientras que la LFTAIPG dispone, entre otras cuestiones, que es una ley de orden público que tiene como finalidad garantizar el derecho de acceso a la información en posesión –entre otros– de los órganos constitucionales autónomos –como es el caso del IFE– (art. 1º), que toda la información gubernamental a que se refiere es de acceso público (art. 2º) y que tiene como objetivos favorecer la rendición de cuentas a los ciudadanos para valorar el desempeño de los sujetos obligados (como el IFE) y contribuir al proceso democratizador del Estado mexicano (art. 4º). El COFIPE establece por su parte que también es una norma de orden público y que regula la función estatal de organizar las elecciones de los integrantes de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Unión (art. 1º). Asimismo, el COFIPE describe y señala explícitamente el *iter* que las boletas electorales recorren desde la urna hasta su destrucción (arts. 234, 247 y 254).

En otras palabras, mientras que la LFTAIPG mantiene un espíritu aperturista –salvo los casos señalados como información clasificada como reservada o confidencial (arts. 13, 14, 18 y 19) –, el COFIPE prevé que al término del proceso electoral las boletas se destruirán.

¿Hay o no un caso de conflicto entre dos normas de igual rango?

Como bien lo señala Cárdenas Gracia, “*las antinomias se resuelven con tres criterios clásicos: cronológico, jerárquico y de especialidad. El criterio cronológico nos dirá que la ley posterior deroga a la anterior (Lex posterior derogat priori). El criterio jerárquico establece que frente a dos normas incompatibles prevalece la norma jerárquicamente superior (Lex superior derogat inferiori). Finalmente, el tercer criterio determina que la ley especial deroga a la general (Lex specialis derogat generali)*”¹¹

Es claro que el criterio jerárquico no es aplicable al caso, ya que ambas normas mantienen el mismo rango dentro de la escala normativa: son leyes federales. Luego entonces, queda por aplicar, de ser el caso, los criterios cronológico y de especialidad. El primero indicaría que la LFTAIPG deroga al COFIPE por ser posterior a éste. El segundo señalaría que el COFIPE derogara a la LFTAIPG por ser la legislación especializada en

11 Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, pág. 127.

materia electoral. No obstante, hay voces que sostienen que incluso la norma especial es la LFTAIPG y no el COFIPE, por tratarse de un caso de acceso a la información.

En mi opinión, aceptar la aplicación de un criterio es reconocer que de por medio hay un conflicto.

El criterio cronológico desafortunadamente no entra al fondo del problema y el caso de acceso a las boletas es un caso difícil al cual no basta determinar que la LFTAIPG es aplicable por el simple hecho de ser posterior al COFIPE. Que, por otro lado, aunque se quisiera aplicar la LFTAIPG, ésta no regula aspecto alguno que tenga relación con las boletas electorales. En cambio, el COFIPE –si bien es escueto– es la norma que sí regula el camino recorrido por las boletas electorales.

Lo anterior, no significa la aplicación del principio de especialidad. ¿Cuál es la norma especial? ¿La LFTAIPG porque se trata de un caso de acceso a información? ¿O el COFIPE porque, a diferencia de la LFTAIPG, es el único que regula a las boletas electorales?

Es nuestro parecer que ambas normas son aplicables. Efectivamente se trata de un caso de derecho de acceso a la información, pero cuya sustancia está regulada en una norma cuyo ámbito material de validez es electoral. ¿Cómo se resuelve el problema?

La LFTAIPG establecía una regla general: toda información en poder de los órganos públicos federales es pública, salvo aquellos casos cuyo acceso excepcionalmente se niegue. Los casos de negativa de acceso a información son taxativos, es decir, sólo aquellos que la LFTAIPG establece. Estos casos son los conocidos como de información reservada (arts. 13 y 14) e información confidencial (arts. 18 y 19).

Precisamente, en uno de esos casos, la LFTAIPG señalaba expresamente en la fracción I del artículo 14 que:

Artículo 14. También se considerará como información reservada:

I. La que *por disposición expresa de una Ley* sea considerada confidencial, reservada, comercial reservada o gubernamental confidencial...;¹²

Esto es, se está ante un caso de *norma de autorreferencia*, al decir de Alf Ross¹³. Es decir, que la excepción al acceso a la información (en este caso, las boletas electorales) no lo refiere explícitamente la LFTAIPG, sino que remite a una ley que sí establezca la causal de negativa de acceso. Esa ley que prevé la imposibilidad jurídica de acceder a las boletas electorales y a la cual la LFTAIPG ha remitido es, sin duda, el COFIPE.

12 El énfasis es mío.

13 Ross, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, No. 7, Edit. Fontamara, México, D.F., 1997, págs. 43-71.

El COFIPE regulaba expresamente: *i*) La garantía de inviolabilidad de los votos (artículo 234, párrafo 2); *ii*) Los casos excepcionales, extraordinarios y de último recurso de apertura de los sobres con los votos durante la sesión de cómputo distrital exclusivamente en los supuestos previstos y bajo las causas justificadas, así como los momentos procesales y las autoridades facultadas para hacerlo (artículos 247 y 253); y, *iii*) Finalmente, el destino final de los votos a la conclusión del proceso electoral (artículo 254).

No es el caso en este momento entrar al fondo del asunto, lo único que se pretende dejar en claro es lo siguiente: no hay conflicto de normas entre la LFTAIPG y el COFIPE.

Por el contrario, la primera –que es aplicable– remite al segundo que regula el fondo de la cuestión.

Otro ejemplo análogo ayudará a entender la situación. La LFTAIPG establecía en la fracción II del artículo 14, como supuesto de información negada por reserva, toda aquella que tenga que ver con la secrecía legal. Esto es, que la información se niega cuando por disposición de ley formal y material se encuentre protegida por un secreto. En materia de propiedad industrial existe el secreto industrial, mismo que no está regulado expresamente en la LFTAIPG, pero que ésta remite a la ley de la materia (art. 82 de la Ley de la Propiedad Industrial) para negar el acceso a la información.

Esta analogía es argumento que permite fortalecer la idea según la cual tanto la LFTAIPG y el COFIPE son aplicables y, por ende, no existe contradicción, ni conflicto entre ambas normas.

En ese sentido, comparto el criterio del Comité de Información del IFE que estableció claramente la inexistencia de conflicto normativo entre ambas leyes federales, pero sí rechazamos la conclusión de la Comisión de Transparencia que por razones ajenas a este trabajo se manifestó erróneamente por un conflicto entre la LFTAIPG y el COFIPE.

3.1.2. Segundo argumento

Las boletas no son documentos.

Un punto de partida esencial radica en definir la naturaleza de las boletas y el proceso destinado a determinar el resultado de la voluntad popular y en el que la boleta (naturaleza primaria de este material electoral) juega un papel decisivo a partir de que la misma asume el carácter de voto (naturaleza última).

Es importante atender como el IFE sostuvo el hecho de que las boletas no son documentos. Al decir del Instituto, *las boletas electorales no se ajustan a la definición legal de documento*.

Esto presenta un segundo conflicto normativo: si las boletas de acuerdo con la LFTAIPG son o no documentos. Esto es trascendente, porque no se discute el término “documento” en un sentido coloquial, sino como un término jurídico de acuerdo a

la ley de la materia. Queda claro que prácticamente casi cualquier pedazo de papel con alguna simbología que pretenda transmitir un significado pueda entenderse como documento cuyo contenido es informativo. Sin embargo, en este caso se está ante una definición legal y no coloquial.¹⁴

Los artículos 3, fr. II de la LFTAIPG y 2, fr. XII del entonces vigente Reglamento de Transparencia del IFE *definían jurídicamente* a un documento *para efectos de acceso a la información* como: “cualquier otro registro que *documente el ejercicio de las facultades o la actividad de los sujetos obligados y sus servidores públicos*, sin importar su fuente o fecha de elaboración”.¹⁵

Existen tres elementos en la definición legal: *i)* Documentación del ejercicio de facultades o actividades de los sujetos obligados (como es el IFE); *ii)* La fuente; y, *iii)* La fecha de elaboración.

Como es de observarse, la LFTAIPG y el Reglamento del IFE excluyen los dos últimos elementos, no son relevantes para categorizar a un documento en términos jurídicos. Sin embargo, el elemento imprescindible es que sólo será documento para efecto de acceso a la información: *si registra las actividades o facultades del IFE y de sus servidores públicos*.

Las boletas electorales *no registran esa actividad o las facultades del IFE ni de sus servidores públicos*. Por lo tanto, no implican un acto de autoridad ni se encuentran sujetas a la LFTAIPG.

Las boletas no son documentos jurídicamente hablando, sólo son la expresión material de la preferencia electoral de la ciudadanía votante. Las boletas *registran la expresión popular del voto y esa expresión no puede calificarse como actividad o facultad del IFE y sus servidores públicos*.

Entonces, cabe determinar cuáles son los “documentos” que *registran la actividad del IFE*. Para ajustarse a la definición jurídica de documento, el IFE genera una serie de registros de la actividad y de sus facultades desarrolladas en la jornada electoral que son las diversas actas que emite, tales como las de jornada, escrutinio y cómputo, de sesiones de cómputo y de cómputo distritales.

El *contenido de las boletas electorales se vierte en las actas* y éstas son documentos en términos de la LFTAIPG y del Reglamento del IFE.

Una vez definida la naturaleza de las boletas, es menester analizar la conversión de las mismas en votos. Al respecto, el entonces Magistrado Presidente de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Leonel Castillo González en la sesión del 5 de agosto de 2006, señaló que: “Una parte fundamental... es el momento

14 Vid. ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Edit. EUDEBA, Buenos Aires, Argentina, 1997, págs. 146-148.

15 El énfasis es mío.

*en que se abre la urna, salen las boletas depositadas por los ciudadanos y por tanto convertidas en votos”.*¹⁶

El origen de las boletas como parte de los materiales electorales se ve superado cuando en ellas, el ciudadano, –y no el Instituto– manifiesta materialmente su preferencia electoral al momento de sufragar. En virtud de ello, una vez emitido el sufragio e introducido éste en la urna, lo que en principio era una boleta, se convierte, más allá de cualquier otra consideración, en un *voto*.

Si bien es cierto que concuerdo con el argumento del Instituto, al quedar en claro que la definición jurídica de documento permite legalmente sostener que las boletas no tienen ese carácter, también lo es que reconocemos lo polémico del argumento. Y en ese sentido, siendo congruentes con el tema del derecho de acceso a la información, no es suficiente semejante argumento leguleyo para negar el acceso a las boletas. Esto no significa que estemos a favor de dicho acceso, sino que simplemente hay razones de mucho mayor peso que la de argumentar que las boletas no son documentos.

Creo, así, que no basta la norma, sino que, al decir de Cárdenas Gracia: *“la distinción entre reglas y principios es una de las diferenciaciones capitales de nuestro tiempo. Tiene un impacto directo en la concepción del derecho y en la interpretación... Los jueces mexicanos están obligados a interpretar todo el derecho y no sólo la ley. Las decisiones deben ser orientadas también por principios y no sólo por reglas”.*¹⁷

Por ello, en materia de transparencia y acceso a la información rige un principio esencial, incluso previsto en la propia ley (art. 4º LFTAIPG): *el principio de la máxima publicidad*. Mismo que se traduce en lo siguiente: ante la duda sobre dar o no acceso a la información debe prevalecer lo primero.¹⁸

Para el caso que ocupa, el argumento de la naturaleza de las boletas es un prurito legalista para negar el acceso a éstas. Insisto: no significa que esté de acuerdo con dicho acceso, pero para negarlo se debe atender a otras consideraciones.

Precisamente, parte de esas consideraciones conforman lo que en este trabajo se presenta como el conflicto entre principios.

3.2. Conflicto entre principios

Al seguir nuevamente a Cárdenas Gracia, indica que el problema de conflicto entre principios genera una problemática y una dinámica de solución que difiere totalmente

16 Discurso del Magistrado Leonel Castillo González en la sesión de 5 de agosto de 2006 de la Sala Superior del TEPJF, mismo que puede ser consultado en www.te.gob.mx. El énfasis es mío.

17 Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, pág. 4.

18 Dicho principio es la piedra angular de la materia de transparencia y acceso a la información en México, pues sigue vigente y es principio consagrado en el artículo 6º constitucional.

de los conflictos entre normas. Esta peculiaridad de los conflictos entre principios se debe a la naturaleza constitucional de los mismos que no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguno; o bien, porque la solución puede consistir en el triunfo de uno de los principios o en la satisfacción de ambos.¹⁹

Asimismo, el autor ofrece tres posibles situaciones teóricas de contradicción entre principios:

- a) Un conflicto normativo entre un principio en sentido estricto y una directriz o norma programática se resolvería con la aplicación preferente del primero, puesto que los principios en sentido estricto recogen valores que se consideran “razones categóricas frente a cualesquiera interés”;
- b) Frente a un conflicto normativo entre dos principios en sentido estricto, entonces habría que ponderar las razones de cada uno de ellos, así como la preferencia aplicativa de uno sobre el otro, y
- c) Ante un conflicto normativo donde entran en conflicto dos directrices o normas programáticas, la solución implica determinar la articulación de políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución de los objetivos recogidos en las normas programáticas, por tanto, la ponderación es la base de la solución a estas antinomias. Tal como puede apreciarse, la ponderación juega un papel fundamental en la solución de antinomias entre principios.²⁰

En suma, frente a lo que se presenta cada conflicto se resuelve según el caso. Sin embargo, debe atenderse a la ponderación de los principios.

Dentro de la Constitución no existen jerarquías internas, por lo tanto, la realización entre principios debe ser precisada en cada situación específica. Los principios deben optimizarse perviviendo entre ellos, no eliminándose mutuamente. Por eso, el resultado de la interpretación entre principios opuestos no es el triunfo aplastante de alguno de ellos, sino su armonización, la búsqueda de una solución intermedia que procure la menor lesión entre los principios contradictorios.²¹

La ponderación se distingue por ser una especie de justo medio entre la declaración de relevancia de dos principios en conflicto para normar *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para atender en definitiva ese caso.

Con estos antecedentes, es posible entender el caso del acceso a las boletas como un conflicto entre principios: por un lado, el derecho de acceso a la información como derecho fundamental y, por el otro, los principios de legalidad, certeza y definitividad

19 Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, págs. 130 y ss.

20 *Idem.*

21 *Ib in idem.*

del proceso electoral. Y, en suma, el principio democrático que debe pervivir en cada una de las posiciones de este conflicto.

El conflicto de principios tiene su referente en la propia Constitución General de la República. Durante 2006 el artículo 6º establecía escuetamente el derecho a la información, mismo que será garantizado por el Estado²². Por su parte, los artículos 41 y 99 constitucionales consideran entre otros principios, rectores del quehacer del IFE y de la conducción de los procesos electorales federales, los de legalidad, certeza y definitividad.

Planteado así el conflicto, véase la argumentación en la que se ponderaron ambos principios:

1) Uno de los objetivos que persigue la LFTAIPG, de acuerdo con lo previsto en su artículo 4, fracción VI, es: *“Contribuir a la democratización de la sociedad mexicana y la plena vigencia del Estado de derecho”*.

En ese sentido, de conformidad con lo consagrado en el artículo 41, párrafo segundo, base III de la Constitución General de la República en ese entonces pero aún vigente, el órgano responsable de organizar los procesos electorales federales era el Instituto Federal Electoral²³, el cual a partir de la naturaleza otorgada por la norma fundamental, fomenta e impulsa la democratización de la sociedad a través de procesos que garantizan elecciones auténticas, libres y periódicas, tal como se desprende de la base III, párrafo segundo del artículo citado. Asimismo, le impone garantizar las características del sufragio, esto es: universal, libre, secreto y directo.

Por otro lado, esta obligación constitucional de organizar los procesos electorales, a su vez, democratizadores de la sociedad, tiene a la par la observancia de la plena vigencia del estado de derecho, lo cual se traduce en el cumplimiento de principios constitucionales que mandata la Constitución en la materia electoral que rigen el comportamiento institucional de este órgano autónomo. Dicho de otro modo, para llevar a cabo los procesos electorales, las actividades que realiza deben ajustarse estrictamente a las normas jurídicas en las que se sustenta el estado de derecho.

Lo anterior se traduce en que en todos sus actos deberá observar irrestrictamente los principios que lo rigen, conferidos en el artículo 41, párrafo segundo, base III de la Carta Magna: certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad.

22 El enunciado prevalece como resabio de la reforma político-electoral de 1977. Sin embargo, ha sufrido sendas modificaciones en dos ocasiones: la primera en 2007 con el establecimiento de una serie de principios y bases constitucionales que toda ley de transparencia (federal o local) debe cumplir y la segunda en 2014 en el que se produce un parteaguas en la materia que es largo extenso referir en el presente artículo.

23 La situación no dista mucho del régimen constitucional actual en cuanto que el ahora INE es la instancia federal y en algunos casos nacional responsable de organizar los procesos electorales en los que se renueva a los titulares de los Poderes Ejecutivo y Legislativo federales.

Aunado a estos ejes rectores de su función estatal, que no es otra cosa que mantener vigente el estado de derecho en los procesos democratizadores del país, se suma el principio de definitividad que también debe observar, el cual de acuerdo con lo señalado por los artículos 41, párrafo segundo, base IV y 99 de la Constitución, es garantizado fundamentalmente por el TEPJF mediante un sistema de medios de impugnación en materia electoral.²⁴

Al respecto, la interpretación que el TEPJF ha sostenido en relación a dicho principio, se hace patente en la siguiente tesis que en lo conducente expresa:

... resulta material y jurídicamente imposible en la etapa de resultados electorales reparar la violación que, en su caso se hubieren cometido ...en virtud de que no puede revocarse una situación jurídica correspondiente a una etapa anterior ya concluida, como es el caso de la preparación de la elección, toda vez que lo contrario implicaría afectar el bien jurídico protegido consistente en la certeza en el desarrollo de los comicios y la seguridad jurídica a los participantes en los mismos, ya que, al concluir la etapa de la preparación de la elección, *los actos y resoluciones ocurridos durante la misma que hayan surtido plenos efectos y no se haya revocado o modificado dentro de la propia etapa, deberán tenerse por definitivos y firmes con el objeto de que los partidos políticos, ciudadanos y autoridades electorales se conduzcan conforme a ellos en etapas posteriores*, adquiriendo por tales razones el carácter de irreparables a través del juicio de revisión constitucional electoral, en términos del artículo 86, párrafo 1, inciso d), de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral”. Tesis S3ELJ 01/2004.²⁵

Como es de observarse, la finalidad perseguida por la LFTAIPG, en cuanto a la democratización de la sociedad, se materializa por la función constitucional del Instituto de organizar los ejercicios electorales de renovación de los Poderes Legislativo y Ejecutivo Federales, a través el cumplimiento riguroso de los principios rectores mandados por la Constitución, a los que se hizo referencia.

Lo anterior, es retomado por la legislación secundaria al establecerse en el artículo 69, párrafo 1, inciso a) del entonces COFIPE, que una finalidad del Instituto es contribuir al desarrollo de la vida democrática, así como también que todas sus actividades se regirán por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, lo cual se prevé en el artículo 69, párrafo 2 del citado ordenamiento, vigente en el momento en que surgió la controversia sobre las boletas electorales.

2) Son, precisamente, estos principios los que deben atenderse en el caso de las boletas electorales, específicamente, los principios de legalidad, certeza y definitividad, los cuales se desarrollan a continuación:

El principio de legalidad exige que toda conducta de la autoridad electoral federal se ajuste estrictamente al orden jurídico, por lo que todo acto del Instituto debe estar de-

24 En la misma tesitura esta situación se mantiene en esencia, a pesar de la diferencia en los tiempos.

25 El énfasis es mío.

bidamente fundado y motivado, y que a su vez, se constituye, ante cualquier individuo, como una garantía fundamental.

El principio de certeza radica en tener el conocimiento seguro y claro de alguna cosa, por lo que aplicado a la función estatal conferida al Instituto, implica que los procesos electorales sean completamente verificables, fidedignos y confiables, es decir, que exista una coincidencia entre la realidad de hecho y un ánimo de convencimiento y credibilidad.

El principio de definitividad expresa la necesidad de dar por concluida una etapa o todo un proceso respecto de los cuales, transcurridos ciertos plazos o términos, se asumen como verdad legal y, por ende, inatacable. El proceso electoral no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento para que el derecho de sufragio pueda ser ejercido. Como todo proceso, el proceso electoral se integra con una serie de actos sucesivos para lograr el fin indicado. La manera más eficaz para que el proceso pueda avanzar es que exista definitividad en las distintas etapas para que en el plazo de ley el derecho al sufragio se ejercite. Esto implica que los actos del proceso electoral que adquieren definitividad son los que emiten las autoridades encargadas de organizar los comicios, en cada una de las etapas que integran dicho proceso.²⁶

También debe asentarse que, el principio de definitividad alcanza el nivel máximo de expresión cuando el TEPJF resuelve los medios de impugnación electoral que se hayan interpuesto contra cualquiera de las etapas del proceso electoral, de ahí que la fracción IV del artículo 41 constitucional disponga: *“Para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación en los términos que señalen esta Constitución y la ley. Dicho sistema dará definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales”*.

Por otro lado, dichos principios no deben considerarse de modo aislado, sino conjugarlos sistemáticamente, por lo cual cada acto del Instituto debe reunir todos y cada uno de estos principios.

Para el caso que ocupa, la aplicación de los principios de certeza y legalidad, conllevan al estricto cumplimiento del principio de definitividad.

3) Por otra parte, el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental, elevado a rango constitucional que prevé el artículo 6 de la Ley Suprema, por lo que, el ejercicio de este derecho faculta a cualquier individuo para requerir al Estado la información que esté documentada, y se encuentra esencialmente regulado a partir de la existencia de la entonces LFTAIPG.

Como cualquier derecho fundamental, la amplitud de su ejercicio está determinada por una serie de límites que constitucionalmente se establecen para mantener un sis-

26 Véase *Justicia Electoral*, 2002, Tercera Época, Suplemento 5, páginas 121-122, Sala Superior, Tesis S3EL 012/2001).

tema ordenado y equilibrado entre el ejercicio pacífico de la libertad individual y la convivencia social.

El artículo 6º constitucional señala diversos límites al ejercicio del derecho a la información, tales como el orden público, por ejemplo.

En ese sentido, debe existir una armonización congruente entre este derecho fundamental y los principios constitucionales rectores de los actos del Instituto. En virtud de ello, el derecho de acceso a la información ejercido ante el Instituto deberá comprenderse como un ejercicio libre en tanto no exceda las restricciones que la propia Constitución le señala y, por ende, la observancia a los principios de legalidad, certeza y definitividad.

En suma, este derecho debe ejercerse de conformidad con ese orden público y bajo la convicción de que se satisface este derecho con apego a la legalidad.

4) Que, en relación a las consideraciones anteriores se deben analizar las siguientes cuestiones: a) Régimen jurídico aplicable y tutela específica de las boletas electorales; y, b) Alcance de las facultades legales del Instituto Federal Electoral.

3.2.1. Régimen jurídico aplicable y tutela específica de las boletas electorales

En relación al régimen jurídico aplicable y a la tutela específica de las boletas electorales durante el proceso electoral de 2006, debe tenerse presente lo que establecía el COFIPE en los artículos 234 y 254, que a la letra precisaban:

Artículo 234

1. Al término del escrutinio y cómputo de cada una de las elecciones, se formará un expediente de casilla con la documentación siguiente:
 - a) Un ejemplar del acta de la jornada electoral;
 - b) (Se deroga).
 - c) Un ejemplar del acta final de escrutinio y cómputo; y
 - d) Los escritos de protesta que se hubieren recibido.
2. Se remitirán también, en sobres por separado, las boletas sobrantes inutilizadas y las que contengan los votos válidos y los votos nulos para cada elección.
3. La lista nominal de electores se remitirá en sobre por separado.
4. Para *garantizar la inviolabilidad de la documentación anterior*²⁷, con el expediente de cada una de las elecciones y los sobres, se formará un paquete en cuya

27 El énfasis es mío.

envoltura firmarán los integrantes de la mesa directiva de casilla y los representantes que desearan hacerlo”.

“Artículo 254

1. Los Presidentes de los Consejos Distritales conservarán en su poder una copia certificada de todas las actas y documentación de cada uno de los expedientes de los cómputos distritales.
2. Asimismo, los Presidentes tomarán las medidas necesarias para el depósito en el lugar señalado para tal efecto, de los sobres que contengan la documentación a que se refiere el artículo 234 de este Código hasta la conclusión del proceso electoral. Una vez concluido el proceso electoral, se procederá a su destrucción.

Bajo el principio de legalidad, el Instituto debe observar lo que expresamente le señala el COFIPE. Dicho Código regulaba expresamente: *i)* La garantía de inviolabilidad de los votos (artículo 234, párrafo 2); *ii)* Los casos excepcionales, extraordinarios y de último recurso de apertura de los sobres con los votos durante la sesión de cómputo distrital exclusivamente en los supuestos previstos y bajo las causas justificadas, así como los momentos procesales y las autoridades facultadas para hacerlo (artículos 247 y 253); y, *iii)* Finalmente, el destino final de los votos a la conclusión del proceso electoral (artículo 254).

En efecto, aunque la regulación electoral no establecía disposición alguna que determinase el acceso a las boletas fuera de los casos señalados en la misma, sí preveía de forma expresa el mantener en resguardo los materiales electorales y el destino final de los mismos.

Sobre dicho destino, el artículo 254 del COFIPE mandataba su destrucción. Dicha destrucción es el acto que por naturaleza explica y demuestra la definitividad de las distintas etapas del proceso electoral. Una vez que el TEPJF resuelve los diversos recursos que recaen en el proceso electoral –dentro de los que se contempla el conteo de los votos que presentan dudas– el proceso es definitivo. El TEPJF ya determinó que los materiales electorales no pueden tener ningún otro fin que aquel que establece la ley electoral²⁸.

Por tanto, de los dispositivos legales referidos, no es factible desprender que los materiales resguardados, a la conclusión del proceso electoral, se permita el acceso a los mismos, en razón de que la obligación de resguardo y de inviolabilidad no se interrumpe bajo ningún supuesto.

En consecuencia, con excepción del cumplimiento de un mandato judicial del TEPJF, no es jurídicamente posible entregar o poner a disposición de persona alguna, los votos contenidos en los paquetes electorales.

28 Véase la Tesis S3EL 046/98, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

3.2.2. Alcance de las facultades legales del Instituto Federal Electoral

Conforme a la garantía de legalidad, consagrada en el artículo 16 constitucional, cualquier acto de autoridad del Instituto Federal Electoral debe encontrarse debidamente fundado y motivado, es decir, debe estar sustentado en una disposición jurídica vigente, bajo la cual se determinan los límites y alcances del ejercicio de su imperio, así como acogerse a las razones de hecho que generan su emisión.

En estricto apego a lo consagrado en la Norma Fundamental, el Instituto debe ajustarse en forma irrestricta al principio de legalidad, lo que implica la debida fundamentación y motivación que todo acto de autoridad debe revestir.

Ahora bien, de conformidad con la ley de la materia, el Instituto tiene facultades expresas, en torno a las boletas electorales, que lo constriñen a mantener la inviolabilidad de las mismas y su resguardo durante y después del proceso electoral para que, una vez concluido éste, proceda en un momento dado su destrucción.

Lo anterior se refuerza con la resolución emitida por el TEPJF en el expediente SUP-RAP-004/98, cuya parte conducente se transcribe a continuación:

Tal circunstancia es bastante y suficiente para considerar que efectivamente, el organismo emisor del acto, apartándose del marco jurídico que delimita sus atribuciones, estableció mecanismos y procedimientos no contemplados por la legislación aplicable, esto es, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, al ordenar la práctica de estudios e investigaciones que pretendió fueran realizados por terceros ajenos a los órganos que integran el Instituto Federal Electoral, así como por su propio personal, involucrando un manejo diverso al marcado por la ley, de la documentación contenida en los paquetes electorales, materia de las muestras que sobre el particular determinó fueran extraídas y de la información contenida en la documentación electoral que conforma a los mencionados paquetes. Resulta claro que tal proceder se encuentra viciado de origen, como quedó de manifiesto con anterioridad, en razón de la ausencia de facultades del órgano superior de dirección, *como lo es el Consejo General, ya que éste no cuenta con atribuciones expresas ni implícitas, que le permitan llevar a cabo el desarrollo de los estudios de corte académico e investigativo en cuestión, habida cuenta que, como acertadamente lo señala el recurrente en sus agravios, los mecanismos para el manejo, resguardo y destrucción de dicha documentación, señalados en el Código Electoral en consulta, impiden un tratamiento diverso como el intentado por la autoridad responsable*. Recurso de Apelación SUP-RAP-004/1998.²⁹

De lo sostenido por la autoridad jurisdiccional en la materia, es contundente que este Instituto sólo podía hacer aquello que le estaba expresa o implícitamente conferido, por lo que debía ceñir su actuación a las normas legales que lo obligaban a mantener

29 El énfasis es mío.

la inviolabilidad y resguardo de los paquetes electorales, ya que, en caso contrario, si se permitiera el acceso a las boletas, al carecer de fundamento normativo, violentaría tanto la garantía como el principio de legalidad, toda vez que no es jurídicamente procedente dar, a las boletas, un destino distinto y ajeno al que señalaba el COFIPE.

En estricto cumplimiento al principio de legalidad, el Instituto Federal Electoral carecía de facultades para atender satisfactoriamente las solicitudes que pedían el acceso a las boletas electorales.

Dicho de otro modo, el Instituto se enfrentó a la imposibilidad de atender estas pretensiones, lo cual obedeció a que no tenía margen de interpretación cuando existe un mandato legal expreso (artículo 254 del COFIPE). En ese sentido, el IFE se limitó a cumplir con la función constitucional asignada y a aplicar una norma de estricta observancia.

Asimismo, es de destacarse que *las boletas no son susceptibles de conservación*, ya que si el legislador hubiera considerado la posibilidad de permitir el acceso a las mismas, les hubiera confiado el carácter de documentos históricos o dejado al arbitrio del Instituto el destino de las mismas. Sin embargo, el legislador reconoció la importancia que las boletas tienen y a efecto de salvaguardar el principio de definitividad, confirió su resguardo e inviolabilidad a los Consejos Distritales, y su consulta la reservó al TEPJF.

Mientras que es principio constitucional que el voto es secreto y dicha secrecía alcanza su mejor expresión al momento de que el elector sufra, el legislador no obvió la posibilidad de asegurar las boletas para no desvirtuar los resultados electorales y, por ende, afectar la decisión ciudadana. Por ello, a lo largo del proceso electoral e, incluso, a la conclusión del mismo, propició una serie de mecanismos para dar definitividad al proceso electoral. Por esa razón, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 234 del Código de la materia, al final de la jornada se inició la salvaguarda de las boletas con los votos al integrarlas en sobres y asegurar su inviolabilidad, los cuales ya integrados en paquetes se remitieron a los Consejos Distritales. Por su parte, el diverso 247 establecía los supuestos para acceder a las boletas. Siendo que con fundamento en el artículo 253, sólo el TEPJF podía acceder a ellas para la sustanciación de las impugnaciones, que en su caso, se presentasen y finalmente en base al artículo 257, al término del proceso, se ordenaría el destino final de los paquetes electorales que contenían las boletas.

Con lo anterior, se garantiza la observancia de los principios de certeza y definitividad que corresponden al proceso electoral, principios constitucionales que, como ya se dijo, debe acatar el Instituto en el desempeño de sus actividades.

Bajo este contexto, se estima que el derecho de acceso a la información se ve reflejado y satisfecho al momento de que el Instituto ponga a disposición de los solicitantes las actas en las que se asienten las manifestaciones de la voluntad del electorado, que se expresaron en las boletas al emitir su sufragio. En otras palabras, el contenido de cada

una de las boletas obra en las diversas actas emitidas por el Instituto desde la jornada electoral hasta el cómputo distrital.

4. LA REGULACIÓN VIGENTE SOBRE EL ACCESO A LAS BOLETAS ELECTORALES, TRAS EL CASO DE 2006

Debe señalarse que, la regulación de las boletas electorales en el proceso de 2006, se hizo con base en el COFIPE de 1990, en la LTAIPG de 2002 y el Reglamento de Transparencia del IFE de 2005, así como del texto constitucional vigente en 2006.

Tras lo acontecido en las elecciones de 2006, se llevó a cabo una nueva reforma político-electoral: a nivel constitucional en 2007 y a nivel de legislación secundaria en 2008.

Una consecuencia de esa reforma fue la abrogación del COFIPE de 1990 y la expedición de un nuevo COFIPE en 2008.

Obviamente, uno de los temas era llevar al texto de la ley la referencia al voto por voto y casilla por casilla. Sin embargo, la apertura de los paquetes electorales y el recuento de los votos no fueron como se esperaba, ya que se ajustó a etapas y momentos electorales muy precisos.

De acuerdo al COFIPE 2008 se tenía que: generar (como siempre) el paquete electoral en la Mesa de Casilla y se remite al Consejo Distrital para el cómputo distrital. En el Consejo Distrital se hará el cómputo con las actas de escrutinio y cómputo. Si los resultados de las actas no coinciden o se notan alteraciones en las actas, se abrirá el paquete electoral para hacer un recuento (situación que ya existía desde 1990).

Lo realmente novedoso de la legislación electoral de 2008 fue lo siguiente:

El Consejo Distrital deberá realizar nuevamente el escrutinio y cómputo cuando:

1. Existan errores o inconsistencias evidentes en los distintos elementos de las actas, salvo que puedan corregirse o aclararse con otros elementos a satisfacción plena del quien lo haya solicitado;
2. El número de votos nulos sea mayor a la diferencia entre los candidatos ubicados en el primero y segundo lugares en votación; y
3. Todos los votos hayan sido depositados a favor de un mismo partido.

Fuera de este caso, no se permite la apertura de paquetes electorales, ni recuento voto por voto, casilla por casilla, en los momentos posteriores al cómputo distrital.

El COFIPE de 2008 fue abrogado por dos leyes en 2014: la Ley General de Procedimientos e Instituciones Electorales y la Ley General de Partidos Políticos, ambas vigentes. También en 2014 se reformó la Constitución en materia de transparencia

y en 2015 y 2016 se expidieron la Ley General de Transparencia y la Ley Federal de Transparencia (esta última abrogó la LFTAIPG de 2002).

Con todo y estos cambios la situación no varió radicalmente en el sentido de que se haya previsto un supuesto en el que debe haber un recuento de todos y cada uno de los votos emitidos en una elección presidencial, ni se previó como una hipótesis normativa el acceso a las boletas como ejercicio del derecho de acceso a la información pública.

La que interesa en este caso, es que la Ley General de Procedimientos e Instituciones Electorales incorporó todo lo anteriormente referido en el COFIPE de 2008. Sin embargo, adicionó como algo novedoso lo siguiente:

Art. 311 LGPIE. (...)

3. Si al término del cómputo se establece que la diferencia entre el candidato presuntamente ganador y el ubicado en segundo lugar es igual o menor a un punto porcentual, y existe la petición expresa a que se refiere el párrafo anterior, el consejo distrital deberá proceder a realizar el recuento de votos en la totalidad de las casillas. En todo caso, se excluirán del procedimiento anterior las casillas que ya hubiesen sido objeto de recuento.

4. Conforme a lo establecido en los dos párrafos inmediatos anteriores, para realizar el recuento total de votos respecto de una elección determinada, el consejo distrital dispondrá lo necesario para que sea realizado sin obstaculizar el escrutinio y cómputo de las demás elecciones y concluya antes del domingo siguiente al de la jornada electoral. Para tales efectos, el presidente del consejo distrital dará aviso inmediato al Secretario Ejecutivo del Instituto; ordenará la creación de grupos de trabajo integrados por los consejeros electorales, los representantes de los partidos y los vocales, que los presidirán. Los grupos realizarán su tarea en forma simultánea dividiendo entre ellos en forma proporcional los paquetes que cada uno tendrá bajo su responsabilidad. Los partidos políticos tendrán derecho a nombrar a un representante en cada grupo, con su respectivo suplente.

En conclusión, el acceso a las boletas electorales sólo puede darse en los momentos y supuestos precisos señalados en la legislación electoral. Y no en cualquier momento, ni a través de la legislación de transparencia y acceso a la información.

5. CONCLUSIONES

Primera. No hubo conflicto de normas entre la LFTAIPG y el COFIPE. Por el contrario, la primera remitía la aplicación de la segunda.

Segunda. Las boletas, más allá de si son o no documentos jurídicamente hablando, hay un principio de máxima publicidad que indica que ante la duda (si son o no documentos), debe preferirse el acceso a la información.

Tercera. No obstante, hay argumentos de fondo que prescriben un conflicto entre principios para permitir o negar el acceso a las boletas.

Cuarta. Ante el conflicto de principios, se ponderó conservar los principios de legalidad, certeza y definitividad del proceso electoral por la falta de atribuciones del IFE para disponer para sí o en favor de terceros el acceso a las boletas electorales, mismas que tienen un régimen jurídico que no vislumbra la posibilidad de acceder a ellas y que, por el contrario, establece una estricta garantía de inviolabilidad y su posterior destrucción.

Quinta. La conducción de los procesos electorales es una función estatal y no ciudadana, y dicho principio de autoridad debe protegerse ante la solicitud expresa de cierto número de ciudadanos para realizar un conteo de los votos emitidos en la jornada electoral de 2 de julio de 2006. En última instancia, debió ser ordenado un recuento de votos, pero por mandato de la autoridad jurisdiccional electoral.

Sexta. Bajo un principio democrático debió el TEPJF ponderar la necesidad de llevar a cabo ese recuento para zanjar de modo definitivo el conflicto poselectoral. Más no le correspondía al IFE, por el principio de legalidad, permitir una serie de recuentos “no oficiales” o despojados del carácter de autoridad para mantener latente el conflicto.

Séptima. Permitir el acceso a las boletas es desvirtuar también un principio democrático según el cual, fue la propia ciudadanía la que realizó la contabilidad electoral y determinó el triunfo de un candidato. Y no, como se pretendió hacer saber, un conteo amañado por la autoridad electoral. Sostener esto, es tanto como aseverar que miles de ciudadanos fueron parte de un enorme y orquestado fraude electoral.

Octava. En última instancia, también se ponderó el derecho de acceso a la información de los solicitantes, ya que se puso a disposición de todos ellos el acceso a las actas de apertura y cierre de la jornada electoral, de escrutinio y cómputo de casilla, de sesión de cómputo distrital y del cómputo distrital como tal. En suma, se satisfizo el derecho fundamental de varios ciudadanos, no obstante que, de un total de 841 solicitudes, sólo se impugnó en seis casos. Lo cual, sin demérito de la legitimidad de la solicitud en sí misma considerada, el supuesto respaldo a este tipo de solicitud fue más mediático que real.

Novena. Ante lo grave del problema hubiera sido deseable que en las reformas electorales de 2008 y 2014 se actualizara la legislación electoral en el sentido de permitir al término del proceso electoral y durante un cierto plazo el acceso a las boletas, a cuyo término el Instituto tenga sin mayores dificultades la atribución de poner en marcha la destrucción de las boletas.

FUENTES DE CONSULTA

Libros y artículos

Aristóteles. *Obras*. Traducción, estudio preliminar, preámbulos y notas de Francisco de P. Samaranch, Edit. Aguilar, Madrid, España, 1980.

Cárdenas Gracia, Jaime. *La Argumentación como Derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2006.

Cicerón. *La Invención Retórica*. Introducción, traducción y notas de Salvador Núñez, Edit. Gredos, Madrid, España, 1990.

Lizárraga Méndez, Daniel y, Rosalía Vergara. “A borrar las huellas”, págs. 16-21, en *Proceso*. Semanario de Información y Análisis No. 1558, 10 de septiembre de 2006, México.

Ross, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, No. 7, Edit. Fontamara, México, D.F., 1997.

— *Sobre el derecho y la justicia*. Edit. EUDEBA, Buenos Aires, Argentina, 1997.

Páginas electrónicas

— www.ine.org.mx

— www.te.gob.mx

DEL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL AL TRATADO DE VERSALLES: UN COMPENDIO DE LEGISLACIÓN LABORAL PARA EL SIGLO XX

POR MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO
y ELÍ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ¹

RESUMEN: Tradicionalmente se ha sostenido que el artículo 123 de la Constitución mexicana fue la fuente de inspiración para el artículo 423 del Tratado de Versalles, en el que se establecen los principios del Derecho Internacional del Trabajo. A través de un resumen de historia de las ideas, desde el siglo XVIII hasta principios del siglo XX, así como las aportaciones particulares de algunos de sus principales protagonistas, tanto en México como en el extranjero, destacando la figura de Samuel Gompers, el presente estudio intenta explicar la forma en que dichas ideas pudieron estar presentes en el Tratado de Versalles, e indaga la posible influencia del artículo 123 constitucional en la Primera Conferencia Internacional del Trabajo.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES INMEDIATOS DEL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL. 3. EL CONGRESO CONSTITUYENTE Y EL ARTÍCULO 123. 4. SAMUEL GOMPERS Y EL MOVIMIENTO OBRERO EN MÉXICO. 5. DE LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL AL TRATADO DE VERSALLES. 6. LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL Y EL NACIMIENTO DE LA OIT. 7. ¿INFLUYÓ EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA EN EL NACIMIENTO DE LA OIT Y EN LA PRIMERA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO? 8. CONCLUSIONES GENERALES.

1. INTRODUCCIÓN

El año pasado se conmemoró el centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; el año entrante, haremos lo mismo al cumplirse los cien años del Tratado de Versalles, en el que, además, se creó la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Las efemérides no son sólo cercanas en tiempo, sino también en contenido, y no únicamente porque ambos documentos dieron fin a un conflicto armado, sino porque el segundo incluye un artículo que parece claramente inspirado en la primera.

1 Investigadores del Centro de Investigación e Informática Jurídica (CIIJ) de la Escuela Libre de Derecho (ELD).

Por décadas se ha mencionado la trascendencia mundial de la Constitución mexicana de 1917, destacando el carácter innovador de sus garantías sociales y, en particular, su capítulo dedicado a la legislación laboral, que marcó un antes y un después en dicha materia. Los primeros en escribir sobre la influencia del artículo 123 en el Tratado de Versalles, fueron Alberto Trueba Urbina² y Pastor Rouaix³, sobre todo el primero, aunque apenas apuntó detalles sobre la forma en que esto sucedió.

En este trabajo no pretendemos hacer una historia general de los antecedentes del artículo 123⁴, ni de su impacto alrededor del mundo⁵, sino sólo de las ideas precursoras inmediatas, a nivel nacional e internacional, así como de los personajes y circunstancias que pudieron influir en su consideración dentro de las sesiones del Tratado de Versalles, y el papel que jugó en todo ello Samuel Gompers. También sugerimos, al final, otra posible huella de la llamada Carta Magna de los trabajadores en la Primera Conferencia Internacional del Trabajo.

2. ANTECEDENTES INMEDIATOS DEL ARTÍCULO 123 CONSTITUCIONAL

El acelerado desarrollo de la Revolución industrial intensificó la necesidad de unión entre las clases trabajadoras europeas para resistir los abusos en cuanto a sus derechos y las condiciones laborales. Algunos pensadores influyeron en los grupos obreros más numerosos, antes de extender su impronta hacia otras zonas geográficas, y se formaron diferentes grupos que, en principio, buscaban los mismos fines, aunque no coincidieran en los medios para alcanzarlos. Socialistas, principalmente, y también anarquistas, pronto lucharon por ideales de mayor calado e impacto social y general. El sindicalismo fue su primer modelo corporativo, a partir del cual crecieron y se dieron a conocer más allá de su lugar de origen.

Los socialistas, dirigidos por Karl Marx y los anarquistas, bajo la guía de Mijaíl Bakunin, pronto se hicieron enemigos irreconciliables, al grado que estos últimos, en 1872, lograron dividir la Asociación Internacional de Trabajadores, también llamada *Primera Internacional*, que desapareció cuatro años más tarde⁶. De cualquier forma, la diferencia entre las dos corrientes ideológicas permaneció oscura para la inmensa mayoría, empleando sus nombres en forma indistinta, más o menos hasta la Revolución rusa⁷. Así lo expresó el propio Samuel Gompers en sus memorias, a principios del siglo

2 Trueba Urbina, Alberto, *El artículo 123*, México, Talleres Gráficos Laguna, 1943, pp. 403-404.

3 Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, México, Comisión Federal de Electricidad, 1978, pp. 227-228.

4 Esta labor ya ha sido realizada, en forma exhaustiva, por Trueba Urbina, *op. cit.*, pp. 35-399.

5 Trabajo también llevado a cabo en *ibid.*, pp. 405-472.

6 Russell, Bertrand, *Los caminos de la libertad: El socialismo, el anarquismo y el sindicalismo*, Barcelona, Orbis, 1982, pp. 15-18.

7 Betanzos Torres, Eber, y Jaime Chávez Alor (coords.), *Los constituyentes de 1917*, México, Fondo de Cultura Económica, Secretaría de la Función Pública, 2017, pp. 199-202.

XX: “En aquel tiempo, eran muchas las personas dentro del movimiento obrero, que se llamaban socialistas, pero sólo porque este calificativo se usaba entonces con demasiada amplitud”⁸.

Volveremos a mencionar a los fundadores de estos movimientos, en los capítulos subsiguientes, pero antes señalaremos su impronta en nuestras tierras.

En México, las ideas arriba mencionadas se infiltraron desde temprano, con idéntica ambigüedad terminológica y de contenido, sobre todo gracias a la presencia del activista griego Plotino Constantino Rhodakanaty, que llegó a la capital mexicana hacia 1862, donde comenzó a impartir clases de filosofía a nivel bachillerato, aunque pronto se le impidió hacerlo por oponerse al régimen de Maximiliano. A la caída de éste, las reanudó, si bien no tardó en concentrar sus esfuerzos en una escuela “moderna y libre” en Chalco, donde, en compañía de Francisco Zalacosta, Juan Villarreal y Hermenegildo Villavicencio, adoctrinaron nuevos discípulos, uno de los cuales, Julio Chávez López, encabezó en la zona una rebelión el 1º de mayo de 1869⁹. Rhodakanaty, como Bakunin, fue discípulo de Pierre-Joseph Proudhon, creador del sindicalismo revolucionario y de un federalismo de productores libres, ya que su idea, a diferencia de Marx y sus corifeos, no era desaparecer el capital sino el Estado¹⁰; si bien, posteriormente, algunos de sus discípulos pensaron en erradicar ambos. Rhodakanaty, que, al igual que Proudhon provenía de un medio agrario, también se rebeló contra el orden que deseaba imponer el capitalismo, y tradujo de su maestro *La idea general de la revolución en el siglo XIX* (1877)¹¹. El líder ateniense, junto con Zalacosta y otros, fundó, en 1871, un grupo libertario denominado La Social que estableció vínculos con sus similares en España, Uruguay y otras naciones, además de extenderse hasta contar con 62 secciones en México, casi todas de origen campesino¹².

La trama internacional que apoyaba a estos grupos subversivos desde sus inicios fue más evidente con la presencia del español Carlos Sanz, el cojo Sanz, como se le llamó por la herida que presumía haber sufrido en la Comuna de París, que fuera amigo del también anarquista catalán Rafael Farga i Pellicer, el cual respondía, igualmente, al nombre de Justo Pastor de Pellico, muy cercano a Bakunin. Sanz representó a México en el congreso social revolucionario de Londres, en 1881, y ocho años atrás, había leído

8 Gompers, Samuel, *Setenta años de vida y trabajo: Autobiografía de Samuel Gompers*, México, Editorial Intercontinental, 1956, p. 231.

9 Nettlau, Max, *Actividad anarquista en México: Rhodakanaty y Zalacosta. Ricardo Flores Magón. Regeneración y las insurrecciones por “tierra y libertad”. Apuntes sobre la propaganda anarquista y sindical tardía*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2008, pp. 27 y 75. El manifiesto de Julio López, fechado en Chalco, el 20 de abril de 1868, puede leerse en www.memoriapoliticademexico.org/Textos/5RepDictadura/1869-MOP-JL.html. Consultado el 4 de julio de 2018.

10 Proudhon, Pierre-Joseph, *El principio federativo*, Madrid, Sarpe, 1985.

11 Nettlau, *op. cit.*, p. 75.

12 *Ibid.*; Torres Parés, Javier, Ilich Brito Castañeda y Saúl Luna Morales, “Anarquismo”, en Torres Parés, Javier, y Gloria Villegas Moreno (coords.), *Diccionario de la Revolución Mexicana*, México, UNAM, 2010, p. 627.

en público una carta dirigida a los mexicanos por Farga y Bakunin, dentro de un congreso del que, al parecer, nació una Confederación de Trabajadores Mexicanos. Sanz viajó también, con idéntico propósito, por Uruguay y Argentina¹³.

Al inicio de su largo periodo presidencial, Porfirio Díaz toleró a estas agrupaciones e intentó cooptarlas, mientras ellas continuaron e intensificaron su publicidad a través de libros y publicaciones periódicas. En la década de 1880, al ver que no lo favorecían, el régimen inició su persecución¹⁴. Pero, como siempre sucede, resulta más fácil reprimir a las personas que a las ideas, algo que tardó en ser comprendido, pues sus semillas, a la espera de lectores en toda clase de libros, de origen francés y español, representativos de todo el espectro del socialismo y la literatura subversiva, podían adquirirse con relativa facilidad en el país¹⁵.

El ingeniero de minas Camilo Arriaga, sobrino del diputado del Congreso Constituyente de 1856-1857, Ponciano Arriaga, pertenecía a una familia que apoyó a Porfirio Díaz y fue favorecida con cargos públicos. Camilo fue también nombrado diputado al Congreso de la Unión, de 1890 a 1898¹⁶, pero sus lecturas pronto le dieron un cambio radical a su vida. Durante un viaje a Europa, adquirió los últimos libros y folletos socialistas, anarquistas y de toda índole revolucionaria, para incorporarlos a una biblioteca especializada que se hizo famosa en su momento, tanto por su amplitud como por la generosidad de su dueño al prestarlos. Regresó a su natal San Luis Potosí, en 1899, haciéndose amigo de otros políticos liberales, entre ellos, Juan Sarabia y Antonio Díaz Soto y Gama, con los que celebraba tertulias para comentar las ideas de los autores de su preferencia¹⁷. Molestos con la tibieza con la que Díaz aplicaba las Leyes de Reforma, publicaron un manifiesto anticlerical, al que se sumaron varios personajes destacados de la sociedad, pero al ver que su propósito iba más allá de meter a los eclesiásticos en la cintura de la legalidad, la mayoría de sus simpatizantes se alejaron de Camilo y sus allegados¹⁸.

Arriaga convocó a un Congreso Liberal, celebrado en San Luis Potosí, el 5 de febrero de 1901, donde se reunieron los líderes opositores al régimen, entre ellos Ricardo Flores Magón, que fue líder estudiantil antiporfirista, colaborador en periódicos de la misma ideología, se sometió a una estricta dieta de lecturas radicales, y antes de dicho encuentro había fundado el famoso semanario *Regeneración*. El encuentro sirvió, ante todo, para reunir a los grupos o clubes liberales, como se les llamaba entonces, que estaban dispersos, y no tanto para proponer reformas de raíz. En materia laboral, sólo se sugirió que se introdujera el mutualismo, un desarrollo del viejo sistema gremial

13 Nettlau, *op. cit.*, pp. 14-15, 28-29.

14 *Ibid.*, pp. 30-32.

15 *Ibid.*, p. 32.

16 Cockcroft. James D., *Precursores intelectuales de la Revolución mexicana (1900-1913)*, México, SEP, Siglo XXI, 1985, p. 63.

17 *Ibid.*, pp. 65-68.

18 *Ibid.*, pp. 67-68.

que se hizo popular en el siglo XIX, en el que los obreros de una misma especialidad se ofrecían prestaciones mutuas¹⁹. Poco después del encuentro, se publicó un “Manifiesto a la Nación”, firmado por Arriaga como presidente del Club Liberal que llevaba su nombre, y por Díaz Soto y Gama, en calidad de vicepresidente, donde se declararon abiertamente en contra del régimen porfirista, la prensa oficial y el grupo de los llamados científicos, pidiendo que se creara un verdadero partido político independiente para encontrar un sustituto del general Díaz²⁰.

Ricardo Flores Magón pronto se convirtió en el máximo líder del grupo liberal. Regresó a México y fundó, junto con su hermano Jesús y otros, una Asociación Liberal Reformista, cuyos miembros fueron detenidos y encarcelados durante poco más de un año. Al recobrar su libertad, Ricardo continuó su labor periodística y trató de reunir, con ayuda de los potosinos Arriaga, Librado Rivera y Juan Sarabia, la Confederación de Clubes Liberales, cuyo número seguía en aumento por todo el territorio, pero, en 1903, Ricardo y el equipo de redacción de *El Hijo del Ahuizote*, volvieron a la cárcel. Libres de nuevo, un semestre más tarde, creyeron más fácil continuar su labor en los Estados Unidos.

Desde 1901, se intentó acabar con la prensa opositora, pero por cada título que desaparecía, salían de la imprenta otros más radicales. Uno de ellos, *Vesper*, también publicó y obsequió a sus lectores *La conquista del pan* del príncipe Kropotkin, el mejor expositor y sistematizador del pensamiento de Bakunin²¹. Por su parte, Arriaga, Sarabia, Rivera y Díaz Soto y Gama lanzaron, en 1902, *El Demófilo*, en el que se invitaba a publicar “todas las quejas de los obreros que fueran víctimas de injusticias” para defender a “las clases humildes y explotadas”. Un impreso como éste, que ponía el dedo en la llaga de la política y la sociedad, no tardó en ser confiscado y sus responsables detenidos y colocados tras las rejas. Aunque pronto recobraron su libertad, eran cada vez más vigilados y optaron también por el exilio²². Desde los días en la cárcel, se dieron cuenta de que, para cambiar al régimen, no existía otra salida sino la vía revolucionaria, y acordaron que en sus documentos no utilizarían el lenguaje violento de Bakunin, ni los términos “socialismo” o “anarquismo”, ya que podría alejar así a potenciales simpatizantes²³.

Flores Magón se estableció en San Antonio, Texas, donde apareció la segunda época de *Regeneración*. Pero, antes de que terminara 1904, un espía de Porfirio Díaz lo descubrió, y tuvo que huir a Saint Louis, Missouri, donde prosiguieron sus labores editoriales. Aquí entró en contacto con representantes del movimiento anarquista internacional, y creó, en 1905, la Junta Organizadora del Partido Liberal Mexicano, la cual se dedicó a preparar el Programa del Partido Liberal, que apareció en *Regeneración*,

19 *Ibid.*, pp. 92-93.

20 *Ibid.*, p. 94.

21 *Ibid.*, pp. 94-99.

22 *Ibid.*, pp. 100-102.

23 *Ibid.*, p. 110.

el 1º de julio de 1906, el cual incluyó, entre otros asuntos, las reivindicaciones sociales y económicas consideradas indispensables para obreros y campesinos, que fueron redactadas por Juan Sarabia²⁴; si bien, como señala Cockcroft, el programa del Partido Liberal Mexicano “no fue el trabajo de una ‘sola’ mano, sino más bien el producto de años de colaboración entre los precursores y de consultas por correo”²⁵.

En medio de una exposición que explicaba los 52 puntos del programa, de disposiciones de reformas constitucionales indispensables, en general, y otras específicas, en materia educativa, régimen de los extranjeros, de la propiedad de la tierra, medidas contra los abusos del clero e impuestos, había un apartado titulado “Capital y trabajo” que, en trece puntos, proponía lo siguiente:

Establecer un máximo de ocho horas de trabajo y un salario mínimo en la proporción siguiente: \$ 1.00 para la generalidad del país, en que el promedio de los salarios es inferior al citado, y de más de \$ 1.00 para aquellas regiones en que la vida es más cara y en las que este salario no bastaría para salvar de la miseria al trabajador.

Reglamentación del servicio doméstico y del trabajo a domicilio.

Adoptar medidas para que con el trabajo a destajo los patronos no burlen la aplicación del tiempo máximo y salario mínimo.

Prohibir en lo absoluto el empleo de niños menores de 14 años.

Obligar a los dueños de minas, fábricas, talleres, etc., a mantener las mejores condiciones de higiene en sus propiedades y a guardar los lugares de peligro en un estado que preste seguridad a la vida de los operarios.

Obligar a los patronos o propietarios rurales a dar alojamiento higiénico a los trabajadores, cuando la naturaleza del trabajo de éstos exija que reciban albergue de dichos patronos o propietarios.

Obligar a los patronos a pagar indemnización por accidentes del trabajo.

Declarar nulas las deudas actuales de los jornaleros de campo para con los amos.

Adoptar medidas para que los dueños de tierras no abusen de los medieros.

Obligar a los arrendadores de campos y casas a que indemnicen a los arrendatarios de sus propiedades por las mejoras necesarias que dejen en ellas.

Prohibir a los patronos, bajo severas penas, que paguen al trabajador de cualquier otro modo que no sea con dinero efectivo; prohibir y castigar que se impongan multas a los trabajadores o se les hagan descuentos de su jornal o se retarde el pago de raya por más de una semana o se niegue al que se separe del trabajo el pago inmediato de lo que tiene ganado; suprimir las tiendas de raya.

24 *Ibid.*, pp. 110, 122-123.

25 *Ibid.*, p. 123.

Obligar a todas las empresas o negociaciones a no ocupar entre sus empleados y trabajadores sino una minoría de extranjeros. No permitir en ningún caso que trabajos de la misma clase se paguen peor al mexicano que al extranjero en el mismo establecimiento, o que a los mexicanos se les pague en otra forma que a los extranjeros.

Hacer obligatorio el descanso dominical²⁶.

En la parte expositiva se afirmaba que esto era apenas un “primer escalón” para solucionar el problema obrero. Por otro lado, resultan evidentes las semejanzas con el contenido del artículo 123 constitucional, aunque, en algunos puntos, como bien señala Cockcroft²⁷, como la reglamentación del servicio doméstico y el trabajo a domicilio, las medidas para evitar que en los trabajos a destajo los patronos burlen la jornada máxima y el salario mínimo, el declarar la nulidad de las deudas de los jornaleros, obligar a los arrendadores de campos y casas a indemnizar a los arrendatarios por las mejoras que dejaron en ellos, y todo el régimen de contratación de los extranjeros, el programa del Partido Liberal Mexicano iba más allá que la Constitución. De este documento fueron impresas unas 250 mil copias, la mayoría de las cuales llegaron subrepticamente, vía ferrocarril, a territorio mexicano²⁸.

Sin lugar a dudas, el programa influyó en las huelgas de Cananea, Río Blanco y otros sitios mineros e industriales al norte de México, pues todo parecía indicar que se avecinaba una rebelión de gran magnitud, es decir, antes de que Francisco I. Madero se involucrara en ella²⁹. Este último, que al principio simpatizó con Flores Magón y su partido, llegando a prestarles ayuda económica, expresó su rompimiento cuando se volvieron más radicales y declaradamente anarquistas³⁰. Flores Magón, además, creía entonces que el movimiento revolucionario mexicano era apenas un eslabón dentro de una cadena de levantamientos similares en ambas orillas del Atlántico, y que sus correligionarios, sobre todo españoles e italianos, no tardarían en venir a prestar su ayuda³¹.

Se expidieron algunas legislaciones estatales de contenido laboral, incluso antes de que estallara la Revolución, pero las de mayor trascendencia pertenecen al periodo de los gobiernos de Madero, la Convención de Aguascalientes, y las disposiciones pre-constitucionales de Venustiano Carranza como Primer Jefe del Ejército Constitucionalista³².

26 *Ibid.*, pp. 223-224.

27 *Ibid.*, pp. 221n. 1, 223-224.

28 *Ibid.*, p. 126n. 32.

29 *Ibid.*, pp. 127-146.

30 *Ibid.*, pp. 147-150.

31 *Ibid.*, pp. 151-152; Barrera Bassols, Jacinto, “Flores Magón, Ricardo”, en Torres Parés y Villegas Moreno (coords.), *op. cit.*, p. 259.

32 *Derechos del Pueblo Mexicano: México a través de sus constituciones*, 7ª ed., México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Miguel Ángel Porrúa, 2006, sección segunda, t. XX, pp. 568-583.

Aunque el Partido Liberal se olvidara de la posibilidad de reformas constitucionales y legales, no por considerarlas imposibles, sino porque dejaron de creer en la legitimidad de cualquier forma de Estado y de gobierno, su trascendencia en la legislación obrera y el artículo 123 no perdió relevancia. Según explica Cockcroft: “Cuando se considera la influencia del PLM en el movimiento obrero y en la Constitución de 1917, no queda la menor duda de que no sólo como movimiento precursor, sino como una fuerza activa en la Revolución de 1910-1917, el PLM, como los maderistas, desempeñó un papel extremadamente importante”³³.

La Casa del Obrero Mundial, creada en la capital mexicana, en 1912, con el propósito de organizar a los sindicatos obreros, bajo una clara ideología anarquista, además de celebrar, por primera vez, el día del trabajo en nuestro suelo, el 1º de mayo de 1913, reiteró varias de las demandas del Partido Liberal Mexicano, como la jornada máxima de ocho horas y el descanso dominical³⁴.

Esta ideología liberal, con tintes anarco-socialistas, fue una de las que contó con mayor representación en el Congreso Constituyente de 1916-1917, pues, como sostiene Teresa Aguirre, “en la Revolución existieron varias revoluciones o movimientos sociales con diversa orientación: democráticos, agrarios, anarquistas, nacionalistas e incipientemente socialistas”³⁵.

Hubo otra corriente, con menor cantidad de adeptos en la asamblea de Querétaro, de la Doctrina Social de la Iglesia, no porque su impacto careciera de importancia en la realidad mexicana. Los antecedentes mediatos de este movimiento se encuentran en algunas naciones europeas, como Francia, Alemania y Bélgica, al término del siglo XVIII. Dicha inquietud de ciertos sectores de la Iglesia católica por la cuestión social se manifestó posteriormente en el Congreso de Malinas (1864). Luego se celebraron otros congresos sociales en Lieja y Angers, y se formaron sociedades católicas de economía política y social, así como círculos de obreros católicos³⁶.

El Papa León XIII promulgó la encíclica *Rerum novarum* (Sobre las cosas nuevas, 1891), primer documento de contenido social, en el que condenó la opresión y la esclavitud *de facto* de la mayoría de los pobres por un pequeño grupo de la clase opulenta, por lo que hizo un llamado para lograr salarios justos y que se permitiera a los trabajadores agruparse en uniones o sindicatos, de preferencia católicos. Defendió el derecho a la propiedad privada y abogó por una relación armoniosa entre gobiernos, empresas, obreros y la Iglesia. La encíclica se considera, además, fundadora de la democracia cristiana y de la doctrina social de la Iglesia.

33 Cockcroft, *op. cit.*, pp. 167-168.

34 Ribera Carbó, Anna, “Casa del Obrero Mundial”, en Torres Parés y Villegas Moreno (coords.), *op. cit.*, pp. 394-396.

35 Aguirre, Teresa, “Desarrollo económico capitalista”, en *ibid.*, p. 643.

36 Márquez Montiel, Joaquín, *La Doctrina Social de la Iglesia y la legislación obrera mexicana*, México, Buena Prensa, 1939, pp. 31-38.

En México, existieron mutualistas católicas en la capital, desde 1853³⁷, y décadas más tarde se celebraron congresos para abordar la problemática social en Puebla (1903), Morelia (1904), Guadalajara (1906) y Oaxaca (1909), que despertaron la suspicacia del gobierno, bien enterado de los sentimientos que encuentros similares podían hacer surgir, como hemos visto, y también intentó reprimirlos. Sin embargo, a partir de ellos, se introdujeron en algunos lugares montepíos y cajas de crédito Raiffeisen. También se fundaron los Operarios Guadalupanos, que ayudaban con su trabajo a los campesinos e imprimieron publicaciones periódicas dirigidas a los trabajadores.

En 1908, el padre José María Troncoso, superior de los josefinos, fundó la Unión Católica Obrera, la cual reunió a los círculos que se hallaban dispersos. Su crecimiento dio pie, posteriormente, a la Confederación Católica Obrera (1911), responsable de escuelas para trabajadores, mutualistas, y nuevas conferencias, actividades que la Revolución detuvo en forma abrupta³⁸.

A pesar del levantamiento armado, en 1913, en Zamora, Michoacán, se celebró la Segunda Gran Dieta de la Confederación Nacional de los Círculos Obreros, mejor conocida como Dieta de Zamora, en la que se hicieron varias propuestas de reforma legal para los trabajadores, sugeridas por el sacerdote jesuita Alfredo Méndez Medina, destacado organizador de sindicatos católicos³⁹. A partir de dichas propuestas, algunos abogados católicos presentaron iniciativas de ley al Congreso de la Unión, pero cayeron en saco roto. Méndez Medina publicó, el mismo año de la Dieta, unas *Orientaciones sociales* y prosiguió su labor fundadora de organizaciones obreras, como el Secretariado Social Mexicano (1920) y la Confederación Católica del Trabajo (1922)⁴⁰.

La doctrina social católica tuvo un discreto pero efectivo representante en el Congreso Constituyente, Victorio Góngora⁴¹, formado entre los demócratas cristianos de Bélgica, como veremos en el apartado siguiente.

3. EL CONGRESO CONSTITUYENTE Y EL ARTÍCULO 123⁴²

Algunos diputados al Congreso Constituyente de 1916-1917 realizaron antes de la asamblea estudios o tareas divulgativas encaminadas a reformar la legislación laboral,

37 *Ibid.*, p. 78.

38 *Ibid.*, pp. 38-45.

39 *Ibid.*, pp. 46-47; Meyer, Jean, "Disidencia jesuita", en *Nexos*, diciembre, 1981, <https://www.nexos.com.mx/?p=3966>. Consultado el 19 de julio de 2018.

40 Márquez, *ibid.*, pp. 47-48.

41 Adame Goddard, Jorge, "Victorio Góngora: Una influencia callada", en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *La Constitución Mexicana de 1917: Ideólogos, el núcleo fundador y otros constituyentes*, México, UNAM, 1990, pp. 449-460.

42 Resumimos aquí lo referente a la historia intelectual de los diputados José Natividad Macías, Victorio Góngora y Pastor Rouaix, a partir de los textos que redactamos, junto con el maestro Alejandro Mayagoitia, en la obra coordinada por Betanzos y Chávez, *cit.*, pp. 445-448, 534-547 y 762-775.

ya fuera por encargo o por iniciativa propia, los cuales mencionaremos antes de entrar a las discusiones que culminaron en los artículos 5º y 123 constitucionales.

José Natividad Macías, coautor, junto con Luis Manuel Rojas del Proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza, también llevó a cabo, por órdenes del Primer Jefe, un estudio comparado de leyes para los trabajadores que podrían aplicarse en nuestro país. Con dicho propósito viajó a los Estados Unidos con el fin de conocer de su legislación laboral y algunos centros fabriles e industriales en Baltimore, Chicago, Filadelfia y Nueva York, algunas de las ciudades en las que los sindicatos obreros estaban mejor organizados y habían conseguido legislaciones favorables para sus agremiados⁴³. Aquí, además, tuvo oportunidad de conocer las leyes belgas e inglesas de la misma materia, consideradas entre las más avanzadas, experiencia de la que ofreció algunos detalles al discutirse el artículo 5º⁴⁴. A partir de ello concluyó que el nuevo régimen debería expedir, al menos: 1) una ley específica del trabajo; 2) conceder derechos en caso de accidente; 3) seguros laborales, y; 4) diversas leyes para proteger a las clases trabajadoras en temas ajenos al capital.

Como se le identificó con el grupo conservador, Macías quiso convencer a los grupos radicales de que sus deseos de reforma eran sinceros y que entre ellos había más coincidencias que desacuerdos. En el mismo discurso, pronunciado dentro de la 25ª sesión ordinaria, celebrada la tarde del 28 de diciembre de 1916, también criticó la forma en que se había intentado introducir el salario mínimo en algunas regiones controladas por la Revolución, por contravenir los principios de la ciencia positiva –que no menciona–, y criticó que se fijara conforme a la doctrina socialista. Abordó entonces el tema de lo que debía entenderse por contrato laboral, para distinguir los servicios profesionales de los trabajos manuales, pidiendo que se legislaran por separado. Enseguida leyó las obligaciones de los patrones y trabajadores, según el proyecto realizado por órdenes de Carranza, y dio a entender que, en algunos aspectos, iba más allá de las normas de los países más adelantados en la materia:

Como ven ustedes, la protección al trabajador es completa; ni las leyes americanas, ni las leyes inglesas, ni las leyes belgas conceden a los trabajadores de aquellas naciones lo que este proyecto de ley concede a los obreros mexicanos: ‘casas secas, aereadas [*sic*], perfectamente higiénicas, que tengan cuando menos tres piezas; tendrán agua, estarán dotadas de agua, y si no la hubiere a una distancia de quinientos metros, no se les podrá exigir que paguen; en caso de que no haya mercado como se establece en el artículo 27, está obligado el propietario de la negociación a llevar allí los artículos de primera necesidad, al precio de la plaza más inmediata, recargando únicamente los gastos necesarios para el transporte; tienen ustedes, pues, una protección completa sobre este particular. Vienen ahora las horas de trabajo, del descanso obligatorio. La jornada legal de trabajo será de ocho horas...’⁴⁵

43 Gompers, *op. cit.*, p. 182.

44 *Diario de los Debates. Congreso Constituyente, 1916-1917*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1985, vol. I, p. 1035.

45 *Ibid.*, p. 1016.

También habló de las juntas de conciliación y arbitraje, explicando que no eran tribunales especiales, sino que buscaban “la conciliación de los intereses del trabajo con el capital” y, por tanto, tenían a su cargo fijar el salario mínimo y, *a fortiori*, debían componerse de representantes de los trabajadores y de los capitalistas en cada rama de la industria. Añadió que el proyecto del Primer Jefe reconocía el derecho de huelga y señaló, igualmente, el papel que en ellas jugaban las juntas de conciliación y arbitraje; habló de los sindicatos y también del contrato colectivo de trabajo para evitar que los obreros quedaran sometidos a “la influencia más o menos explotadora de los patrones de las fábricas y de las haciendas”⁴⁶.

Mencionó, asimismo, la educación de los trabajadores y de las guarderías para sus hijos: “El aprendizaje es otro ramo muy importante, porque es necesario cuidar a los niños y a todos los que van a aprender una industria, con objeto de que reciban la instrucción indispensable para poderse ganar después la vida con un salario conveniente”⁴⁷.

Habló de los accidentes de trabajo y de algunos trucos de los patrones para evadir su responsabilidad, los cuales, expresó, se tratarían de prohibir; de los seguros para semejantes eventualidades, de la necesidad de establecer agencias especializadas en ellos y el proyecto para asegurar a los trabajadores en caso de enfermedad y vejez. Expresó, también, su desacuerdo en cuanto a la reforma a la Constitución de 1857, que concedió al Congreso la facultad de legislar en materia laboral, “porque las condiciones del trabajo en la República varían de un lugar a otro y que, en consecuencia, esa facultad debe quedar a los Estados”⁴⁸. Por último, en el mismo debate sobre el artículo 5º, Macías explicó que, en ciertos casos y para cierto tipo de trabajos, serían convenientes los contratos de trabajo temporales, pero que, por regla general, ningún contrato laboral debería obligar por más de un año⁴⁹.

Un diputado menos conocido fue Victorio Góngora Renoz, nativo de Ciudad del Carmen, Campeche, aunque, desde pequeño, fue enviado a estudiar a Bélgica. Obtuvo su título de ingeniero en la Universidad de Gante, si bien, además, realizó estudios en la Universidad de Lieja⁵⁰, donde, seguramente, entró en contacto con la Doctrina Social de la Iglesia, cuyos principios llevó al Congreso Constituyente. Junto con Heriberto Jara y otros diputados de la bancada veracruzana, en la 24ª sesión del 27 de diciembre de 1916, presentó la iniciativa para adicionar el artículo 5º del Proyecto constitucional de Carranza, con la normatividad para proteger a la clase trabajadora, que después se convirtió en el artículo 123.

46 *Ibid.*, pp. 1040-1041.

47 *Ibid.*, p. 1020.

48 *Ibid.*, p. 1022.

49 *Ibid.*, pp. 1043-1044.

50 Betanzos y Chávez, *op. cit.*, p. 443.

Pero antes de participar en la histórica asamblea de Querétaro, Góngora publicó una serie de artículos en *El Pueblo*, diario político de la ciudad de Veracruz, entre los días 15 y 20 de enero de 1915, dirigidos a los trabajadores mexicanos, con la firme creencia de que podría ayudar al “bienestar conciliado, del cual depende el porvenir de la República”⁵¹. En dichos artículos, reconoció que la Revolución industrial había transformado las relaciones entre patrones y obreros, pues éstos cambiaron sus derechos individuales por otros colectivos, y habían convertido a la huelga en la mejor forma para defender sus intereses. Sin embargo, explicó, acudiendo a datos económicos y recordando experiencias de otros países, la huelga siempre traía más graves consecuencias a los trabajadores.

A partir del movimiento revolucionario en el país, las clases trabajadoras habían reclamado sus derechos a los gobiernos surgidos del mismo. Entonces describió las primeras legislaciones que intentaron regularlos. Uno de los errores más comunes en estos primeros intentos, desde el punto de vista de Góngora, era que sólo se exhortaba a los obreros a dedicarse con prudencia y amor a su trabajo, sin que se hablara de los deberes de los patrones, los cuales juegan un papel fundamental dentro de un sano ambiente laboral. En palabras del futuro diputado: “Sólo por medio de una fecunda armonía entre el capital y el trabajo por medio de la unión íntima entre el cerebro que dirige y el brazo que ejecuta, se logrará establecer una organización racional del trabajo sobre bases firmes y duraderas”⁵². Por cierto, no estaba de acuerdo en que se utilizara el término “patrón”, debido a la presunta superioridad que implicaba desde su etimología, aunque no sugirió otro que lo sustituyera, si bien, en sus artículos, siempre utilizó la palabra “empresario”.

No olvidó mencionar ciertos avances nacionales y algunas leyes o iniciativas encaminadas a mejorar la situación laboral nacional, a partir de la Revolución mexicana, pero reconoció que, en términos generales, los obreros mexicanos estaban rezagados respecto a los de ciertos países europeos. Para Góngora, a ellos resultaba “indispensable... inculcarles la necesidad absoluta de la instrucción, el amor al trabajo, el hábito del ahorro y del mutualismo”. Criticó algunas propuestas de reforma, tachándolas de poco realistas, ya que, desde su punto de vista, las aspiraciones obreras debían dividirse en categorías bien definidas, “según los medios que se pongan en práctica para realizarlas; pues éstas se podrán obtener por medio de la acción política, aquellas por la acción económica y las de más allá por la acción educativa”⁵³.

Para orientar a los trabajadores mexicanos, se dedicó a explicar los logros de sus pares en países “más civilizados”, con el fin de que consideren lo que podría resultar de

51 Góngora, Victorio, “Ensayo sobre la cuestión obrera (*El Pueblo*, 15, 16, 18, 19 y 20 de enero de 1915)”, en Marván Laborde, Ignacio (ed.), *Nueva Edición del Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, t. III, p. 3066.

52 *Ibid.*, p. 3070.

53 *Ibid.*, p. 3075.

utilidad. Analizó en particular las experiencias de la participación a los beneficios; las asociaciones obreras de producción; y las sociedades mutualistas mixtas formadas por empresarios y obreros, bajo la dirección de los primeros. En otras entregas, describió el *trade-unionismo* o unión de los gremios de artesanos de Inglaterra; el *labor-unionismo* o uniones de trabajo de los Estados Unidos; el sindicalismo, las federaciones y las bolsas de trabajo francesas; así como las cooperativas de consumo de Bélgica.

Si bien Góngora no negó su filiación e ideología católica, esto no obstó para que reprimiera sus críticas a ciertas prácticas de la Iglesia que habían derivado en costumbres muy arraigadas, tanto de gobiernos, como de patrones y trabajadores:

El paternalismo es de origen CLERICAL y por lo tanto tiende no solamente a coartar la libertad del individuo, sino a sumirlo en un “statu quo” que le impide progresar. La mayor parte de nuestros empresarios que desean ver felices a sus trabajadores, aspiran a ello porque la dicha de sus obreros es su propia tranquilidad. Pero no tienen en cuenta que, a medida que la personalidad humana se desarrolla, su dicha no depende ni de los gobernantes, ni de los empresarios. Quiere conseguirla por sí mismo, y NO PERMITE QUE SEA DOSIFICADA POR NADIE.

Hace cuatro siglos que el paternalismo impera en nuestra pobre patria y ya estamos palpando, desgraciadamente, sus desastrosos resultados; nuestro proletariado ha comprendido que ya es tiempo de que se deje de abusar de él y su cólera ha estallado, sembrando la ruina y la tristeza en varias regiones de nuestro desventurado país⁵⁴.

En su última entrega, recordó al legislador que es su papel tomar medidas contra los accidentes de trabajo, enfermedades, paros y jubilaciones de los obreros, como se hacía en los países europeos. Lamentablemente, dichas leyes nunca surgían espontáneamente, sino que siempre habían sido producto de la presión social o de revoluciones. También subrayó la necesaria solidaridad entre los trabajadores, ya que, en su opinión, sólo las uniones y asociaciones entre ellos los harán más fuertes para beneficio de la patria.

Por último, en los artículos que publicó en *El Pueblo*, sugirió a los obreros mexicanos la aplicación de una serie de medidas graduales. Para comenzar, pidió que se adoptaran el sindicalismo y el mutualismo. Del primero, en especial, las federaciones profesionales y las bolsas de trabajo; del segundo, las medidas de previsión para casos de accidente y el retiro. En una etapa posterior, el cooperativismo, con sociedades cooperativas de consumo y habitaciones baratas e higiénicas para los obreros. Las asociaciones de obreros, en términos generales, debían hacerse poderosas no únicamente para poder afrontar a los empresarios, sino también para demostrarles que es necesario mejorar la condición del trabajador.

54 *Ibid.*, pp. 3088-3089.

Casi para concluir sus colaboraciones periodísticas, señaló: “Considero que ha llegado la época de que los intelectuales de México y sus gobernantes impongan como decreto ineludible a los empresarios, a los hacendados y a todos los compradores de trabajo, beneficiar a sus obreros... por inteligente altruismo”⁵⁵.

El ingeniero Pastor Rouaix, diputado por Tehuacán, Puebla, y secretario de Fomento, Colonización e Industria de Venustiano Carranza, a cuyo cargo estaba también la materia laboral, invitó tanto a Macías como a Góngora, al igual que a un grupo selecto de diputados interesados en el mismo tema, a participar en la comisión que preparó el documento que se convertiría en el artículo 123. Asesorados por el Lic. José I. Lugo, jefe de la Dirección del Trabajo de la Secretaría de Fomento, aunque no era diputado, y su secretario particular, Rafael L. de los Ríos, que había resultado electo al Congreso, conformaron lo que Rouaix llamó “núcleo original” del proyecto⁵⁶, el cual, en principio, partió de los estudios legislativos elaborados por Macías, con los que la mayoría estuvo de acuerdo, “y muy pocas fueron las modificaciones que se le hicieron a su texto y sólo se propusieron y aceptaron ampliaciones para establecer nuevos principios”⁵⁷. Concluida la propuesta, fue presentada a los diputados que, voluntariamente, asistieron a las juntas de trabajo en la residencia episcopal queretana. A partir de sus observaciones, los integrantes del núcleo original hacían las enmiendas y ampliaciones correspondientes. Macías fue el principal encargado de redactar, después, la exposición de motivos de la iniciativa presentada ante el Congreso, el 13 de enero de 1917, ante la Primera Comisión de Constitución –integrada por Enrique Colunga, Francisco J. Música, Luis G. Monzón, Enrique Recio y Alberto Román–.

Antes de que fuera presentada la iniciativa, se debatió acerca de la pertinencia de incluir en la Constitución un artículo sobre los derechos de los trabajadores, pues parecía más conforme a la costumbre desarrollarlos dentro de una ley secundaria; en caso ser aceptado dentro del Código Político, se discutió si debería estar entre los primeros artículos constitucionales, es decir, entre las garantías individuales, o en otro lugar. Algunos representantes, como el propio Macías y el diputado Fernando Lizardi, con estudios de leyes, abogaron por una ley secundaria, aunque esta idea no prosperó. Entonces se habló en tribuna de incluir todo el catálogo de derechos en el artículo 5º constitucional, pero los mismos juristas, entre otros, señalaron que esto iría en contra de la técnica constitucional, porque el artículo tendría una extensión inusual –por fortuna esto ocurrió antes de discutir el artículo 27–. El 28 de diciembre de 1916, el diputado Froylán C. Manjarrez, encontró la solución. Pidió la palabra para expresar que una declaración de derechos de los trabajadores necesariamente debería incluirse en la Constitución con el fin de señalar su importancia, y que si no era posible dedicarle un artículo, se le consagrara un título completo de la Carta Magna, como, efectivamente, sucedió⁵⁸.

55 *Ibid.*, p. 3124.

56 Rouaix, *op. cit.*, p. 88.

57 *Ibid.*, pp. 88-89.

58 *Diario de los Debates, cit.*, p. 966.

Una vez que se acordó esto último, para que el artículo 123 ocupara íntegramente el título VI, “Del trabajo y de la previsión social”, la Primera Comisión, no conforme con los derechos que ya se habían concedido en la iniciativa, incluyó el reparto de utilidades y la obligación para las empresas que tuvieran más de cien trabajadores de darles lugares limpios y cómodos para vivienda; estableció que los huelguistas no fueran considerados revoltosos, así como los casos en que la huelga se consideraría ilícita, que los empleados de las industrias militares quedaran asimilados al Ejército, con lo cual se les privó del derecho de irse a huelga; se prohibieron las cantinas y casas de juego en las cercanías de los centros de trabajo; se limitaron los anticipos a cuenta de jornales; y se introdujo el *homestead* o patrimonio de familia. En el artículo 13 transitorio, ordenaron la cancelación de las deudas de los obreros contraídas por motivos laborales con los patrones, sus familiares o intermediarios, hasta que fuera promulgada la Constitución⁵⁹.

4. SAMUEL GOMPERS Y EL MOVIMIENTO OBRERO EN MÉXICO

La biografía de Samuel Gompers (1850-1924) corresponde, prácticamente, y no sólo por ser contemporáneos en el tiempo, sino por su activo protagonismo en el proceso, con el primer medio siglo de historia del movimiento obrero sindicalizado en los Estados Unidos. A su labor infatigable se debe, también, el monumento que se le erigió, hace poco más de una década, entre las avenidas Once y Massachusetts, en Washington, D. C. Pero no se limitó a organizar y a reivindicar los derechos de la clase trabajadora de su país, sino que, al recibir noticias de su vulnerabilidad en múltiples naciones, ya que estuvo en contacto con obreros extranjeros, les brindó asesoría en forma desinteresada y buscó la forma de que fueran representados en una institución de alcance internacional.

El futuro líder de la Federación Americana del Trabajo, nació en Londres, dentro de una familia judía de origen holandés. No había terminado la educación básica, cuando comenzó a trabajar como aprendiz de zapatero y luego en una fábrica de puros, para ayudar a su familia, la cual emigró a Nueva York, en 1863, donde el joven Samuel continuó trabajando en este último oficio, al igual que su padre. Contrajo matrimonio a los diecisiete años y obtuvo la nacionalidad estadounidense en 1872⁶⁰.

Aunque el índice de alfabetización del grupo social al que perteneció Gompers era muy bajo, abundan testimonios y estudios históricos para comprobar que las limitaciones para la lectura nunca fueron para ellos un obstáculo significativo, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, especialmente para quienes tenían verdadero interés en conocer la literatura que podría ayudarlos a mejorar sus condiciones de vida⁶¹. Algo

59 Betanzos y Chávez, *op. cit.*, p. 856.

60 Gompers, *op. cit.*, pp. 17-26.

61 Lyons, Martin, “Los nuevos lectores del siglo XIX: Mujeres, niños, obreros”, en Cavallo, Guglielmo, y Roger Chartier, *Historia de la lectura en el mundo occidental*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 473-517.

parecido tuvo lugar en México⁶². El propio Gompers describe prolijamente las prácticas de lectura colectiva en su lugar de trabajo y el método que concibieron para discutir los textos:

En la fábrica también se leía. Los cigarreros tenían por costumbre crear un fondo para comprar periódicos, revistas y libros. Mientras trabajábamos, uno de nosotros leía por espacio de una hora, que algunas veces se prolongaba. Para que el lector no tuviera pérdidas económicas, cada uno de los obreros de la fábrica, le daba un número definido de cigarros. Yo tenía la costumbre de guardar todas las revistas o los artículos interesantes para leérselos a mis compañeros. Otros hacían lo mismo. Como mi voz era sonora y fuerte y todos me podían oír con facilidad siempre que leía, me pedían que continuara leyendo aun cuando mi período hubiera terminado. De hecho, las discusiones que se sostenían en las fábricas eran más propias de una sociedad de debates o bien de lo que en aquellos días llamábamos “foros obreros”. Esta práctica tuvo mucho que ver con el desarrollo del interés de los fabricantes de cigarros hacia cuestiones económicas... Algunas veces, cuando una persona sola trataba de monopolizar la discusión oponíamos una defensa cruda pero efectiva. Uno de los obreros que estaba aburrido de escuchar, empezaba a hacer vibrar su navaja apoyada sobre la tabla de cortar de tal manera que producía un curioso sonido. Cuando dos o tres hombres empezaban a hacer esto juntos o sucediéndose los unos a los otros, el pesado orador se veía obligado a guardar silencio. No quisiera dar la impresión de que nuestra fábrica era una especie de feria, pero sí que ideábamos arreglos democráticos para mantener una disciplina efectiva⁶³.

A pesar de su juventud, a los veinticinco años, Gompers resultó electo presidente del *Cigarmakers Union* o Sindicato de Cigarreros. Desde entonces, y durante algún tiempo, tuvo que acostumbrarse a dirigir organizaciones similares sin recursos, en oficinas improvisadas y sorteando tanto grupos enemigos como crisis económicas y los vaivenes de la política de su país. Ayudó a formar la Federación de Gremios y Sindicatos Organizados de los Estados Unidos y Canadá, en 1881, para reunir a las organizaciones de trabajadores de oficios afines, la cual, cinco años después, se separó de los *Knights of Labour* o Caballeros del Trabajo, la organización laboral más importante de su país por aquella época. Gompers reorganizó la Federación y fundó enseguida la *American Federation of Labor* o Federación Americana del Trabajo (en lo sucesivo, AFL), de la que fue reelecto presidente hasta su muerte, salvo en el año 1895⁶⁴.

El autodidacta y pragmático Gompers es el creador del sindicalismo evolucionista⁶⁵, así llamado porque siempre prefirió conseguir y sumar una a una las reivindicaciones

62 Cockcroft, *op. cit.*, pp. 206-207; Silva Herzog, Jesús, “La Constitución mexicana de 1917”, en *La Constitución de 1917: Visión periodística. Antología*, México, INEHRM, 1986, pp. 105-115.

63 Gompers, *op. cit.*, p. 58.

64 *Ibid.*, pp. 48-164.

65 Rendón Corona, Armando, “Samuel Gompers y el sindicalismo economicista”, *Iztapalapa: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, año 9, no. 17, ene.-jun., 1987, p. 68.

de sus representados, sin importar el tiempo invertido en ellas, en lugar de buscar soluciones rápidas, como él mismo apuntó en sus memorias, desde los primeros años de su carrera, sin olvidar las desventajas de dicha táctica: “empecé a apreciar la diferencia que existe entre los ideales revolucionarios y las tácticas revolucionarias empleadas para lograrlos. Sin embargo, los métodos lentos y menos espectaculares del progreso constructivo, eran más difíciles que las tácticas arrojadas...”⁶⁶, es decir, que la estrategia de marxistas y anarquistas que pretendían transformar en forma completa su entorno. Semejante maniobra le trajo múltiples disgustos y confrontaciones, pues, además, tuvo la necesidad recurrente de marcar su distancia con ideólogos y líderes obreros de pensamiento y prácticas radicales. En décadas más recientes, por esto último, otros han preferido llamar al liderazgo de Gompers en la AFL sindicalismo economicista, por estar al servicio y no oponerse ni criticar al sistema capitalista de su país⁶⁷.

Sea cual fuere el nombre que se le quiera dar a su liderazgo, Gompers, a través de la AFL, comenzó a hacer propuestas de reformas legales favorables a sus agremiados, como la jornada laboral de ocho horas, en vigor en los Estados Unidos desde 1868, pero, al ver que no se respetaba, la AFL continuó impulsándola hasta que, a partir de 1886, empezó a imponerse en varios estados y, finalmente, se promulgó como ley federal, en 1912⁶⁸.

El carácter cosmopolita e industrial de Nueva York, no sólo lo convirtió en cuna del movimiento obrero de los Estados Unidos⁶⁹, sino también en el lugar donde se dieron cita varios de sus ideólogos, de todas las corrientes y nacionalidades. Esta circunstancia ayudó a Gompers a conocer bien el problema, y a distinguir, desde temprano, la escuela a la que cada uno pertenecía⁷⁰, a diferencia de la confusión que prevaleció, como hemos dicho, entre la mayoría, hasta la tercera década del siglo XX. Según explica en sus memorias, publicadas en 1955, bajo el elocuente título de *Setenta años de vida y trabajo*, Gompers siempre sintió simpatía por los trabajadores de otras naciones, sobre todo a los que veía con problemas, dándoles consejos y ayuda, cuando le era posible. La mayoría eran extranjeros recién llegados, fácilmente explotados por patrones abusivos. Pero también recordó a otros que sólo estuvieron de paso, de nacionalidad rusa, japonesa, italiana, belga y varios latinoamericanos, que le pedían orientaciones para resolver la problemática laboral local⁷¹.

Desde sus primeros años como trabajador en la fábrica de puros, estableció vínculos de amistad con colegas cubanos, pues la isla caribeña era la primera exportadora de tabaco y puros hacia los Estados Unidos. Gompers fue invitado a sus reuniones, en las que conoció a José Martí y Tomás Estrada Palma, que sería el primer presidente cons-

66 Gompers, *op. cit.*, pp. 44-45.

67 Rendón, *op. cit.*, pp. 67-68.

68 Gompers, *op. cit.*, pp. 179-190, 275, 457.

69 *Ibid.*, pp. 46-47.

70 *Ibid.*, pp. 230-242.

71 *Ibid.*, pp. 345-362, 519 y 545.

titucional de Cuba, así como algunos otros líderes de su gesta independentista. Viajó a La Habana, por primera vez, al año siguiente de su salida del dominio español, donde conversó y dio conferencias, con traducción simultánea, dirigidas a obreros y líderes sindicales. Volvió a visitar Cuba en otras ocasiones, sobre todo porque un médico le dijo que su clima sería benéfico para su salud⁷². Por los mismos años, Gompers tuvo lazos de amistad con Puerto Rico, cuando el político y líder obrero Santiago Iglesias Pantín, solicitó su auxilio para terminar con las deplorables condiciones de trabajo de sus compatriotas. Luego de visitar dicha isla y rendir un informe, nombró a Iglesias organizador general de la AFL para Puerto Rico y Cuba⁷³.

Gompers atribuye sus nociones de la lengua castellana al trato con trabajadores cubanos, las cuales aprovechó, según escribe, para acercarse a los cigarreros mexicanos que trabajaban en Nueva York, y enterarse de la realidad prevalente de los asalariados en México, desde la década de 1880⁷⁴. Al lograr mayor presencia la AFL, entró en contacto con los que llamó “revolucionarios mexicanos”, que continuaron dándole noticias sobre la realidad del país. Éste fue, en sus propios términos, el cuadro que, a partir de dichas noticias, tenía en mente sobre el gobierno de Porfirio Díaz:

Bajo el régimen de Díaz, México era una república sólo de nombre. La constitución liberal instituida por Juárez era una máscara tras la que el presidente Díaz escondía una dominación despótica. Valiéndose de su prestigio e influencia, controlaba la elección de los gobernadores de los Estados Federales y los mantenía subordinados a su poder personal. Los obreros mexicanos eran prácticamente siervos. Era imposible organizar el movimiento obrero. De cuando en cuando se creaban sindicatos, pero los dirigentes que elegían acababan rápidamente en la cárcel. El oponerse al régimen de Díaz significaba arriesgarse a ser detenido y ejecutado⁷⁵.

Gompers tampoco ocultó su adhesión hacia los trabajadores del vecino país del sur, como había expresado con los de otras nacionalidades: “Los obreros mexicanos, que formaban la clase social menos capacitada para defenderse de la tiranía carecían de lo más indispensable tanto en lo moral como material. Su desgracia despertó mi simpatía”⁷⁶. Apuntó, además, que, a finales de la década de 1880, se acercaron a él un empresario y un representante del gobierno de Porfirio Díaz, para sugerirle participar en un proyecto con el fin de llevar a México a varios trabajadores agrícolas estadounidenses, con la precisión de que “los norteamericanos blancos podían emplear peones negros o mexicanos, según lo considerasen más oportuno”. Aunque le ofrecieron dirigirlos y muchas otras ventajas sociales y económicas, Gompers se negó a participar⁷⁷.

72 *Ibid.*, pp. 362-365.

73 *Ibid.*, pp. 365-367.

74 *Ibid.*, p. 492.

75 *Ibid.*, p. 493.

76 *Ibid.*, p. 492.

77 *Ibid.*, p. 301.

El líder de la AFL sabía que muchas compañías estadounidenses en territorio mexicano cometían abusos con los trabajadores nacionales⁷⁸ y, tal vez por eso, no quiso asociarse con ninguna. Al enterarse de que el PLM estableció su cuartel general en Los Ángeles, unos meses después de publicar su programa de julio de 1906, entró en contacto con ellos, y abogó en su defensa cuando fueron arrestados y se intentó extraditarlos a México, bien enterado de que eran refugiados políticos⁷⁹. También ayudó a Mary Harris, mejor conocida como *Mother Jones*, lideresa de la *Western Federation of Miners*, para obtener la libertad de Manuel Sarabia⁸⁰. Gompers aprovechó, asimismo, la presencia de refugiados políticos rusos en territorio estadounidense, con el fin de pedir a su gobierno que no sirviera como asistente de gobiernos dictatoriales que perseguían enemigos⁸¹.

Hay testimonios que comprueban la gratitud del PLM por el respaldo que les dio el sindicato dirigido por Gompers⁸². Este último estaba de acuerdo con las propuestas de reformas en el programa del 1º de julio de 1906⁸³, pero, como sabemos, Ricardo Flores Magón y sus fieles seguidores pronto derivaron hacia un anarquismo sin adjetivos. Antes de comprometerse para gestionar nueva ayuda de parte de su gobierno, Gompers, quizá bajo la sospecha de que la dirigencia del PLM abogaba por soluciones ajenas a la legalidad y las instituciones ortodoxas, en carta del 18 de marzo de 1911, pidió a Flores Magón explicar claramente sus metas⁸⁴. La respuesta del dirigente del partido, al decir que luchaban por “tierra y libertad”, inequívoco lema anarquista desde la época de Rhodakanaty y de sus discípulos mexicanos, antes de que lo adoptaran los magonistas y luego los zapatistas⁸⁵, significó el fin de sus relaciones⁸⁶. Flores Magón manifestó la desilusión que le causó la AFL en otro documento, expresando que el sindicato “simplemente rehusa preocuparse de los ultrajes del gobierno”⁸⁷.

Gompers volteó entonces hacia la revolución encabezada por Madero, que ganó su simpatía, pero llegó Huerta muy pronto a sepultarla. Cuando Carranza consolidó su poder, el líder de la AFL recobró la esperanza de lograr las reformas que le interesaban para México. Entró en contacto con el nuevo gobierno, a través de su representante en Washington, para expresarle su apoyo y, de acuerdo con su propio testimonio, influyó

78 *Ibid.*, p. 493.

79 *Ibid.*, p. 494.

80 *Diccionario Histórico y Biográfico de la Revolución Mexicana*, México, INEHRM, Secretaría de Gobernación, 1994, t. VIII, p. 164.

81 Gompers, *op. cit.*, pp. 494-495.

82 Nettlau, *op. cit.*, p. 42.

83 *Diccionario, cit.*, p. 164.

84 <http://www.gompers.umd.edu/trmagon.htm>. Consultado el 24 de julio de 2018.

85 Gómez Tovar, Luis, Ramón Gutiérrez y Silvia A. Vázquez, *Utopías Libertarias Americanas. La Ciudad Anarquista de Pierre Quiroule*, Madrid, Ediciones Turo, Fundación Salvador Seguí, 1991, t. I, p. 25.

86 *Diccionario, cit.*, p. 164.

87 Cockcroft, *op. cit.*, p. 142.

para conseguir su reconocimiento por parte del presidente Woodrow Wilson, así como para restablecer las relaciones diplomáticas⁸⁸.

La AFL se asoció luego con la Casa del Obrero Mundial, la cual perdió protagonismo cuando sus líderes provocaron el disgusto de Carranza al convocar a una huelga general. En su lugar se creó, el 22 de mayo de 1918, la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM), primera asamblea de su especie de alcance nacional, dirigida por Luis N. Morones, con la cual, finalmente, la AFL celebró pláticas para fundar, en noviembre de 1918, la Federación Panamericana del Trabajo (FPT), con el objetivo principal de desarrollar el sindicalismo en Latinoamérica. Aunque celebraron cinco congresos, entre 1918 y 1927, puede decirse que la FPT nació muerta, pues el aparente concierto de las partes en cuanto a la mejoría general de las clases trabajadoras, se vio ensombrecido por otros intereses, tanto por parte de Gompers como de los líderes mexicanos. Mientras el presidente de la AFL pretendía, sin declararlo, usar su influencia en la FPT para frenar el avance del comunismo leninista en el subcontinente, así como detener toda posible injerencia alemana; los políticos mexicanos, en especial Álvaro Obregón, Plutarco Elías Calles y Adolfo de la Huerta, sólo parecían interesados en Gompers como interlocutor con el Departamento de Estado estadounidense para lograr el reconocimiento de sus gobiernos. Un golpe, casi definitivo, lo dio la muerte del propio Gompers, en 1924, al que la FPT sólo sobrevivió tres años⁸⁹. De cualquier forma, Florence Calvert Thorne, que escribió un apéndice sobre los últimos años de vida de Gompers dentro de sus memorias inconclusas, asegura que la FPT y su fundador dieron un impulso sin par al movimiento obrero en México⁹⁰.

Desde antes de que los Estados Unidos se involucraran en la Primera Guerra Mundial, Gompers, preocupado porque las necesidades del enfrentamiento obligaron a varias potencias a olvidar o, en el mejor de los casos, a limitar los derechos conquistados por las clases trabajadoras, se esforzó por lograr un movimiento obrero de verdadero alcance internacional. Con este propósito logró organizar un Comité para Asuntos Obreros, conformado por voluntarios y sin ninguna autoridad, entre los Estados Unidos, Canadá e Inglaterra⁹¹. Su principal obstáculo, principalmente en la Europa continental, fueron los líderes bien adoctrinados en la ideología marxista, con los que apenas intentaba dialogar, pues creía que en lugar de unir, sólo dividían a los trabajadores⁹².

Al término de la Primera Guerra Mundial, junto con otros líderes sindicales, coincidió en que ninguna conferencia para negociar la paz estaría completa sin contar con re-

88 Gompers, *op. cit.* pp. 495-497; *Diccionario, cit.*, pp. 164-165.

89 *Diccionario, ibid.*, p. 165; Toth, Charles W., "Samuel Gompers, el comunismo y la Federación Panamericana del Trabajo", en *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 17, no. 1, marzo, 1973, pp. 95-101.

90 Gompers, *op. cit.*, pp. 623-624.

91 *Ibid.*, pp. 506, 526-533.

92 *Ibid.*, pp. 534-535.

presentantes de los obreros⁹³, por eso se presentó a nombre de los Estados Unidos en la Comisión Internacional de Legislación del Trabajo que se reunió en París, en 1919, como parte de las conferencias de paz.

5. DE LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL AL TRATADO DE VERSALLES

Los problemas de los trabajadores en México, en el siglo que precedió la caída del régimen de Porfirio Díaz, no fueron exclusivos de nuestro país, sino que, como señalamos al principio, el orbe entero resintió las consecuencias de la Revolución industrial que trajo profundos cambios no sólo en el desarrollo tecnológico, sino también en lo económico, social, cultural e, incluso, en lo político.

La jornada laboral podía llegar a durar hasta quince horas en las fábricas algodoneras europeas, y mujeres y niños constituían una parte considerable de la mano de obra. En 1839, la mitad de la clase obrera británica estaba conformada por mujeres, en tanto que, el 28% de la población laboral, era infantil, de edades entre los 10 y los 15 años; los salarios eran muy bajos y apenas servían para satisfacer las necesidades más elementales de los trabajadores; las mujeres, por su parte, percibían alrededor de la mitad del salario de los hombres⁹⁴, en tanto que los niños ganaban apenas 1/7 del salario de los adultos⁹⁵.

No obstante, la situación laboral mejoró un poco a finales de la centuria, debido a las grandes reivindicaciones de las organizaciones obreras a lo largo del siglo XIX y los primeros años del siglo XX⁹⁶, logrando la reducción de la jornada laboral a ocho horas y trabajar seis días a la semana⁹⁷. Claro está que, en el período comprendido entre la *Primera Internacional* y el fin de la Primera Guerra Mundial, hubo una gran expansión mundial del socialismo, entendido como progreso de las organizaciones sindicales y políticas de los trabajadores⁹⁸.

93 *Ibid.*, pp. 548-549.

94 "Las condiciones laborales de los obreros en el Siglo IX". *Los ojos de hipatía*. Disponible en: <https://losojosdehipatia.com.es/cultura/historia/las-condiciones-laborales-de-los-obreros-en-el-siglo-xix/> Consultado el 27 de julio de 2018.

95 Gómez Cerda, José. La situación laboral a principios del Siglo XIX. Disponible en: <https://acento.com.do/2018/opinion/8533023-la-situacion-laboral-principios-del-siglo-xix/> Consultado el 27 de julio de 2018.

96 Para mayor información sobre los logros laborales y la legislación laboral, en especial aquella protectora del trabajo infantil y de las mujeres, se recomienda la lectura de Ramos Vázquez, Isabel, *Derecho Internacional Obrero. Origen y Concepto*, IUSLabor 3/2017, p. 4. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3885005/140470042/13.Ramos.pdf/7f653948-2761-e6b9-826f-05c5c797d862> Consultado el 30 de julio de 2018

97 "Las condiciones laborales...", *cit.*

98 Maro Pradas, Eduardo, "La Primera Guerra Mundial y el movimiento obrero internacional (1914/1919)". *En defensa del marxismo*. Disponible en: <https://www.revistaedm.com/verNotaRevistaTeorica/26/la-primer-guerra-mundial-y-el-movimiento-obrero-internacional-1914-1919> Consultado el 27 de julio de 2018.

Las primeras etapas de la industrialización, a lo largo del siglo XVIII, acarrearón pésimas condiciones de vida para los obreros. La escasez de los salarios, la inestabilidad en los puestos de trabajo y la escalada de los precios, condicionaban las posibilidades de afrontar las necesidades básicas de la población; por otro lado, abundaban los accidentes laborales, y el paro era admitido como un fenómeno cotidiano. El trabajo a destajo perjudicaba manifiestamente a los trabajadores, y la mano de obra femenina e infantil era aprovechada por los patronos para rebajar aún más el jornal. Estas condiciones fueron las imperantes para miles de obreros⁹⁹, las cuales propiciaron la expansión del socialismo y e impulsaron su movimiento, más o menos organizado. En Inglaterra, por primera vez, la clase obrera se organizó en sindicatos. Desde 1845 hasta 1864, hubo una serie de agrupaciones que culminaron en la fundación de la *Primera Internacional*¹⁰⁰.

Al comienzo, los movimientos obreros eran fundamentalmente nacionales. La idea de formar una organización internacional llevó cierto tiempo. El primer intento notable fue, sin duda, la *Jeune Europe de Mazzini*, en Francia, en 1834. Luego, doce años después, en marzo de 1846, se formó en Londres la asociación de los *Fraternal Democrats*, la cual estableció contactos con la *Association Démocratique*, creada en Bruselas por los radicales belgas, franceses y alemanes, cuyo vicepresidente fue Karl Marx¹⁰¹.

El 28 de septiembre de 1864, se fundó en Londres la Asociación Internacional de Trabajadores (AIT), mejor conocida como la *Primera Internacional*¹⁰², cuyos documentos la definen como “un centro de cooperación y comunicación entre los obreros de diferentes países”. Los estatutos provisionales –redactados por Marx– señalaban que un Consejo General establecería “relaciones entre las diferentes asociaciones de obreros de tal forma que los obreros de cada país estén constantemente al corriente de los movimientos de su clase en los otros países...”¹⁰³, de esta manera, la AIT celebró congresos en forma anual. Si bien en un inicio predominó como corriente ideológica el socialismo (de Marx), las diversas tendencias y sensibilidades que recogió, obstaculizaron en gran medida su funcionamiento.

Los Congresos de la Primera Internacional fueron:¹⁰⁴

99 “Condiciones de vida, trabajo y salud”. Blog del Grupo GADEA. Disponible en: <http://blog.grupogadea.info/exposiciones/salud-ciudades-y-ciudadanos-historia-sanitaria-de-alicante-1850-1960/condiciones-de-vida-trabajo-y-salud/> Consultado el 30 de julio de 2018.

100 Novack, George, *La primera Internacional (1864-76)*, Disponible en <https://www.marxists.org/espanol/novack/1977/1inter.htm> Consultado el 30 de julio de 2018.

101 Kriegel, Annie, *Las Internacionales Obreras (1864-1943)*. Barcelona, Ediciones Orbis, 1986. p. 9.

102 Originalmente se le conoció como la “Internacional” por la vocación que ésta tenía; sin embargo, debido a que con posterioridad surgieron otras dos asociaciones con la pretensión de ser continuadoras de la AIT, a ésta se le conoció como la *Primera Internacional*, en tanto que las otras dos recibieron el nombre de *Segunda y Tercera Internacional*.

103 Kriegel, *op. cit.* p. 10.

104 Para mayor información sobre lo resuelto en cada uno de dichos congresos recomiendo la lectura de Kriegel, *supra*.

- Conferencia preliminar de Londres, de 1865
- I Congreso de Ginebra, de 1866
- II Congreso de Lausana, de 1867
- III Congreso de Bruselas, de 1868
- IV Congreso de Basilea, de 1869
- V Congreso de La Haya, de 1872¹⁰⁵
- VI Congreso de Ginebra, de 1873
- VII Congreso de Bruselas, de 1874
- VIII Congreso de Filadelfia, de 1876
- IX Congreso de Verviers, de 1877

En un inicio, como ideología de los agremiados, predominó el socialismo marxista, principalmente debido a la fuerte influencia que tuvo Marx en la creación y conceptualización de la *Primera Internacional*. Sin embargo, en el transcurso del tiempo se introdujeron en la AIT otras corrientes de pensamiento.

Sin duda, la principal disputa que se dio al interior de la AIT fue la sostenida entre los socialistas (de Marx) y los anarquistas (de Bakunin)¹⁰⁶. Las ideas de ambos líderes no tardaron en confrontarse, pues mientras Marx conceptualizó a la AIT como una institución rectora del movimiento obrero con un Consejo General y una función tanto centralizadora como unificadora; Bakunin consideraba que debía ser más una coordinadora de movimientos social-revolucionarios autónomos sin órganos de dirección. Por otro lado, la concepción histórica del marxismo, basada en el materialismo histórico, planteaba la historia como una lucha de clases; en tanto que Bakunin centraba su atención en el hombre concreto y en su libertad, al que consideraba capaz de vencer las fuerzas de la historia. Finalmente, Marx postulaba la dictadura del proletariado, es decir, un Estado obrero, aunque con carácter provisional; mientras que Bakunin se oponía a toda autoridad o autoritarismo aunque fuera de carácter provisional¹⁰⁷.

105 Celebrado tres años después debido a la imposibilidad de reunirse en 1872, por la Guerra Franco Prusiana, de 1870, y la Comuna de París de 1871.

106 Mijaíl Aleksándrovich Bakunin (1814-1876) fue un revolucionario ruso, quien tras escapar de Siberia, se instaló en Suiza. De convicción anarquista –considerado como uno de los padres del anarquismo– formó un proyecto de revolución radical, negadora absoluta del orden existente. Fue aceptado como miembro de la Primera Internacional en julio de 1869.

107 Para este tema recomiendo la siguientes lecturas: “La Primera Internacional y el debate Marx-Bakunin”, *Proletarios Revolucionarios*. Disponible en: http://proletariosrevolucionarios.blogspot.com/2014/09/la-primer-internacional-y-el-debate_15.html Woods, Alan, Marx vs. Bajunin. Disponible en: <http://peru.elmilitante.org/historia-othermenu-46/1694-marx-vs-bakunin-primer-parte-.html>

Fue en el VIII Congreso de Filadelfia, en julio de 1876 que, ante la imposibilidad de reconciliar las dos posturas, se impuso el anarquismo de Bakunin y se resolvió disolver el Congreso General de la AIT y adoptar nuevos estatutos que respetaran la autonomía de la secciones y se pronunció por la huelga general como un medio de emancipar revolucionariamente al proletariado¹⁰⁸.

Finalmente, la *Primera Internacional* “aintiautoritaria” celebró su último Congreso en Vievers, en 1877, aunque prácticamente ya estaba muerta.

Pese a la disolución de la AIT, el movimiento obrero siguió expandiéndose y trabajando en busca de mayores logros. Hubo un segundo intento por crear o restablecer la “Internacional” en 1889, en el Congreso de París –celebrado con motivo del centenario de la Toma de la Bastilla–, en la que se creó la *Segunda Internacional*, pero en su concepción y funcionamiento se impuso una nueva forma, pues al contrario de la AIT (la *Primera Internacional*), ésta rehusó darse una estructura centralizada¹⁰⁹, imperando, de esta manera, las ideas anarquistas.

Tal vez el principal logro de la *Segunda Internacional* fue la reivindicación de la jornada de ocho horas, que sería finalmente incorporada en el primer Convenio adoptado por la OIT¹¹⁰.

Como se puede observar, la AIT o *Primera Internacional*, se fundamentó en las ideas del socialismo, pero en el transcurso de su vida trató de mediar entre las ideas socialistas con las anarquistas, venciendo al final el anarquismo de Bakunin. La *Segunda Internacional* se estableció bajo las ideas del anarquismo, aunque ello no impidió la expansión del socialismo.

Fueron estas dos corrientes, el socialismo y el anarquismo las que, junto con las ideas de la social democracia, constituyen, tal vez, las tres corrientes de pensamiento que predominaron en el ambiente laboral de la época, mismas que, como se ha visto, permearon entre los constituyentes mexicanos de 1917.

6. LA PRIMERA GUERRA MUNDIAL Y EL NACIMIENTO DE LA OIT

A pesar de las reivindicaciones laborales de finales del siglo XIX, la Primera Guerra Mundial provocó importantes transformaciones en la economía y en el campo laboral. De esta manera, la economía debía ponerse al servicio de la causa militar y, por lo tanto, era necesario introducir cambios profundos en las relaciones de producción. Algunos de ellos implicaron la intervención del Estado en el terreno económico, el

108 Kriegel, *op. cit.*, p. 29.

109 *Ibid.* p. 39.

110 El Convenio sobre las horas del trabajo (Convenio 1), de 1919, señalaba en su artículo 2° que “...la duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana...”.

cual respondió a dos principios: la racionalización y la coordinación, toda vez que el objetivo no era otro que el de vender (en la guerra)¹¹¹.

La producción agrícola se redujo considerablemente, por la falta de mano de obra, y la guerra complicaba la importación de alimentos. La escasez de estos últimos, impuso el racionamiento.

De esta manera, durante la guerra:

La necesidad de aumentar la producción de la industria bélica y de atender a los servicios hizo que se tuvieran que buscar trabajadores que reemplazaran a los que se habían tenido que marchar al frente. Alemania impuso el trabajo obligatorio. Los aliados recurrieron a trabajadores procedentes de sus colonias. Cuando se hacían muy necesarios se reclamaban del frente a los obreros más especializados y cualificados con la advertencia de que si protestaban en el trabajo regresarían a la guerra. También se recurrió a los adolescentes pero, sobre todo, la gran protagonista del mundo del trabajo en esta época fue la mujer¹¹².

En palabras de Eduardo Maro Pradas: “Los trabajadores pasaron de ser mano de obra barata bajo el capitalismo a ser carne de cañón para aceitar la maquinaria y la industria bélica”.¹¹³ Así, por ejemplo, en Francia, antes de la guerra, en las fábricas metalúrgicas no había 18,000 mujeres empleadas; en 1917, eran unas 300,000 y, al año siguiente, 425,000¹¹⁴.

Las **clases medias** salieron empobrecidas del conflicto, en tanto que surgieron nuevas **fortunas** relacionadas con la producción de armas y la especulación de víveres. La “**economía de guerra**” dislocó el sistema productivo y eliminó de la política económica los principios del liberalismo.

Dos detonantes provocaron la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): la guerra y la revolución bolchevique. Así, en palabras de Gerry Rodgers:

Una característica del siglo XX en relación con siglos anteriores fue que la actividad humana parecía estructurarse intensamente en torno a la guerra y al trabajo, en parte porque tanto la guerra como el trabajo comenzaban a cobrar una dimensión mundial. El alcance y la brutalidad de las guerras del siglo XX fueron muy superiores a los de cualquier otro conflicto anterior: por primera vez se producían matanzas de muchos millones de civiles... En la oscura estela que dejó la Primera Guerra Mundial, marcada por el salvajismo, la movilización masiva y un sufrimiento social generalizado, los líderes políticos estaban abiertos a un

111 Montagut, Eduardo “Economía y empleo en la Primera Guerra Mundial”. *Nuevatribuna.es*. Disponible en: <https://www.nuevatribuna.es/articulo/cultura---ocio/economia-y-empleo-primera-guerra-mundial/20140507163924103261.html> Consultado el 27 de julio de 2018.

112 *Ibid.*

113 Maro Pradas, *op. cit.*

114 Montagut, *op. cit.*

cambio fundamental tanto en la esfera política como en la economía y la sociedad en general, así como a la creación de instituciones de carácter internacional que pudieran unir a todos los países en un esfuerzo común¹¹⁵.

El mundo del siglo XX se estructuró en torno al trabajo, un ámbito que, aunque había constituido desde siempre un eje vital para la mayoría de los habitantes del planeta, comenzaba a sobrepasar la esfera familiar o puramente empresarial. La propia naturaleza del quehacer manual fue cambiando a medida que se aceleraba el flujo de los trabajadores que pasaban de la agricultura a la industria. Los trabajadores se organizaban y exigían diálogo, oportunidades, ingresos decentes y un trato digno¹¹⁶.

La revolución bolchevique vino, por su parte, a confrontar, una vez más, las corrientes de pensamiento socialistas y liberales, y a cuestionar la propiedad y la organización de los medios de producción, el papel del Estado y los intereses a los que servía. Las pautas de organización de las fuerzas sociales o las cuestiones de igualdad y equidad eran aspectos estrechamente vinculados a la importancia concedida al trabajo para la sociedad¹¹⁷.

Así, por ejemplo, Edward Phelan, director de la OIT entre 1941 y 1948, y redactor de su Constitución, señaló sobre esta coyuntura que la preocupación primordial de las tres grandes potencias (Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia)

era la situación crítica del momento, que presentaba peligros más inmediatos que los que se han presentado al terminar la Segunda Guerra Mundial. La mentalidad revolucionaria se había propagado extensamente: la revolución bolchevique de Rusia había sido seguida por el régimen de Bela Kun en Hungría; en Gran Bretaña, el movimiento de los delegados de taller había ganado buen número de sindicatos de los más importantes y minaba la autoridad de los dirigentes oficiales; ciertos síntomas denotaban en los sindicatos franceses e italianos una orientación cada día más extremista; millones de hombres, acostumbrados al manejo de las armas y a los que habían sido hechas insensatas promesas, estaban a punto de ser licenciados; el sentimiento de malestar se había extendido hasta las más pacíficas y estables democracias, como Holanda y Suiza. Cuán grave no sería considerada la situación en aquel momento, en que se celebraba la conferencia de Paz, que el mismo Clemenceau concentró en París importantes fuerzas militares en precaución contra posibles disturbios en las calles. La decisión de reservar a los problemas del trabajo un lugar de primera importancia en el tratado de Paz fue, en el fondo, efecto de esa preocupación...¹¹⁸

115 Rodgers, Jerry, *et. al. La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009. pp. 2-3.

116 *Ibid.*

117 *Ibid.*

118 Citado por Rodgers, *ibid.* p. 6.

Otro intento digno de mencionar, del cual poco se habla, es la creación de la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores (IALL, siglas de *International Association for Labour Legislation*) en 1900, durante el Congreso Internacional de Legislación del Trabajo, y en el cual se creó también una Oficina Internacional del Trabajo que empezó a funcionar en Basilea, en 1901, financiada por diversos Estados¹¹⁹. Dicha Asociación organizó, en 1905, una reunión internacional de expertos que estableció las bases de dos convenios internacionales que serían adoptados un año más tarde, en una conferencia celebrada en Berna. Uno de dichos convenios prohibió el trabajo nocturno de las mujeres en la industria y, el segundo, prohibió el uso del fósforo blanco en la fabricación de cerillas. Dichos tratados fueron de tal impacto, que el primero de ellos fue adoptado por 25 Estados y el segundo por 41¹²⁰. Si bien dicha Asociación tuvo que suspender sus labores por motivo de la guerra, lo cierto es que sentó las bases para el trabajo posterior de la OIT, constituyéndose así en su antecedente inmediato.

Finalmente, en 1919, sindicatos cristianos celebraron en París una Conferencia en la que se pretendía formar un “Instituto Internacional del Trabajo”, con la finalidad de elaborar normas internacionales laborales, en el que cada país estaría representado por una delegación tripartita, compuesta por representantes del gobierno, de los trabajadores y de los patrones¹²¹.

Como ya se mencionó, la OIT –durante su proceso de creación– no fue ajena a las corrientes de pensamiento que durante la época imperaron, lo cual se refleja en el Preámbulo de la Parte XIII del Tratado de Versalles¹²², al señalar que:

Siendo el objeto de la Liga de Naciones el establecimiento de la paz universal y no pudiendo ser ésta un hecho sin hallarse basada sobre la justicia social;

Y siendo así que las condiciones del trabajo existentes suponen, para gran parte del pueblo, injusticias, penalidades y privaciones que por efecto del gran estado de inquietud que producen, ponen en peligro la paz y la armonía del mundo; y siendo requerida con gran urgencia una mejora de aquellas condiciones: por ejemplo, mediante la reglamentación de las horas de trabajo, incluso el establecimiento de un máximo por día y por semana, la reglamentación de las ofertas de empleo, las medidas para evitar la falta del mismo y para proporcionar salarios suficientes, las medidas de protección del obrero contra las enfermedades y accidentes del trabajo, de los niños, de los jóvenes y de las mujeres, las disposiciones relativas a la vejez y la, incapacidad, la protección a los intereses de los obreros

119 Montt Balmaceda, Manuel, *Principios de Derecho Internacional del Trabajo. La OIT*. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 44.

120 Rodgers, *op. cit.*, p. 5.

121 Montt Balmaceda, *op. cit.*, p. 46.

122 La versión original de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) tal como fue aprobada como la Parte XIII del Tratado de Paz entre las Potencias Aliadas y Asociadas y Alemania (Tratado de Versalles) puede consultarse en: <http://207.249.17.176/libro/InstrumentosConstitucion/PAG0013.pdf> Consultado el 24 de julio de 2018.

empleados en países distintos de los suyos, el reconocimiento del principio de la libertad de asociación, la organización de la educación técnica según la vocación individual, y otras medidas.

Para la OIT y, por ende, para los redactores de dicha Parte XIII, la paz y la justicia eran inseparables, lo cual no significaba que concibieran la guerra siempre como resultado de la injusticia, sino, más bien, que la justicia social era un fundamento primordial de la paz.

7. ¿INFLUYÓ EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA EN EL NACIMIENTO DE LA OIT Y EN LA PRIMERA CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO?

Sin pretender entrar en detalles sobre el proceso de creación de la OIT, nos limitaremos a señalar la participación de Samuel Gompers en la comisión redactora de la Parte XIII del Tratado de Versalles, donde se introduce la OIT, la cual podría haber llevado consigo algunas de las ideas y, sobre todo, las peculiaridades del artículo 123 del Constituyente de México.

Gompers que, en ese entonces, presidía la AFL, asistió como delegado de los Estados Unidos a la Conferencia de Paz, en Versalles. Antes de dicho evento, se celebró en París, en enero de 1919, la Conferencia Preliminar de Paz, en la que se aprobó la moción del presidente estadounidense, Woodrow Wilson, de constituir una comisión integrada por 15 miembros, destinada a “estudiar la reglamentación internacional de los congresos del trabajo, decidir cuál debe ser la forma de una organización permanente a fin de facilitar a los diversos países una ‘acción conjunta’ en asuntos relativos a las condiciones de trabajo y recomendar cuáles serían los pasos necesarios para crear una organización anexa a la Sociedad de Naciones con los fines mencionados”¹²³.

Esta Comisión sobre Legislación Obrera Internacional, fue la encargada de elaborar el proyecto que se presentaría a discusión en la Comisión Internacional del Trabajo, durante la Conferencia de Versalles, la cual basó sus trabajos en el proyecto elaborado por la delegación británica. La Comisión en comento, fue presidida por Gompers¹²⁴.

La Comisión Internacional del Trabajo de la Conferencia de la Paz, quedó compuesta por Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón, Bélgica, Cuba, Polonia y Checoslovaquia, siendo designado Gompers, una vez más, como Presidente de dicha comisión¹²⁵. El otro representante de la delegación de los Estados Unidos fue un em-

123 Citado por Montt Balmaceda, *op. cit.*, p. 46.

124 Gompers, *op. cit.*, p. 593.

125 El Presidente Woodrow Wilson presionó fuertemente para que Samuel Gompers quedara como presidente de la citada Comisión, debido a su cercanía con él. *Ibid.*

pleador, A.N. Hurley, Presidente de la American Shipping Board (Consejo Estadounidense de Armadores) el cual sólo participó en la primera sesión del Comité¹²⁶.

Gompers, como ya se mencionó, en su carácter de líder sindical, presidente de la AFL, y promotor de la creación de una Federación Panamericana del Trabajo, tuvo amplio conocimiento del movimiento sindicalista y de los logros laborales tanto en Estados Unidos como en Europa y México. Así, él mismo manifestó en su autobiografía que “muchos revolucionarios mexicanos vinieron a Nueva York, y por ellos estaba yo al tanto de las ideas y de las actividades revolucionarias de México”¹²⁷. Incluso como señala José Manuel Lastra Lastra:

La CROM tuvo nexos con la *American Federation of Labor* (AFL), dirigida por Samuel Gompers, quien tenía conocimiento del movimiento obrero panamericano desde 1883... El líder estadounidense señala haber visitado tres veces México y que, en varias ocasiones, algunos mexicanos acudieron a verlo para pedirle consejo sobre sus proyectos de derrocar al general Díaz (...).

La realidad es que la intervención de Gompers en el movimiento obrero mexicano venía dándose desde la época porfirista, como él mismo lo expresa y reconoce; no obstante, continuó por mucho tiempo su participación. Hay noticias de que estuvo protestando por las actitudes de don Venustiano Carranza, en contra de su gestión, pues según él “Carranza convertía las huelgas en delito, punibles con la pena de muerte”¹²⁸.

Conforme al mismo autor, Gompers gestionó que la CROM enviara a dos representantes para que conferenciaran con el Consejo Ejecutivo de la AFL, uno de los cuales era Luis N. Morones que fue personalidad influyente en las organizaciones sindicales mexicanas y un importante líder de la CROM¹²⁹. Hubo, pues, una estrecha relación entre la AFL y la CROM, por lo que Gompers tenía buen conocimiento del movimiento obrero mexicano.

La participación de Gompers en los trabajos de la Comisión Internacional del Trabajo de la Conferencia de Versalles¹³⁰, fue fundamental, y las huellas de su presencia se reflejan de varias formas:

126 Rodgers, *op. cit.*, p. 15.

127 Gompers, *op. cit.*, p. 492.

128 Lastra Lastra citado por Villasmil Prieto, Humberto, *La incidencia de la Organización Internacional del Trabajo en el momento fundacional del derecho del trabajo latinoamericano: Unas notas introductorias*. Documento de Trabajo No. 33. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011, p. 3.

129 Lastra Lastra, José Manuel. “El sindicalismo en México”. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XIV, 2002, p. 40.

130 Para conocer más sobre la participación de Gompers en la Conferencia de Versalles, recomendamos la lectura de McKillen, Elizabeth, “Beyond Gompers: The American Federation of Labour, the creation of the ILO and US Labor Dissent”, en *ILO Histories: Essays on the International Labour Organization and its impact on the world during the twentieth Century*, Bern, Peter Lang AG, 2010.

a) La introducción del tripartismo. Una de las grandes innovaciones de la OIT fue trasladar a una organización internacional la estructura tripartita que ya existía a escala nacional¹³¹. Este principio de tripartismo no suscitaba oposición, pero sí la forma de la distribución de dicha representación y de los votos, pues la propuesta británica era la de adoptar la fórmula 2:1:1, según la cual cada país estaría representado por dos delegados gubernamentales, un delegado representante de los trabajadores y otro representante de los empleadores; sin embargo, Gompers objetó dicha fórmula y logró que se aceptara la fórmula 1:1:1, lo cual otorgaba a los representantes no gubernamentales un papel decisivo en la etapa crucial de las negociaciones sobre nuevas normas y otras decisiones importantes¹³².

Gompers, se opuso enérgicamente a otorgar dos votos a los representantes de los gobiernos, al considerar que, en realidad, no hay más que dos grupos diferentes en la sociedad: los patrones y los trabajadores; por tanto, aceptar esa moción era desfavorable a los obreros y generaría desconfianza en la nueva organización¹³³.

b) La inclusión de una “declaración de principios obreros” que eran, en realidad, una lista de derechos laborales y se ha venido a llamar como “Carta del Trabajo”. Dichos “principios” son:

- El trabajo no debe ser tratado como mercancía ni como artículo de comercio;
- El derecho de asociación para todos los fines legales, tanto por los asalariados como por los patronos¹³⁴;
- El pago a los trabajadores de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, tal como se comprende en su país¹³⁵;
- La adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas como un fin que debe alcanzarse en todas las partes en que no haya sido logrado aún¹³⁶;

131 Así por ejemplo, ya estaba previsto en la Fracción XX del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

132 Rodgers, *op. cit.*, p. 15.

133 Gompers, *op. cit.*, pp. 594-595.

134 Previsto en la Fr. XVI del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

135 Previsto en la Fr. VI del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

136 Previsto en la Fr. I del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Asimismo, en 1868, el Congreso de Estados Unidos ya había aprobado una ley que establecía la jornada laboral de ocho horas, sin embargo, ésta no se cumplía puesto que los empleadores reducían los salarios al tener que reducir las horas de trabajo, por lo que fue necesario que el presidente Johnson promulgara, poco después, una orden ejecutiva estipulando que no debían reducirse los salarios como consecuencia de la reducción de horas derivada de la ley. Gompers, *op. cit.*, pp. 179-180.

- La adopción de un descanso semanal de veinticuatro horas como *mínimum* que deberá comprender al domingo siempre que esto sea posible¹³⁷;
- La supresión del trabajo de los niños y la obligación de imponer al trabajo de los jóvenes de ambos sexos las limitaciones necesarias para permitirles continuar su educación y asegurar su desarrollo físico¹³⁸; y
- El principio del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de valor igual¹³⁹.

Como se podrá apreciar, dichos principios, para su fecha de adopción, en 1919, ya se encontraban insertos en el texto del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 –incluso con mayor detalle–, de los cuales, Gompers, por su cercanía con el movimiento obrero mexicano, tenía conocimiento.

Trueba Urbina, tras hacer un estudio comparativo sobre las semejanzas que existen entre las disposiciones del artículo 123 constitucional y el artículo 423 del Tratado de Versalles, declara: “Entre la Constitución Mexicana de 5 de febrero de 1917, que proclamó por primera vez en el mundo *derechos sociales o principios de justicia social*, así como un auténtico derecho del trabajo y el Tratado de Paz de Versalles de 28 de junio de 1919, existe notoria igualdad de conceptos que justifica la prioridad e influencia de la primera en el Tratado”¹⁴⁰.

No obstante, Gompers menciona en su autobiografía que dichos “Principios” se basaban en los que fueron presentados por la AFL ante la Conferencia Interaliada en Londres, en septiembre de 1918¹⁴¹, y es lógico suponer que le diera el crédito a la AFL, pues él mismo presidía dicha asociación, que los impulsó y defendió.

Lo cierto es que la participación de Gompers en la Conferencia fue fundamental para que se aprobaran los principios del Derecho Internacional del Trabajo que, en opinión del presidente Wilson –tal como lo comenta el mismo Gompers– dicha “...Carta del Trabajo” fue una de las contribuciones más valiosas al Tratado de Paz”¹⁴².

De todo lo anterior, como conclusión provisional, podemos decir que no es posible atribuir la autoría de dichos principios a un solo personaje, o a alguna asociación específica o a algún país determinado, toda vez que estaban basados en ideas que se venían

137 Previsto en la Fr. IV del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

138 Previsto en la Fr. III del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

139 Previsto en la Fr. VII del Artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Principio cuya adopción por los sindicatos, promovió Gompers como presidente de la AFL. Gompers, *op. cit.* p. 286.

140 Trueba Urbina, *La Constitution Mexicaine de 1917 se reflète dans le Traité de Paix de Versailles de 1919*, París, s. e., 1974, p. 19.

141 Gompers, *op. cit.* p. 596.

142 *Ibid.*, p. 598.

manejando entre varios pensadores y juristas, desde el siglo XVIII, y constituyeron la base de las reclamaciones laborales a lo largo de los siglos XVIII y XIX, cuya discusión, al momento de la realización de la Conferencia de la Paz en Versalles, se encontraban muy vivos, todavía, en el ambiente de la época.

Sin embargo, cabe señalar que, al aprobarse el Tratado de Versalles, el 11 de abril de 1919, y con él la Parte XIII, en la que se constituye la OIT, se convoca a la Primera Sesión de la Conferencia Anual del Trabajo, a realizarse en Washington, el mismo año, cuyo orden del día era el siguiente:

- 1º Aplicación del principio de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas.
- 2º Cuestiones relativas a los medios de prevenir la falta de trabajo y de remediar sus consecuencias.
- 3º Empleo de las mujeres:
 - a) Antes y después de dar a luz (comprendida la cuestión de indemnización por maternidad);
 - b) Durante la noche;
 - c) En los trabajos insalubres.
- 4º Empleo de niños:
 - a) Edad de admisión al trabajo;
 - b) Trabajos nocturnos;
 - c) Trabajos insalubres.
- 5º Extensión y aplicación de las Convenciones Internacionales adoptadas en Berna en 1906 sobre la prohibición del trabajo nocturno a las mujeres empleadas en la industria y sobre la prohibición del empleo del fósforo blanco (amarillo) en la industria de las cerillas.

Es importante señalar que dichos puntos, sobre los cuales las naciones acordarían normas al respecto, ya se encontraban en la Constitución mexicana, incluso con mayor amplitud.

Dicha Primera Conferencia Internacional del Trabajo, se realizó en Washington, del 29 de octubre al 29 de noviembre de 1919, tan sólo unos pocos meses después de la Conferencia de Paz.

Respecto al primer punto (la jornada laboral de 8 horas), la Conferencia aprobó el “Convenio sobre las horas de trabajo (Convenio No. 1)”, en el que se señalaba que “la

duración del trabajo del personal no podrá exceder de ocho horas por día y de cuarenta y ocho por semana, salvo algunas excepciones (art. 2°).

Al respecto, la fracción I del artículo 123 de la Constitución mexicana no estableció excepción alguna. Cabe mencionar que el citado Convenio No. 1 no consideró una jornada menor para el trabajo nocturno, tal como lo hizo el Constituyente mexicano, toda vez que, la fracción II del artículo 123 señalaba que “la jornada máxima de trabajo nocturno será de siete horas”, lo cual fue una idea completamente original de los diputados del Congreso de Querétaro.

Sin embargo, todavía el Constituyente mexicano fue aún más lejos al establecer que

cuando por circunstancias extraordinarias deban aumentarse las horas de jornada, se abonará como salario por el tiempo excedente, un ciento por ciento mas de lo fijado por las horas normales. En ningún caso de trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias, ni de tres consecutivas. Los hombres menores de diez y seis años y las mujeres de cualquiera edad, no serán admitidos en esta clase de trabajos (fracción XI)¹⁴³.

Respecto al segundo punto (medidas para evitar el desempleo), la Conferencia aprobó el “Convenio relativo al desempleo (Convenio No. 2)”, cuyo artículo 2.1 señalaba que “Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá establecer un sistema de agencias públicas no retribuidas de colocación, bajo el control de una autoridad central”.

Dicho supuesto ya se encontraba considerado en la fracción XXV del artículo 123 de la Constitución mexicana, donde se afirma que “el servicio para la colocación de los trabajadores, será gratuito para éstos, ya se efectúe por oficinas municipales, bolsas del trabajo o por cualquiera otra institución oficial o particular”.

Respecto al tercer punto (el empleo de las mujeres), la Conferencia aprobó el “Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Convenio No. 3)” cuyo artículo 3 señalaba que

la mujer: a) no estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto; b) tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas; (...); (d) tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.

El Constituyente mexicano fue un poco más protector al señalar en su fracción V que:

Las mujeres durante los tres meses anteriores al parto, no desempeñarán trabajos físicos que exijan esfuerzo material considerable. En el mes siguiente al parto disfrutarán forzosamente de descanso, debiendo percibir su salario íntegro

143 El subrayado es nuestro.

y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por su contrato. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para amamantar a sus hijos.

Respecto al trabajo nocturno de las mujeres, la Conferencia probó el “Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (Convenio No. 4)”, el cual especificaba que “las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche¹⁴⁴ en ninguna empresa industrial pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas” (art. 3º), con algunas excepciones (art. 3º y 4º). Por su parte, el Constituyente mexicano, en la fracción II del artículo 123, ya señalaba que quedaba también “prohibido a unas [mujeres] y otros [menores de 16 años] el trabajo nocturno industrial; y en los establecimientos comerciales no podrán trabajar después de las diez de la noche”.

Llama la atención que en el caso de la Constitución mexicana se establece que la mujer no podrá trabajar, en los establecimientos comerciales, después de las 10 de la noche, y que el Convenio no. 4 disponga que entenderá por noche el intervalo entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana.

Por lo que respecta a los trabajos insalubres de las mujeres, nada se aprobó en la citada conferencia, en tanto que la Constitución mexicana ya establecía una prohibición al señalar que quedaban “prohibidas las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de diez y seis años” (fracción II del artículo 123 constitucional).

Con respecto al cuarto punto, (el trabajo de menores), la Conferencia adoptó el “Convenio por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales (Convenio No. 5)”, que dispone que “los niños menores de catorce años no podrán ser empleados, ni podrán trabajar, en empresas industriales, públicas o privadas, o en sus dependencias” (art. 2º).

Dicha disposición superó a lo establecido en la fracción III de la Constitución mexicana, que establecía que “los jóvenes mayores de doce años y menores diez y seis, tendrán como jornada máxima la de seis horas. El trabajo de los niños menores de doce años no podrá ser objeto de contrato”. Es decir, mientras que para el Convenio No. 5 la edad mínima laboral es de 14 años, en la Constitución mexicana lo era de 12 años, siendo así superada por la Convención.

En lo que respecta al trabajo nocturno e insalubre de los menores, la Conferencia adoptó un sexto convenio, el “Convenio relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria (Convenio No. 6)”, la cual señala que “queda prohibido emplear durante la

144 El mismo Convenio No. 4 señala en su artículo 2.1 que el término “noche” significa “un período de once horas consecutivas, por lo menos, que comprenderá el intervalo que media entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana”.

noche a personas menores de dieciocho años en empresas industriales” (art. 2.1) pero establece la posibilidad de emplear a menores de 18 años pero mayores de 16 en otro tipo de industrias (art. 2.2).

Como ya se mencionó, en el texto constitucional mexicano se estableció la edad mínima laboral de 12 años en la fracción III, en tanto que la fracción II señalaba que “... quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas para las mujeres en general y para los jóvenes menores de diez y seis años...”, sin limitarlo al tipo de industria donde laboraren.

Como complemento a lo anterior, las fracciones XIV y XV del artículo 123 señalaban que:

Fr. XIV.- Los empresarios serán responsables de los accidentes del trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patrones deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aún en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.

Fr. XV.- El patrono estará obligado a observar en la instalación de sus establecimientos, los preceptos legales sobre higiene y salubridad, y adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como a organizar de tal manera éste, que resulte para la salud y la vida de los trabajadores la mayor garantía compatible con la naturaleza de la negociación, bajo las penas que al efecto establezcan las leyes.

Tales disposiciones no fueron adoptadas en ninguno de los convenios de la Primera Conferencia de Washington.

De lo anterior puede apreciarse una posible influencia del Constituyente mexicano de 1917 en los trabajos de la Conferencia de Washington, de 1919; sin embargo, sería recomendable, para un momento posterior, un estudio comparativo más exhaustivo entre las disposiciones de los primeros seis Convenios de la OIT con las disposiciones del artículo 123 de la Constitución de 1917, así como el análisis de las actas de las discusiones durante la citada Conferencia que llevaron a la adopción de dichos convenios.

8. CONCLUSIONES GENERALES

Los principios adoptados por el Constituyente mexicano de 1917 plasmados en el artículo 123 constitucional no son creación original del mismo, sino que son producto de las luchas y reivindicaciones laborales a lo largo de los siglos XVIII y XIX.

Sin embargo, los dos grandes méritos de la Constitución mexicana de 1917 fueron el haber compilado la generalidad de las reivindicaciones laborales de la época uniformemente, en un mismo texto legislativo y, sobre todo, que dicho texto lograra el rango

de constitucional, dándole el carácter de ley fundamental. Asimismo, el Constituyente, en otros aspectos, fue aún más vanguardista e innovador que la tendencia internacional de la época.

Es de suponerse que hubo una influencia del texto de la Constitución mexicana en la adopción de la “Carta del Trabajo”, en la Parte XIII del Tratado de Versalles, a través de Samuel Gompers, pues conocía bien los logros del sindicalismo mexicano. No obstante, la influencia que ejerció parece haber sido muy ligera, toda vez que dichos principios fueron redactados de manera muy genérica y, en virtud de que éstos se basaron en ideas que se encontraban en discusión en el ambiente laboral de la época. Sin embargo, Gompers no mencionó al artículo 123 de la Constitución mexicana como fuente de las discusiones de la Constitución de la OIT, quizá porque no encontró en él nada original, sino únicamente un buen compendio de los derechos laborales por los que habían luchado tantas personas, de diversas ideologías, desde mediados del siglo XIX, en Europa y América. De cualquier forma, creemos que, por los estrechos vínculos que, sobre todo en sus últimos años, lo unieron a nuestro país, bien pudiera haber hecho alguna mención de ella.

Donde hubo una muy probable influencia del Constituyente de 1916-1917, fue en la adopción de los primeros seis convenios de la OIT, aprobados en la Primera Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en Washington en 1919, sólo unos meses después de la adopción del Tratado de Versalles, pero cuyos detalles dejamos para futuras pesquisas.

Lo anterior hace suponer, entonces, que los trabajos del Constituyente de 1916-1917 fueron conocidos durante la adopción del Tratado de Versalles, en la Conferencia de Paz de 1919, tal como ha reivindicado el maestro Trueba Urbina.

FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

Adame Goddard, Jorge, “Victorio Góngora: Una influencia callada”, en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *La Constitución Mexicana de 1917: Ideólogos, el núcleo fundador y otros constituyentes*, México, UNAM, 1990.

Aguirre, Teresa, “Desarrollo económico capitalista”, *Diccionario de la Revolución Mexicana*, México, UNAM, 2010.

Barrera Bassols, Jacinto, “Flores Magón, Ricardo”, en Torres Parés y Villegas Moreno (coords.), *Diccionario de la Revolución Mexicana*, México, UNAM, 2010.

Betanzos Torres, Eber, y Chávez Alor, Jaime (coords.), *Los constituyentes de 1917*, México, Fondo de Cultura Económica, Secretaría de la Función Pública, 2017.

Cockcroft. James D., *Precursores intelectuales de la Revolución mexicana (1900-1913)*, México, SEP, Siglo XXI, 1985.

Derechos del Pueblo Mexicano: México a través de sus constituciones, 7ª ed., México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Miguel Ángel Porrúa, 2006, sección segunda, t. XX.

Diario de los Debates. Congreso Constituyente, 1916-1917, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, vol. I, 1985.

Diccionario Histórico y Biográfico de la Revolución Mexicana, México, INEHRM, Secretaría de Gobernación, t. VIII, 1994.

Gómez Tovar, Luis, Ramón Gutiérrez y Silvia A. Vázquez, *Utopías Libertarias Americanas. La Ciudad Anarquista de Pierre Quiroule*, Madrid, Ediciones Tuero, Fundación Salvador Seguí, t. I, 1991.

Gompers, Samuel, *Setenta años de vida y trabajo: Autobiografía de Samuel Gompers*, México, Editorial Intercontinental.

Góngora, Victorio, “Ensayo sobre la cuestión obrera (*El Pueblo*, 15, 16, 18, 19 y 20 de enero de 1915)”, *Nueva Edición del Diario de los Debates del Congreso Constituyente de 1916-1917*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. III, 2006.

Kriegel, Annie. *Las Internacionales Obreras (1864-1943)*. s.l., Ediciones Orbis, S.A., 1986.

Lastra Lastra, José Manuel. “El sindicalismo en México”. *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Volumen XIV, 2002.

Lyons, Martin, “Los nuevos lectores del siglo XIX: Mujeres, niños, obreros”, *Historia de la lectura en el mundo occidental*, Madrid, Taurus, 1998.

McKillen, Elizabeth, “Beyond Gompers: The American Federation of Labour, the creation of the ILO and US Labor Dissent” *ILO Histories: Essays on the International Labour Organization and its impact on the world during the twentieth Century*. Bern, Peter Lang AG, 2010.

Márquez Montiel, Joaquín, *La Doctrina Social de la Iglesia y la legislación obrera mexicana*, México, Buena Prensa, 1939.

Montt Balmaceda, Manuel. *Principios de Derecho Internacional del Trabajo. La OIT*. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

Nettlau, Max, *Actividad anarquista en México: Rhodakanaty y Zalacosta. Ricardo Flores Magón. Regeneración y las insurrecciones por “tierra y libertad”. Apuntes sobre la propaganda anarquista y sindical tardía*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2008.

Proudhon, Pierre-Joseph, *El principio federativo*, Madrid, Sarpe, 1985.

Ramos Vázquez, Isabel, *Derecho Internacional Obrero. Origen y Concepto*, IUSLabor 3/2017. <https://www.upf.edu/documents/3885005/140470042/13.Ramos.pdf/7f653948-2761-e6b9-826f-05c5c797d862>

Rendón Corona, Armando, “Samuel Gompers y el sindicalismo economicista”, *Iztapalapa: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, año 9, no. 17, ene.-jun., 1987.

Ribera Carbó, Anna, “Casa del Obrero Mundial”, en Torres Parés y Villegas Moreno (coords.), *Diccionario de la Revolución Mexicana*, México, UNAM, 2010.

Rodgers, Jerry, *et. al. La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, México, Comisión Federal de Electricidad, 1978.

Russell, Bertrand, *Los caminos de la libertad: El socialismo, el anarquismo y el sindicalismo*, Barcelona, Orbis, 1982.

Silva Herzog, Jesús, “La Constitución mexicana de 1917”, en *La Constitución de 1917: Visión periodística. Antología*, México, INEHRM, 1986.

Torres Parés, Javier, Ilich Brito Castañeda y Saúl Luna Morales, “Anarquismo”, en Torres Parés, Javier, y Gloria Villegas Moreno (coords.), *Diccionario de la Revolución Mexicana*, México, UNAM, 2010.

Toth, Charles W., “Samuel Gompers, el comunismo y la Federación Panamericana del Trabajo”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 17, no. 1, marzo, 1973.

Trueba Urbina, Alberto, *El artículo 123*, México, Talleres Gráficos Laguna, 1943.

Villasmil Prieto, Humberto. *La incidencia de la Organización Internacional del Trabajo en el momento fundacional del derecho del trabajo latinoamericano: Unas notas introductorias*. Documento de Trabajo No. 33. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2011.

Páginas electrónicas

Gómez Cerda, José. La situación laboral a principios del Siglo XIX. <https://acento.com.do/2018/opinion/8533023-la-situacion-laboral-principios-del-siglo-xix/>

Maro Pradas, Eduardo, “La Primera Guerra Mundial y el movimiento obrero internacional (1914/1919)”. *En defensa del marxismo*. <https://www.revistaedm.com/verNotaRevistaTeorica/26/la-primera-guerra-mundial-y-el-movimiento-obrero-internacional-1914-1919>

Meyer, Jean, “Disidencia jesuita”, *Nexos*, diciembre, 1981, <https://www.nexos.com.mx/?p=3966>.

Montagut, Eduardo “Economía y empleo en la Primera Guerra Mundial”. *Nuevatribuna.es*. <https://www.nuevatribuna.es/articulo/cultura---ocio/economia-y-empleo-primera-guerra-mundial/20140507163924103261.html>

Novack, George, *La primera Internacional (1864-76)*. <https://www.marxists.org/espanol/novack/1977/1inter.htm>. <http://www.gompers.umd.edu/trmagon.htm>

“Condiciones de vida, trabajo y salud”. Blog del Grupo GADEA. <http://blog.grupogadea.info/exposiciones/salud-ciudades-y-ciudadanos-historia-sanitaria-de-alicante-1850-1960/condiciones-de-vida-trabajo-y-salud/>

Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (versión original). <http://207.249.17.176/libro/InstrumentosConstitucion/PAG0013.pdf>

“La Primera Internacional y el debate Marx-Bakunin”, *Proletarios Revolucionarios*. http://proletariosrevolucionarios.blogspot.com/2014/09/la-primera-internacional-y-el-debate_15.html

“Las condiciones laborales de los obreros en el Siglo IX”. *Los ojos de hipatía*. <https://losojosdehipatia.com.es/cultura/historia/las-condiciones-laborales-de-los-obreros-en-el-siglo-xix/>

Woods, Alan, Marx vs. Bajunin. <http://peru.elmilitante.org/historia-othermenu-46/1694-marx-vs-bakunin-primera-parte-.html>



EL ARBITRAJE EN LOS TIEMPOS DEL CÓLERA

POR FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

RESUMEN: Se observa un rechazo a las instituciones internacionales. Un caso particular de ello es el arbitraje de inversión. Los motivos esgrimidos dejan que desear, sin embargo, este ensayo escudriña los argumentos en contra de esta institución internacional, refutándolos. Por lo que al hacerlo, se hace un llamado a que depuremos, en virtud de que la crítica que aceptemos sea la seria, no la que provenga de fuentes no autorizadas o que tenga una agenda distinta al progreso.

SUMARIO: 1. TIEMPOS DE CÓLERA. 2. EL ARBITRAJE: ¿CHIVO EXPIATORIO DE LA CÓLERA? 3. CRÍTICA CONSTRUCTIVA: NECESITAMOS SER MEJORES CRÍTICOS POR EL BIEN DE TODOS. 4. COMENTARIO FINAL.

Vivimos en tiempos de cólera. Existe un repudio generalizado de las instituciones y conceptos desarrollados durante los últimos cincuenta años. Ello ha incidido en el arbitraje, como en tantas áreas. En esta reflexión hago un llamado a que reevaluemos. Descartar el camino andado no sólo es un paso *injustificado* por los problemas existentes, sino que los *acentuará*. Lo que necesitamos es entender qué está pasando, y por qué, con miras a propiciar que la cólera no empeore las cosas.

1. TIEMPOS DE CÓLERA

Llevábamos 70 años construyendo un mundo mejor. El dolor infligido durante la primera mitad del siglo XX generó un “capital” que utilizamos para crear las instituciones destinadas a evitar que la historia se repitiera. Ello incluyó no solo *construir* sino *destruir*: deshacernos de infraestructura indeseable, como las barreras arancelarias, los subsidios, y los muros que abrían una brecha entre los mercados locales y los internacionales. Sobre todo, teorías incorrectas que veníamos arrastrando y que eran resultado de una visión incorrecta de las cosas, que ejemplifican la aseveración el mercantilismo, el autarquismo y el proteccionismo.

Habiendo aprendido que el proteccionismo, el nacionalismo y la xenofobia nos habían hecho sufrir algunos de los tragos más amargos jamás vividos, – no solo económicamente, sino humanamente – nos hicimos a la idea de evitar que ello ocurriera de nuevo. Decidimos entonces escuchar y hacer caso a los tecnócratas. Durante los 80’s y 90’s,

fueron muchas las instituciones y cambios que adoptamos que obedecían los llamados de la clase preparada, la clase tecnocrática, para construir un mundo mejor. Ello incluyó muchas cosas. Por ejemplo, zonas de libre comercio, tratados de libre comercio, tratados de inversión, el sistema comercial internacional.

Lamentablemente, estamos echando marcha para atrás. Por todo el mundo son visibles pasos diversos que tienen como común denominador el repudio de los pasos descritos en los dos párrafos anteriores. Comparto mi opinión sobre las causas de ello (§A), las lecciones que arroja (§B), y lo que debería ocurrir (§C).

A. Las causas

En mi opinión, las causas del retroceso mundial pueden genéricamente englobarse en tres:

1. *Sobrevendimos*: en el afán de convencer, exageramos. Con el ánimo de lograr objetivos, sobre-expusimos. Aunque de difícil (y posiblemente injusta) generalización, puede decirse que los paladines del cambio enfatizaron tanto los beneficios del sistema de mercado, del liberalismo, de la apertura, de la competencia, que las audiencias lo percibieron como panaceas. Recetas que inexorablemente darían lugar a un resultado mejor—para todos.
2. *Actitud acomodaticia, abusiva inclusive*: todo cambio de status genera beneficiados y perjudicados. El beneficiado abusó, el perjudicado ignoró.

Perjudicado: el perjudicado está compuesto por una masa amorfa pero grande de personas que no han cosechado los beneficios prometidos. Desde la perspectiva de bienestar, su situación sí ha mejorado, pero menos que la de otros. Esta masa está compuesta por personas que van desde quienes su ingreso se mantiene constante, hasta quienes han perdido su empleo. Su común denominador: en comparación con otros, su situación es mala. Para ellos, el progreso mundial no ha pasado de teoría. De aquello que le ocurre a otros.

Beneficiados: los beneficiados también están compuestos por una masa amorfa de personas genéricamente divisibles en la clase burocrática y la iniciativa privada. Su común denominador es que los beneficios han propiciado complacencia y abuso. *Complacencia* por ignorar a los otros; los no-beneficiados. *Abuso* por utilizar su status de una manera distinta a la ideal. Abusaron de la situación privilegiada que el cambio de circunstancias les brindó. Ello tiene muchos casos particulares. El político robó; el empresario desvió. Y con frecuencia ambos grupos se coludieron. Capitalismo de cuates (“*crony capitalism*”) es uno de los nombres que se le puso a la situación de mutuo “apoyo” que la clase kleptocrática dio a agentes económicos con miras a privilegiar.

Lejos de competir y crear valor, mucho empresario coludía o abusaba de su privilegiada situación para obtener beneficios supra-mercado competido. En vez de

crear valor creaban rentas.¹ Ello es diverso a lo que exige la teoría pura del capitalismo: creación de valor centrada en el consumidor y apropiar *parte* de él vía precio. La constante: utilizar la nueva situación en forma ventajosa, sin importar las consecuencias de ello.

3. *Descuidamos*: todo cambio de *statu quo* implica que beneficiará a unos mas no a otros. El *agregado* puede o no ser mejor (Pareto o Kaldor Hicks eficiente: es decir, los que ganan, ganan más que los que pierden), pero *alguna parte* del todo tendrá necesariamente como resultado que algunos no se verán beneficiados; inclusive, habrán perdido. El paradigma acepta que ello ocurrirá, y que ello es fruto de motivos diversos, todos los cuales apuntan a que, ante la mejoría, no se requería mayor atención.

La experiencia de la última década nos enseña que ello no es la mejor visión de las cosas. Aceptado que el cambio de estatus puede implicar ganadores y perdedores, la clase burocrática tiene el deber de generar políticas dirigidas a atender las necesidades de quienes pierden. No puede quedarse con los brazos cruzados y pretender que, solito, todo se arreglará para todos. Hay quien ha llamado a estos “fundamentalistas del mercado”. Yo los llamaría “desobligados”.

Parte de atender incluye informar. Ilustrar. Bien puede ser que el cambio de estatus no obedezca exclusivamente a las políticas económicas elegidas, sino a otros motivos que no le son atribuibles a estas. Por ejemplo, la tecnología. Muchos de los empleos que se han perdido en países de primer mundo no fueron indebidamente capturados por economías que descuidan normativa social (por ejemplo, ecología o estándares laborales). Simplemente desaparecieron como resultado de cambios tecnológicos.

Es decir, *los empleos no se trasladaron, desaparecieron*. Y quien perdió dicho empleo encuentra poco alivio en escuchar que ello es positivo en forma agregada pues es más “eficiente”. Dicha persona tiene que resolver sus necesidades diarias. Poco le confortará saber que, aunque no puede darle de comer a su familia, ello es plausible en términos macroeconómicos. (¡Al diablo con la macroeconomía! pensará.)

B. Lecciones

El *statu quo* y sus motivos arroja lecciones. Me pregunto sin embargo si están siendo correctamente decantadas y asimiladas. Propongo tres siguiendo la pauta de las causas citadas:

1 “*Rent seeking*” es el término de arte de la economía para genéricamente describir la actividad (esfuerzos, recursos, esquemas) enfocada en mantener una posición privilegiada, por los beneficios que arroja. Es a ello a lo que me refiero cuando hablo de “rentas”.

1. *No existen las panaceas*: No existen soluciones carentes de implicaciones, existen políticas más deseables que otras.

Habiéndole dado una oportunidad a las soluciones tecnócratas durante 50 años, parece ser que nos hemos hastiado. Siendo que los resultados no eran perfectos, o los prometidos, los no-beneficiados sienten frustración. Sienten que fueron engañados, particularmente al ver la bonanza de quienes se han beneficiado de la nueva situación—la cual es muy visible dado el mundo interconectado que vivimos.

2. *Haciendo lo debido*: uno de los grandes problemas que tenemos es que no se hace lo que se debe hacer. Siendo confiado un puesto, la persona en cuestión hace algo distinto de lo debido, con frecuencia con miras a beneficiarse a sí mismo. Los ejemplos son infinitos, la constante la misma: el puesto se utiliza con fines diversos a los que se creó. (La apreciación aplica al burócrata y la iniciativa privada.)
3. *Atendiendo al perdedor*: El ganador no puede quedarse cruzado de brazos ante el dolor del perdedor. Habitamos juntos este planeta. Necesitamos convivir; coexistir. Nuestra relación es siempre a largo plazo. Ello es cierto del empresario, pero más cierto del burócrata, quien es contratado precisamente para hacer lo anterior.

Es necesario discernir lo que ha funcionado de lo que no ha funcionado – lo cual está entrelazado. La gran situación que el mundo vive obedece a 50 años de políticas económicas inteligentes. Lo perfectible descansa en que, no existiendo panaceas, hay más por hacer. El discernimiento de cuál es cuál es una labor de expertos. Pero éstos necesitan nuestro apoyo.

C. ¿Qué sigue?

Necesitamos hacer una prognosis atinada y utilizar la medicina apropiada. Para ello, necesitamos aprender, aplicar e informar.

Aprender: Necesitamos tomar nota de las lecciones. Al hacerlo, debemos ser arduos y objetivos. No tiene nada de malo haber cometido un error; lo malo es no admitirlo, reconocerlo y aprender de él.

Aplicar: Rediseñar nuestras instituciones y políticas (*policies*) existentes en consecuencia. Al hacerlo, poner atención a los indicadores sobre su desempeño.

Informar: Es necesario informar en forma sencilla y masiva los problemas y sus soluciones. El aforismo que el problema más serio de la humanidad es la ignorancia sigue vigente. La clase preparada ha fracasado en destilar en forma sencilla un mensaje que sea digerible por todos. Como resultado, quienes sienten

descontento no saben dónde dirigirlo. Es natural por ende que los trasladen a lugares incorrectos – así es la ira. La cólera.

2. EL ARBITRAJE: ¿CHIVO EXPIATORIO DE LA CÓLERA?

Un caso particular de lo explicado es el arbitraje. Los vientos que soplan generan preocupaciones dadas críticas observables y pasos que en respuesta a ellas empiezan a darse.

Entendido y aceptado que existe cólera, y sus causas, es relevante preguntar si está dirigida al destinatario correcto (§A). Y siendo que uno de los destinatarios ha sido el arbitraje (§B), es apropiado preguntar si es crítica correcta (§C).

A. Cólera dirigida al enemigo incorrecto

Entender las causas de la cólera es de utilidad para aprender y para corregir. Sin embargo, la mera existencia de cólera debe inquietar: no existe sentimiento más contaminante del buen juicio que la ira. Y lo que es cierto del individuo es cierto de la sociedad. La cólera existente ha sido dirigida –*transferida*, en su sentido psicológico– en varios sentidos genéricamente describibles con una palabra: “cambio”. El *statu quo* debe cambiar, clama la sociedad.

Per se, ello no es malo. Todo lo contrario. Lamentablemente el cambio está siendo exigido de instituciones que han funcionado. Ello es preocupante. Por motivos humanos naturales, que se magnifican al hablar de masas, es fácil descontar el valor de lo logrado y sobre-exponer y mal-dirigir la crítica.

En mi opinión, la cólera está justificada, lo que se está haciendo en respuesta no.

La cólera se justifica pues los problemas que han ocurrido son dolorosos. La crisis de 2008 afectó a muchos, pero más a los que menos tienen—y lo saben. Tuvo por efecto hacer nacer un sentimiento de que el ‘el trato’ no es justo; beneficia más a unos que a otros. Peor aún, pone a unos a merced de otros. Ello ha dado pie a un desagrado sobre el *statu quo* que debe ser atendido. El método correcto es identificar las causas de insatisfacción y refinar nuestras instituciones. Esto lamentablemente no es lo que está ocurriendo.

Los pasos que se están tomando no sólo *no* son la solución a las causas de la cólera, sino que probablemente la acentuarán. No estamos sabiendo discernir entre los culpables y los inocentes. Lo que funciona de lo que no funciona. Aquello que debe cambiar de aquello que debe permanecer. Como resultado, estamos dirigiendo nuestra ira a lo que nos ha *ayudado*, en vez de lo que nos ha *afectado*.

Entre antes distingamos podremos evitar la destrucción de infraestructura útil, y que nuestros hijos paguen las consecuencias.

Aceptado que *debe existir cambio, debemos procurar que se centre en las instituciones que lo requieren, no aquellas que han servido*. De lo contrario, lo más probable no solo es que no remedemos, sino acentuemos, las causas de la cólera.

B. La Cólera y el arbitraje

Uno de los frentes a los que se ha dirigido la cólera es al arbitraje de inversión. Como resultado, existen desarrollos negativos visibles en distintas partes del mundo que accidentan el correcto desarrollo de la disciplina. Ejemplificaré haciendo alusión a críticas cuestionables (§1), algunos pasos problemáticos (§2), para concluir con un comentario sobre las causas y consecuencias de la cólera (§3).

1. Críticas criticables

Existe una cascada de diatriba sobre el arbitraje tan voluminosa como errada. De la misma, deseo centrarme en la estructurada y que proviene de fuentes serias, y que aun así son criticables.²

(a) Shadow Courts

En *Shadow Courts. The Tribunals that Rule Global Trade*, una periodista, Haley Sweetland Edwards, hace una apreciación crítica de los tratados de inversión. Comienza diciendo:

A foreign company can sue us in some secret tribunal? How is this even possible?

Desde que se lee esta frase, el lector serio no podría ser culpado de discontinuar su lectura arrojando el libro a la chimenea. El motivo: es falso que los tribunales de inversión sean “secretos”. Las partes mismas los designan. Y existe una enorme cantidad de información disponible públicamente sobre ello.

Luego se encuentra una aseveración incendiaria:³

ISDS tribunals have the power to review U.S. laws, regulations, executive actions and judicial decisions. If the three arbitrators on an ISDS tribunal were to determine, say, that a U.S. Supreme Court decision was in violation of NAFTA, those three private citizens would have the power to demand that U.S. taxpayers pay compensation ...

En su opinión, ello es cuestionable pues:⁴

2 No hacerlo tornaría esta sección en un tratado.

3 *Shadow Courts, ob. cit.*, p. 19.

4 *Shadow Courts, ob. cit.*, p. 83.

This tiny group of private citizens, unelected and unaccountable to any democratic body has been responsible for creating public international law with respect to investors.

Califica los tratados de inversión como *The Capitalist Magna Carta*, que propician un “wild-west legal environment”, un “casino arbitral” pues, mientras que el inversionista tiene todo que ganar, no tiene nada que perder. Y lo que es peor, los dados están cargados contra el Estado. En sus palabras: “*The cards are stacked against [the State]*”.

La obra no es para expertos. Les sería imposible leerla.⁵ Una reacción podría ser considerarla periodismo; pero inclusive ello es cuestionable: el periodismo tiene que ser veraz y serio. La obra no reúne ninguno de dichos adjetivos. En único mérito que parece tener es un esfuerzo acucioso para recolectar información y la perspectiva de quienes desean hablar mal del arbitraje de inversión, que con frecuencia han perdido un caso y están enojados –es decir, son víctimas de la cólera–, y haber exitosamente filtrado todo lo bueno de los mismos. Y todo con miras a hacer una exposición parcial, negativa y destructiva de la materia sin ofrecer alternativa.

(b) Carta de analistas económicos del derecho

El 25 de octubre de 2017 230 profesores de análisis económico enviaron al Presidente de Estados Unidos de América una carta (“Carta”) en la que le piden:

We urge you to stop any expansion of ISDS ... and to eliminate ISDS from past U.S. trade deals, beginning with NAFTA

La petición se basa en una serie de críticas, que pueden resumirse así:

- No hay debido proceso (“*[investment treaties] lack many of the basic protections and procedures normally available in a court of law*”);
- No hay mecanismos de participación ciudadana (“*there are no mechanisms for domestic citizens or entities affected by ISDS cases to intervene*”);
- Carece de apelación y formas de remediar error (“*there is no appeals process and therefore no way of addressing errors of law or fact made in arbitral decisions*”);
- Se burlan los procesos locales (“*[investment treaties] skirt domestic courts and instead initiate proceedings against sovereign governments before tribunals of three private sector lawyers*”); y
- No hay rendimiento de cuentas (“*no oversight or accountability of the private lawyers who serve as arbitrators, many of whom rotate between being arbitrators and bringing cases for corporations against governments*”).

Según la Carta, lo anterior tiene por efecto:

5 Para mí fue un ejercicio de paciencia en aras de conocer con mente abierta la perspectiva del crítico.

Gran[t] foreign investors – and foreign investors alone – the ability to bypass the robust, nuanced, and democratically-responsive U.S. legal framework.

Foreign investors are able to frame questions of domestic constitutional and administrative law as treaty claims, and take those claims to a panel of private arbitrators, circumventing local, state, or federal domestic administrative bodies and courts. ISDS thus undermines the important roles of our domestic and democratic institutions, threatens domestic sovereignty and weakens the rule of law.

Como resultado, los tratados de inversión tienen por efecto:

...exposing the U.S. Treasury and our legal system to ISDS liability also has the perverse effect of subsidizing offshoring to or investing in countries with riskier or less developed legal systems by lowering the risk premium of relocating investment there.

Las críticas citadas son ignorantes, endocentristas y destructivas. Descuidan que:

- Sí existe un mecanismo para considerar intereses de terceros, se llama *amicus curiae*.⁶
- La no-apelación es parte del valor del arbitraje: finalidad. Y la crítica sobre la ausencia de posibilidad de corrección de error puede hacerse de cualquier decisión *final*, por ejemplo los tribunales supremos de cada país.
- Supervisión (*oversight*) implicaría *politizar* cuando lo que se busca es *despolitizar*. Extraer del proceso político es encomiable en que permite un mejor manejo y solución de este tipo de problemas.⁷

La expresión más desarrollada que he encontrado del argumento se encuentra en la obra *Rewriting the Rules of the American Economy, An Agenda for Growth and shared Prosperity*, donde un economista reconocido (Joseph Stiglitz) hace el siguiente comentario:⁸

One of the provisions that increasingly balances the odds against ordinary Americans is the protections for investors that U.S. negotiators insist other countries must adopt in the so-called investor-state dispute settlement mechanisms. These provisions create private international arbitration panels in which investors can sue governments, and parties have no recourse to legal review and appeal. While

6 Artículo 37 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

7 La historia de la disciplina está plagada de instancias en que problemas individuales se politizaron y dieron lugar a consecuencias desastrosas, inclusive bélicas. Ante ello, la disciplina ha buscado extirpar dichos problemas de los procesos políticos con miras a encausarlos jurídicamente. Y de una manera que el agraviado sea el foco de atención, no los intereses o agenda política de los Estados involucrados.

8 Joseph E. Stiglitz, *Rewriting the Rules of the American Economy, An Agenda for Growth and shared Prosperity*, Roosevelt Institute, W.W.Norton & Company, New York/London, 2016, pp. 103-104.

investors should be protected against rogue governments seizing their assets or formulating policies that discriminate against specific firms, this is not what these provisions are about; investors can already buy insurance against such outcomes from the World Bank's Multilateral Investment Guarantee Agency as well as some U.S. government programs for insuring investment. Rather the real intent of these provisions is to impede health, environmental, consumer safety and even financial regulations meant to protect the public interest from egregious business practices. That's why U.S. negotiators insisted on including such investor protections in an agreement with the European Union – where the rule of law and protections against expropriation are already on par with the United States. By limiting the scope for policy in the public interest, investor protections actually make it harder for trading-partner countries to raise their own standards and make it easier for companies to move production offshore or extract wage concessions with such threats. ...

Trade agreements are less about trade and more about the regulatory environment corporations face investing and doing business overseas. Providing stronger guarantees for American corporations abroad – for instance, by allowing them to sue for lost profits from government regulations using secretive international “investor-state dispute settlements” rather than local democratic institutions – has made it even more attractive to trade internationally.⁹

Los párrafos citados están llenos de errores. Tales, que es imposible no sorprenderse cómo una persona tan reconocida pudo haberlos articulado.^{10, 11}

Comencemos por el principio. El libro citado dice que el arbitraje de inversión es malo para las personas comunes y corrientes (“*balances the odds against ordinary*

9 Id., p. 184.

10 Deseo revelar que tengo todos los libros de Stiglitz, y los he leído. Y me gustan. Admiro a tal pensador por su intelecto y sus ideales. Si no obstante ello indico lo que aquí indico, es porque cumulo con uno de ellos: la importancia de la crítica franca. Y el papel que el diálogo juega en el progreso. (Ideal que observo que él mismo considera importante al criticar ciertas instituciones internacionales por su “unwillingness to engage in meaningful discussions” (*Globalization and its Discontents*, Norton & Company, London/New York, 2003, p. 257). Mis observaciones deben tomarse con dicho trasfondo: respeto, admiración, y orientación constructiva.

11 Me pregunto si esta crítica no contradice ideas defendidas en otras obras. Por ejemplo, en *Globalization and its Discontents* defiende la necesidad de instituciones internacionales que remedien los problemas que detona la globalización (Id., p. 222 *et seq.*). En *Making Globalization Work* (Norton & Company, London/New York, 2007, p. 280) habla de la necesidad de corregir el “déficit democrático” que ostenta la globalización. En sus palabras “*The need for global institutions has never been greater, but confidence in them, and their legitimacy, has been eroding.*” “*To make globalization work, there will have to be a change in mindset: we will have to think and act more globally*” (Id. 274).

Las citas aisladas no hacen justicia a las (profundas y con frecuencia atinadas) observaciones que contienen las obras de Joseph Stiglitz. Mi punto sin embargo es que las críticas respecto del arbitraje de inversión cortan en sentido contrario a lo que recomiendan sus otras obras, y que me parece sensato, donde no critica la *existencia* de la globalización, sino su *manejo*. Y es eso lo que deseo hacer ver en esta reflexión: que el arbitraje de inversión es una institución que, aunque perfectible, es la mejor opción que hemos encontrado para manejar un problema delicado.

Americans” en sus palabras). Ello merece varios comentarios. Primero, confunde fenómenos, generalizándolos cuestionablemente. No es lo mismo el comercio internacional *de capital* que el comercio internacional *de productos*. Lo que suscita presión sobre los trabajadores suele ser el comercio internacional de productos. El comercio internacional de capital *a veces, no siempre*, tiene por efecto la reubicación de plantas. Sin embargo, ello no siempre es cierto. La inversión en un país distinto no siempre es *en vez de* una planta local, sino *en adición a* la misma. El planteamiento objetivo tiene que reconocer que la inversión ocurre por muchos motivos, uno de los cuales puede ser reubicación. Pero puede ser por que se desee atacar un mercado nuevo; saciar demanda en otra parte del mundo; porque se desee prestar un servicio público local. Y sí, porque se desee perseguir una ventaja competitiva, reubicando. Pero generalizarlo como lo hace la crítica es una exposición incorrecta (por parcial) del fenómeno.

Pero sobre todo, la crítica ignora por completo el beneficio al consumidor (que incluye a los trabajadores) de la existencia de cadenas internacionales de distribución: precios más bajos.¹² Hoy en día, como regla, el consumidor mundial adquiere productos a costos más bajos que en un mundo donde se concentra la producción en un solo país. Si afectamos dichas cadenas (vía aranceles, subsidios, o erradicando el arbitraje de inversión) el resultado es menor calidad y precios más altos - ¡para todos! La apreciación no es mía, la arroja la experiencia y el análisis económico.

La obra continúa indicando que, aunque los inversionistas deben ser protegidos de gobiernos malos (“*rogue*” en sus palabras) que les quiten sus activos, o políticas que los discriminen, no es sobre ello que versan dichas disposiciones (“*this is not what these provisions are about*” dice). Los inversionistas pueden asegurarse. El verdadero motivo es impedir regulación que impide prácticas de negocios nocivas. En sus palabras “*impede health, environmental, consumer safety and even financial regulations meant to protect the public interest from egregious business practices*”. Ello es falso. El derecho internacional de la inversión extranjera (tanto consuetudinario como los instrumentos internacionales, incluyendo tratados de inversión) sí tienen por objeto proteger el capital de extranjeros; y no buscan facilitar prácticas de negocios incorrectas o que ignoran otros intereses sociales. Dicho cuerpo legal lleva cientos de años puliéndose. Quien lo conoce y tiene una perspectiva mundial desea que se siga desarrollando, algo que ha costado trabajo pues detona responsabilidad internacional del Estado. Aseverar tan tajantemente, y sin justificar, que “no se trata de eso” ignora cientos de años de historia, experiencia y derecho.

12 Y la mayoría de las veces mejor calidad. De allí el dicho que hoy en día ‘la fábrica del mundo es el mundo’. Las cadenas de distribución internacional se han reorganizado con miras a lograr el mejor punto de equilibrio entre precio y calidad en todas partes del mundo, atendiendo a las necesidades de la producción en cuestión. Esto es descuidado por la crítica, que parte de la premisa que todo puede hacerse en el mismo país *caeteris paribus*.

La segunda parte de la aseveración también es incorrecta. El derecho internacional de la inversión no tiene por objeto, ni por efecto, impedir regulación socialmente necesaria, simplemente no es un instrumento para ello. Para ello hay otros instrumentos, que, dicho sea de paso, tratados internacionales que contienen régimen de protección de inversión contemplan.¹³ Luego entonces, la aseveración no solo es incorrecta, es fácilmente desdicha por la experiencia sin necesidad de investigar mucho.

La obra asevera que, al limitar las regulaciones y políticas en favor del interés público, se complica el que los Estados anfitriones puedan incrementar sus estándares; ello hace que sea más fácil mover su producción a otras ubicaciones, o extraer concesiones salariales amenazando con ello.¹⁴ Siendo que esto es el corolario del argumento sobre los trabajadores que ya contesté párrafos arriba, le aplica la misma contestación. Sin embargo, merece un comentario adicional. El fenómeno citado tiene un nombre: competencia regulatoria (*regulatory competition*). Abordado objetiva, inteligente y constructivamente, el fenómeno es un uno que invita discusión interesante e inteligente sobre el papel del Estado en la economía, la calidad de las políticas legislativas, y la conveniencia de cooperación entre los Estados en el plano internacional. Esta última es la mejor medida para atender el fenómeno; pero ello se complica—si no es que imposibilita—mediante el paso que invita la crítica (y la Carta de analistas económicos del Derecho¹⁵). Por ende, lo único que hace la Carta que comento es erigirse en el ejemplo más claro del mensaje de este ensayo: *la crítica que estamos viviendo no solo no es una solución a la cólera vigente, sino que la acentuará.*

(c) Los tratados de inversión son un caso de ‘*bounded rationality*’

Un libro reciente ejemplifica el tipo de crítica que debe existir, aún si se difiere de la misma. En *Bounded Rationality and Economic Diplomacy* Lauge N. Skovgaard se pregunta: ¿si los tratados de inversión confieren poder a un árbitro para ordenar indemnización, misma que se ha traducido en condenas importantes, particularmente a países en vías de desarrollo, por qué los firmaron? Según la obra: se sobre-estimaron los beneficios y subestimaron los riesgos. A tal grado que califica la tendencia de ‘diplomacia irracional’.

A diferencia de las críticas anteriores, esta crítica merece aplauso en que no es destructiva ni ignorante. Hace un cuestionamiento interesante, seriamente perseguido. Da-

13 Por ejemplo los acuerdos paralelos de Tratado de Libre Comercio para América del Norte, que versan sobre medio ambiente y cuestiones laborales.

14 “By limiting the scope for policy in the public interest, investor protections actually make it harder for trading-partner countries to raise their own standards and make it easier for companies to move production offshore or extract wage concessions with such threats.”

15 Como alguien especializado en análisis económico del Derecho (mi doctorado es sobre ello), confieso extrañamiento que especialistas de tal disciplina hayan emitido tal opinión. Lo que enseña el análisis económico del Derecho es rigor en el estudio de la disciplina jurídica bajo la lupa de la ciencia económica, con miras a discernir cómo mejorar el Derecho. La Carta contradice tal propósito.

dos los propósitos de este ensayo me ceñiré a un comentario breve sobre el cuestionamiento: el cambio de actitud frente a los tratados de inversión deriva de la existencia de casos delicados y el que a nadie le gusta que lo hagan responsable. La importancia de tales casos ha resultado en condenas importantes y en ocasiones vergüenza. Lo acontecido es tal que ha echado luz sobre conducta incorrecta. A veces ilícita.

En mi opinión, dicho análisis tiene que considerar tres cuestiones. Primero, ¿Qué habría sido del problema en ausencia del arbitraje de inversión? (Estoy seguro que el lector estará de acuerdo que el problema tiene que manejarse y resolverse de alguna manera.). Segundo, es natural que en una etapa inicial, mientras se conoce, exista rechazo, particularmente ante el trasfondo de derecho internacional (donde se observa una ausencia de voluntad para crear reglas que en verdad limiten el actuar del poderoso). Tercero, si un Estado acepta que se le puede hacer responsable, ello obedece a un factor importante que no detecto que la obra aborde: *los tratados de inversión permiten al Estado anfitrión hacer promesas creíbles*. Dan contenido a palabras que, sin el mismo, se las llevaría el viento. Siendo que la credibilidad es cimiento de mucha actividad económica deseable para lograr progreso, el paso debe ser entendido como racional.

El análisis que propone Skovgaard bajo el modelo de *rational choice theory* puede o no ser cierto. Sin embargo, no observo la premisa indicada. Tampoco veo análisis alguno sobre el contrafactual. En ausencia del arbitraje de inversión la única opción sería presión política. El regreso a *gunboat diplomacy*. Ello ha demostrado ser insuficiente e indeseable. Por ende, al aceptar ser sujeto de responsabilidad—vía la firma de un tratado de inversión—el mensaje que el Estado manda es *seriedad*. Resultado: progreso.

Visto así, ¿aún se considera que fue el paso fue irracional?

2. Pasos en sentido contrario

Existe una iniciativa de crear una corte internacional de inversión. En principio, ello podría sonar bien. Sin embargo, sus consecuencias deben ser debidamente aquilata-das.

Comencemos con la consecuencia presupuestaria: implica generar una infraestructura y burocracia internacional, con un costo fijo. En sí, ello no tiene nada de malo. Pero tiene implicaciones. Me pregunto si la creación de dicho tribunal internacional no debe por ejemplo considerar lo siguiente:

1. *Taxpayer pays v user pays*: Los esquemas *user pays* deben ser preferidos a *taxpayer pays*. Mientras que los segundos implican imponer una carga *en toda la sociedad* sobre una necesidad que atañe a menos que la totalidad, los primeros permiten que la carga financiera recaiga sobre quien lo requiere. En un mundo de escasos recursos y crecientes necesidades, los segundos son de preferirse por encima de los primeros.

2. *Imparcialidad*: existe una preocupación sobre la imparcialidad del órgano. En la medida en que los Estados designen a los jueces en su totalidad, existe la preocupación que existirá un sesgo a favor de los Estados. Después de todo, de no coincidir con las posturas de los Estados, los jueces en cuestión pueden temer que su trayectoria sea diversa a la deseada. Ello puede o no ser cierto; puede o no ocurrir. Pero lo que es cierto es que, mientras que se obtenga experiencia sobre dicho órgano, la percepción es tal que existirá riesgo. Y el riesgo es un costo, mismo que reducirá el ritmo del progreso que la disciplina propicia.
3. *Saturación, de nuevo*: el volumen de casos en la materia ha crecido. En la medida en que la tendencia continúe, es de predecirse que el resultado será aún otra infraestructura saturada que invite el deseo de acudir de nuevo al arbitraje. Que los proyectos de infraestructura que Estados deseen implementar exijan rutas alternativas. Que los oferentes de capital y tecnología soliciten que las disputas de dicha relación se encausen en forma diversa al tribunal internacional en cuestión, por el sencillo hecho que se desea regresar a los beneficios del arbitraje: especialidad, flexibilidad, velocidad. Esto generaría una ironía. Habiendo optado fuera del arbitraje, regresaremos al arbitraje. Pero ahora con un costo fijo: la comunidad internacional habrá absorbido un costo fijo consistente en el costo del tribunal internacional de inversión, para luego pactar en contra. Ello duplicará costo. Ello regresará al estado actual.

Recientemente se han diseminado nuevas generaciones de tratados de inversión modelo que adoptan modificaciones que supuestamente ‘componen’ los problemas presentes. Para ello, se han estrechado los conceptos jurídicos, y se han establecido restricciones.¹⁶ La duda sin embargo es si no se invitan más problemas. Los conceptos abiertos de los tratados de inversión son conceptos jurídicos internacionales cuya “vaguedad” a los ojos del lego obedece a la historia, problemas y objetivos (en resumen, al Derecho) de la materia. Pero ello no quiere decir que no tengan contenido. Se trata de conceptos jurídicos confeccionados con técnica jurídica de estándar para atender a las realidades de la materia. Me pregunto si las modificaciones que recientemente hemos visto consideran esto. También me pregunto si no van en sentido contrario: la protección es superior a la no-protección. Privilegia conducta gubernamental responsable.

C. Común denominador a las críticas

El problema con todas las críticas citadas es que son ignorantes, incendiarias y destructivas. Son *ignorantes* pues hacen una exposición parcial y a veces incorrecta del

16 Por ejemplo, *double-hatting*: se han propuesto limitantes al actuar en árbitros. Ello tiene un efecto múltiple – pero sobre todo cierra opciones a quienes desean ya sea contar con buenos árbitros y representantes. Lo que es más conspicuo de ello es que el paso es innecesario por sobre-prohibitivo: la exigencia de independencia e imparcialidad es el remedio correcto a la preocupación subyacente.

antecedente técnico de la disciplina. Son *incendiarias* pues están elaboradas de forma que hace hervir la sangre a algunos – particularmente los no-técnicos. (El experto suele no caer en la trampa dado su acervo de conocimiento: observando que lo expresado está mal, simplemente ignora.) Sin embargo, la diatriba estridente puede (suele) atrapar en sus redes al lego. Son *destructivas* pues lejos de mejorar buscan replegar. Las críticas criticables invitan soluciones que, lejos de respetar lo que ha funcionado y refinar lo que requiere mejora, buscan hacer *overhauls* totales.

No está mal cambiar todo cuando todo está mal.¹⁷ Pero lo inverso es igualmente cierto.

El arbitraje es una gran institución jurídica. Permite moldear el órgano y proceso a las necesidades del caso. Y su variante, el arbitraje de inversión, es un instrumento que permite cursar *jurídicamente*, no *políticamente*, una veta de situaciones que han históricamente generado problemas delicados; bélicos inclusive. Gracias al arbitraje se erradica el uso de la fuerza. Erradica también la arrogación de reclamaciones, evitando así que un conflicto de inversión se traduzca en un conflicto entre Estados. Permite que el principal lesionado sea quien gerencie su propio caso. Desarrolla el derecho internacional. Y hay más. Pero sobretodo, es una solución a cierto tipo de problemas cuando en ausencia de él no habría solución. Muchas de las críticas no ofrecen alternativas, sólo erradicar. ¿Es ello deseable? ¿Es un manejo apropiado de una rama que sabemos que propicia problemas?

Es cierto que el arbitraje de inversión no es perfecto.¹⁸ Es cierto que puede invitar abusos. También es cierto que implica costos. Pero dichos (y otros) problemas están autocontenidos: el régimen mismo los atiende. Y el costo de defender un caso debe cotejarse con el contrafactual: ¿acaso los problemas entre los Estados no generan costos?¹⁹

17 Y sí hay cosas que cambiar del arbitraje de inversión. Pero los verdaderos defectos no son abordados por las obras citadas.

18 Lamentablemente, no son sus verdades imperfecciones las que los críticos del género citado utilizan. En *Arbitraje* (Porrúa, 5ª Ed, 2018) abordo las cuestiones que deben ser atendidas, y que adelanto que parte del motivo por el que deben ser atendidas es por conducta incorrecta de todos los actores: inversionistas y Estados.

19 Sobre esta apreciación el contexto mundial arroja un ejemplo útil. Estamos viviendo la guerra comercial más grande de la historia de la humanidad. ¿Acaso se considera que ello no genera costos? La consecuencia que está teniendo al momento de ser redactadas estas líneas es que el iniciador de la guerra comercial (EU) está teniendo que apoyar (“*bail out*”) a la industria de agricultura en un monto de 12 mil millones de dólares como resultado de la lesión que la guerra comercial les ha infligido. Y todo indica que esto continuará creciendo. ¿Tenía que vivirse tal consecuencia? ¿Qué no la historia enseña que las guerras comerciales no solo no convienen a nadie sino que con frecuencia lastiman a quien más dicen proteger? Este es el punto de esta reflexión: si el tomador de decisión no hubiera sucumbido a las tentaciones de las decisiones miopes y cortoplacistas, y sobre todo desinformadas, y hubiera escuchado a los expertos, no tendría que ahora erogar 12 mil millones de dólares para remediar el problema que detonó – y que promete acentuarse.

3. CRÍTICA CONSTRUCTIVA: NECESITAMOS SER MEJORES CRÍTICOS POR EL BIEN DE TODOS

Vivimos tiempos extraordinarios, pero frágiles. La bonanza presente es el resultado de poco más de medio siglo de esfuerzos bien dirigidos, un tiempo semejante al que Florentino Ariza esperó a Fermina Daza (53 años), que han arrojado resultados positivos, pero que son fáciles de dar por sentado. El problema con ello es doble. Si no hacemos una prognosis inteligente que encause correctamente el deseo del cambio que se observa en muchas partes del mundo, es muy probable que la voluntad de cambio tenga por efecto erradicar lo positivo y deje incólumes las cuestiones que necesitan mejorar. Ello sería especialmente grave pues las soluciones a los problemas que vivimos requieren ser inteligentes, suelen ser complejas, y con frecuencias implican cooperación; y ello requiere formas inteligentes de encausar y resolver controversias – como el arbitraje. En la medida en que lo compliquemos, nos estaremos cerrando puertas. Estaremos yendo en camino opuesto del progreso.

A. Cólera en tiempos felices

Vivimos en tiempos extraordinarios. Ello sin embargo pasa desapercibido a muchos. Los motivos de ambas apreciaciones son objeto de análisis profundo. Dados los propósitos de esta reflexión me ciño a compartir un solo comentario sobre ello.

De la enorme cantidad de información que existe sobre esto, probablemente la obra que mejor lo describa es *Progress* de Johan Norberg.²⁰ Dicho autor explica, en términos técnicos acertados, pero en forma resumida y fácil de entender, una idea importante:²¹

“We are witnessing the greatest improvement in global living standards ever to take place.”

Utiliza los siguientes indicadores para fundamentar tal aseveración: alimentación, sanidad, expectativas de vida, pobreza, violencia, medio ambiente, educación, libertad e igualdad. Al hacerlo, realiza un análisis profundo, inteligente, técnicamente correcto, y rico en información. Dicho resultado es producto de décadas de políticas económicas sensatas. No perfectas, pero bien encaminadas. En mi opinión, el origen de la voluntad mundial para seguir el camino que propicia progreso es doble. Primero, el crecimiento en el conocimiento. Segundo, el dolor de las experiencias del (sanguinario) siglo XX.

Ello no quiere decir que las cosas sean perfectas, sin embargo. El mundo que hemos creado dista de utopía. Los motivos son muchos y no son objeto de esta reflexión. Lo

20 Johan Norberg, *Progress. Ten Reasons to look forward to the Future*, Oneworld Publications, London, 2017.

21 Id. p. 3.

que interesa destacar es que hemos tenido aciertos y desaciertos. Lo que corresponde hacer es continuar por el camino correcto y mejorar aún más el mundo en que vivimos.

Aceptémoslo, las cosas están bastante bien. Es cierto que hay pasos que es necesario tomar para mejorar. Y no son pocos. Pero los pasos que actualmente empiezan a asomarse en diversas partes del mundo parecen, en términos generales, carentes de una reflexión profunda tanto del problema que buscan afrontar, como de los antecedentes de la disciplina respectiva.

Un caso particular de la apreciación es el sistema del arbitraje de inversión. En términos generales funciona. Y muy bien. Es cierto que hay instancias de fracaso y cosas que mejorar. Sin embargo, dicha prognosis no tiene como solución erradicarlo, sino mejorarlo.

La disciplina del derecho internacional de inversión lleva (literalmente) cientos de años probando ser problemática. Como resultado, no se observa una (verdadera) voluntad para dar los pasos ideales—tanto sustantiva como adjetivamente. Ante ello, la figura del tratado de inversión es fruto del mundo distópico en el que vivimos. Imperfecta pero la mejor opción de entre las alternativas disponibles. En esencia, es una institución jurídica que permite encausar *jurídicamente* problemas *políticos*. Su contrafactual es presión política, intervencionismo—a veces guerra. Mientras tanto, actividad económica deseable no ocurre. Y quien más paga la cuenta lo son las sociedades que más necesitan la inversión (pues *ex hypothesi* los países desarrollados recibirán inversión). Ello empata con las ideas de Norberg en *Progress* en que:

The Rule of law and higher degree of economic freedom resulted in a climate of innovation.²²

Los tratados de inversión son aliados del proceso en que dan seguridad a una inversión proveyendo un recurso legal internacional disociado de los procesos políticos. Ello—el análisis económico enseña—incentiva actividad económica y progreso.

B. Los retos que enfrentamos

La solución a los problemas más importantes que nos acechan exige pericia, cooperación e institucionalismo. Simplemente no podemos combatir los grandes problemas que asedian a la humanidad si no lo hacemos todos juntos, y en serio. Con vocación institucional. No solo porque las soluciones nos involucren a todos, por que habitamos el mismo planeta, y porque las consecuencias recaen sobre todos, sino porque hay un papel *de todos* en dichos problemas. Un papel *para todos* en la solución a dichos problemas.

22 Id. p. 216.

Del universo de soluciones a adoptar deben privilegiarse aquellas que generan esquemas ganar-ganar. Simplemente añadir costo no es una opción. Ello tiene límites. Ello genera otros problemas. Las soluciones tienen que ser inteligentes. Tienen que ser tales que consideren y encausen las fuerzas sociales hacia el objetivo deseado.

Piénsese por ejemplo en una necesidad social que se satisfaga con una presa. Sin embargo, no hay presupuesto para la presa – un problema recurrente. En vez de detener o de realizar la actividad *motu proprio*, el Estado puede optar por financiar, usando capital y tecnología de terceros,²³ dándole un espacio a la iniciativa privada que les permita apropiarse de una utilidad realizando la actividad en la que se especialicen. El papel del Estado puede enfocarse en regulador. El vigilante que el fin social se cumple de la manera correcta.²⁴ Y ser asertivo en tal labor. Pero gracias al binomio del esquema pactado, el Estado puede concentrarse en hacer lo que hace mejor: gobernar. Y dejar para otros el aspecto administrativo, financiero y técnico—que es en lo que destacan.

Una metáfora puede ser de utilidad. El motor de un automóvil es en esencia un sistema que encausa fuerzas diversas hacia el fin deseado. Es gracias al pistón y el árbol de levas del que forma parte que se captura la fuerza de la explosión de la gasolina o gas natural. Algo semejante debe implementarse con los problemas sociales. *Las soluciones a los problemas sociales que implementemos deben darle un papel a las diversas fuerzas sociales de tal manera que se complementen.* Que capturen, capitalicen y encausen la fuerza social en cuestión, en vez de ofrecer resistencia a ella. Así, se canalizará tal fuerza social en el sentido deseado. Contrástese ello con la solución: “el gobierno paga”. Es cierto, ello es una opción; y no es *per se* incorrecta. Sin embargo, el gobierno tiene límites, tanto humanos, como presupuestales como organizacionales. Por ende, para un universo de problemas, descansar en el mercado es una opción digna de consideración.

Para que funcione, el mercado requiere reglas. Y para que estas sirvan, requieren de quien las aplique. Ello incluye resolver problemas. Ello es el papel del arbitraje de inversión.²⁵

El sistema de mercado detona una gran fuerza social. En su esencia significa escenarios ganar-ganar. Usar las fuerzas sociales en aras de remediar problemas sociales. Es sin embargo imperfecto – recuérdese, *no existen las panaceas!* Pero ello no quiere decir que no deba usarse. Debe usarse apropiadamente.

23 Por ejemplo, mediante una asociación público-privada.

24 Ello incluye evitar propiciar monopolios o que, siendo inevitable, no se establezcan precios exagerados.

25 Lejos de complicar o erradicar el arbitraje de inversión, lo que debería estar ocurriendo es buscar cómo ampliar la utilización de más instancias del abanico de mecanismos alternativos de solución de controversias. No todos los problemas tenían que canalizarse mediante arbitraje. La utilización de la mediación, el peritaje y los dispute boards debe ser fomentada, so pena de manejar subóptimamente los problemas derivados del comercio internacional de capital.

C. Cooperación y depuración

Entendido que los retos que enfrentamos pueden ser inteligentemente resueltos haciendo un uso bien-pensado del mercado, la implementación de tal lección requiere no solo cooperación sino depuración: *depurar* para mejorar nuestras instituciones en base a las (correctas) lecciones que hemos aprendido. Y para ello debemos escuchar a los expertos.

Para fomentar el progreso, el análisis económico del derecho enseña que deben seguirse ciertas pautas:

1. Reglas claras, enérgicamente aplicadas;
2. Respetar los contratos y los derechos de propiedad; y
3. Intervención estatal esbelta, bien pensada y dirigida. Tal, que tome en cuenta siempre el contrafactual, y ocurra sólo cuando hacerlo es menos costoso que la opción.

La lección aplica a todas las áreas del Derecho. Cuando no se hace cumplir un trato por ejemplo, se lastima al que se dice proteger. La ironía es sorprendente, pero cierta. El juez (incluyendo árbitro) cumple una labor social importante, misma que desdice cuando desvaría. *Un juzgador resta valor cuando no aplica el trato al que llegaron las partes*. Los motivos pueden ser conmovedores, pero no por ello el postulado deja de ser cierto.

D. El arbitraje puede (y debe) sobrevivir los tiempos de cólera

Vivimos en tiempos de cólera. Vivimos en épocas de bienestar. El que ambas apreciaciones coexistan es interesante, pero sobretodo *preocupante*. Dada la mejoría demográfica, mas no informática, el cambio está siendo dirigido a los amigos del progreso en vez de las verdaderas causas de la cólera. *En vez de cambiar lo que debe cambiar, estamos cambiando lo que ha funcionado*. Ello es culpa de la clase educada, que no ha sabido diseminar correctamente las lecciones que la tecnocracia arroja. Ello debe ser remediado – y cuanto antes. Y mientras ocurre, la clase preparada y tecnócrata debe (sin manipular) encontrar formas de dirigir correctamente el clamor por el cambio. De lo contrario, ocurrirá un retroceso que exija repetir lecciones que la historia nos ha enseñado.²⁶ Como resultado, el mundo que le daremos a la siguiente generación será de menor calidad que el mundo que nosotros vivimos. Y la siguiente generación tendrá que componer el desgarrate causado.

26 De hecho, ya está ocurriendo. Las lecciones que arroja Brexit ya son palpables. Los costos de la guerra comercial ya empiezan a sentirse. El común denominador de ambos es que son producto de la cólera, y que no tenía que ocurrir: la historia ya nos había dado esta lección.

Norberg concluye su obra con una reflexión a la que deseo dar eco:²⁷

Even though wealth and human lives can be destroyed, knowledge rarely disappears. It keeps on growing. Therefore, any kind of backlash is unlikely to ruin human progress entirely. But progress is not automatic. All the progress that has been recorded in this book is the result of hard-working people, scientists innovators and entrepreneurs with strange, new ideas, and brave individuals who fought for their freedom to do new things in new ways. If progress is to continue, you and I will have to carry the torch.

Aceptemos el llamado de Norberg. Llevemos la antorcha del progreso. No sucumbamos a la cólera. Encausémosla a los frentes correctos. Mucho depende de ello.

4. COMENTARIO FINAL

Gabriel García Márquez advertía:²⁸ “*La sabiduría nos llega cuando ya no sirve de nada*”. No permitamos que ello nos ocurra. Estamos viviendo un punto de inflexión entre dos *statu quo*: uno que llevaba varias décadas existiendo, y uno nuevo que estamos en vías de crear. Si no actuamos ahora, tomando nota de lo aquí-descrito, la cólera provocará que, para que vuelvan a florecer las instituciones internacionales que son responsables de nuestro actual bienestar y prosperidad, sea necesario que tome el mismo tiempo que el que Florentino Ariza esperó para amar a Fermina Daza: 53 años, 7 meses y 11 días.

FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

Norberg, Johan, *Progress. Ten Reasons to look forward to the Future*, Oneworld Publications, London, 2017.

González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, 5ª ed., 2018.

Stiglitz, Joseph E., *Globalization and its Discontents*, Norton & Company, London/New York, 2003.

— *Rewriting the Rules of the American Economy, An Agenda for Growth and shared Prosperity*, Roosevelt Institute, W.W.Norton & Company, New York/London, 2016.

— *Making Globalization Work* (Norton & Company, London/New York, 2007.

Sweetland Edwards, Haley, *Shadow Courts. The Tribunals that Rule Global Trade*, Columbia Global Reports, United States, 2016.

27 Norberg, *Progress*, ob. cit., p. 218.

28 *El amor en los tiempos del cólera*, Editorial Planeta Mexicana, Diana, 2015, p. 37.



OBLIGACIÓN DE DAR COSA CIERTA SIN DESIGNAR LA CALIDAD DE LA MISMA. EL PENSAMIENTO DE JAVOLENO (JURISTA SABINIANO Y MAESTRO DE JULIANO)

Por YURI GONZÁLEZ ROLDÁN¹

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL TEXTO DE JAVOLENO. 3. LA POSICIÓN DE PAULO Y LOS PROBABLES CONTRASTES CON NERACIO. 4. LA REFERENCIA DE JAVOLENO A LA CONDUCTIO.

1. INTRODUCCIÓN

En el artículo 2016 del Código Civil del Distrito Federal (Ciudad de México) se menciona que en la obligación de dar cosa cierta, si no se designa la calidad de la misma, el deudor cumple entregando una de mediana calidad (*res mediae aestimationis*) como en gran parte de las legislaciones de tradición romanística²; sin embargo, tal criterio parecería encontrar fundamento en el derecho justiniano³ y no en el clásico ya que el jurista Javoleno Prisco (*C. Octavius Tadius Tossianus Iavolenus Priscus*), maestro de Juliano, optó por una idea diferente: conceder al deudor la facultad de entregar la cosa de menor calidad. La finalidad de esta investigación consiste en determinar los problemas que pudieron haber causado tal tesis y la probable discrepancia con los autores de la escuela proculeyana, específicamente el caso de Neracio.

1 Universidad degli Studi di Bari 'Aldo Moro

2 Por ejemplo, en el C.C. francés art. 1246 se establece 'Cuando la deuda tenga por objeto una cosa determinada solo por su clase, el deudor no estará obligado para liberarse, a darla de la mejor clase, pero tampoco podrá ofrecerla de la peor'. BGB § 243 'El que debe entregar una cosa específica solo en el género, tiene que dar algo de buena y mediana calidad'. C.C. italiano art. 1178: 'Cuando la obligación tiene por objeto la prestación de cosa determinada únicamente respecto al género, el deudor debe entregar cosas de calidad no inferior a la media. C.C. español art. 1167: 'Si la calidad y circunstancias no se han expresado, el acreedor no podrá exigir una cosa de calidad superior, ni el deudor entregarla de calidad inferior'.

3 En una constitución en materia de legados del 531 d. C. en C. 6.43.3.1b: *...ipsi legatario videri esse datam electionem, ita tamen, ut non optimum ex servis vel aliis rebus quicquam eligat, sed mediae aestimationis...* (resulta la elección hecha al mismo legatario en modo que este pueda decidir de obtener no el esclavo mejor o la mejor cosa, sino el esclavo o aquella cosa de valor medio).

2. EL TEXTO DE JAVOLENO

El texto motivo de análisis se encuentra en el libro primero *epistularum* de Javoleno en D. 17.1.52, donde se trata de un problema relacionado al pago de la deuda por parte del fiador:

Fideiussorem ⁴ *si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit, quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo: a reo autem non aliud triticum repetere poterit, quam quo pessimo tritico liberare se a stipulatore licuit. itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fideiussori dare et fideiussor id quod dederit, id est melius triticum condicet, exceptione eum doli mali summoveri existimo.*

Considero que si el fiador mediante *sponsio* garantizó trigo sin especificar la calidad, el puede liberar al deudor dando trigo de cualquier tipo. No podrá, sin embargo, exigir del deudor trigo diferente al que entregó (siendo este de pésima calidad con el cual se liberó del estipulante en la *fideiussio*). Y así, si el deudor se encontrara listo para dar al fiador aquello con lo que, dándolo al acreedor, pudo el mismo quedar libre, y el fiador reclamara mediante la *condictio* lo que hubiere dado, esto es, trigo de mejor calidad, pienso que es repelido con la *exceptio doli*.

El fiador mediante una *sponsio* asume la obligación de dar trigo al acreedor sin especificar la calidad del cereal. La cuestión motivo de análisis consiste en determinar si el mismo *sponsor* podría liberar el deudor de la obligación principal entregando cualquier tipo de trigo⁵. El jurista responde en modo afirmativo (*quodlibet triticum dando reum liberare posse existimo*), pero que en tal caso no sería posible pretender trigo (*triticum*) de calidad superior (*robustus* o *siligo*⁶) a la que fue entregada anterior-

4 Lenel, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, cit, 285, considera que el término usado por Javoleno fue *sponsorem* y no *fideiussorem*, tal criterio podría ser correcto ya que en el texto se usa el verbo *spondere*. Aceptan tal interpolación E. Levy, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Berlin, 1907, 3 n.3 y en *Weströmisches Vulgarrecht das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, 196; S. Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli, 1935, 87; E. Albertario, *La qualità della specie nelle obbligazioni generiche in Studi di diritto romano. Obbligazioni*, 3, Milano, 378 e B. Eckardt, *Javoleni Epistulae*, Berlin, 1978, 61. Una tesis diferente fue propuesta por B. Biondi, *Sponsio e Stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie dell'obbligazione*, en *BIDR*, 65, 1962, 128, el cual piensa que ya en edad clásica la *fideiussio* incorporó la *sponsio* y la *fidepromissio*.

5 Debemos tomar en consideración que el deudor puede entregar trigo de cualquier tipo (puró, *tritium*, *frumentum*) pero no otro tipo de cereal como por ejemplo el farro (*adonum* o *far vinnuculum*), cebada (*hordeum*), centeno (*secale*), mijo (*milium*) o avena (*avena*), aunque estos cereales fueran de calidad superior a la del trigo de mala calidad.

6 Plinio, *Nat. hist.* 18.20: *...Siliginem proprie dixerim tritici delicias candore sive virtute sive pondere...E siligine lautissimus panis pistrinarumque opera laudatissima...* (Podría decir que la 'siligine' es la mejor calidad de trigo en razón de su blancura, bondad y peso... de la 'siligine' se obtiene un magnífico pan y son famosos los productos hechos con su masa). Juvenal, *Satirae* 5.70: *Sed tener et niveus, mollique siligine factus Servatur domino* (Pero de 'siligine' trigo tierno y blanco corresponde al señor). También Columella, *De re rustica* 2.6. considera de mayor calidad el *robustus*, porque su peso es superior

mente; así, si el fiador dió trigo pálido cuyo interior era blanco al acreedor, no podría pretender del deudor principal que le entregue trigo rojo de excelente calidad porque su precio de mercado sería superior⁷; así, si el deudor se encontrara listo para restituir

a la siligine; además, el autor recuerda un tercer tipo de trigo llamado el 'trigo trimestral': ...*Tritici genera conplura cognovimus, verum ex iis maxime serendum est, quod robus dicitur, quoniam et pondere et nitore praestat. Secunda conditio est habenda siliginis, cuius species in pane praecipua pondere deficitur. Tertium erit trimenstre...* (Conocemos trigo de diferentes calidades, se debe de preferir por sus semillas el trigo que llamamos 'robus' ya que supera los otros tipos por su peso y blancura, después sigue la 'siligine' que es más ligero y en tercer lugar el trigo 'trimestal'...). Con el *siligo* se produce el pan más nutritivo según opinión de Galeno en su obra sobre la propiedad de la comida 1.2. Sobre este aspecto ver E. Battaglia, "Artos." *Il lessico della panificazione nei papiri greci*, Milano, 1989, 1 ss.

- 7 Columella, *De re rustica*, 2.9.10-13: ...*Granum autem rutilum si, cum est diffusum, eundem colorem interiorem habet, integrum esse non dubitamus; quod extrinsecus albidum, intus etiam candidum conspicitur, leve ac vanum intellegi debet. Nec nos tamquam optabilis agricolis fallat siligo, nam hoc tritici vitium est et, quamvis candore praestet, pondere tamen vincitur.* (El trigo rojo se rompe en dos mostrando en su interior el mismo color. Este es considerado bueno sin lugar a dudas mientras que el trigo que es blanco y en su interior pálido es considerado ligero y de baja calidad pero no debe confundirse este último con la 'siligine' que tiene propiedades valoradas por el agricultor. Tal trigo no es de baja calidad si bien su color es más blanco y su peso resulta más ligero). El problema se presenta en el caso en que el trigo entregado por el fiador fuera de origen diferente al que el deudor quisiera restituir porque, si bien el trigo puede cambiar en su aspecto físico y también en su sabor, determinar que un *triticum* de Tracia tenga la misma calidad que el siciliano o del trigo cosechado en Egipto parece una empresa árdua. Sobre este punto, el mismo Plinio, *Nat. hist.* 18.12, destaca el problema: *Tritici genera plura, quae fecere gentes. Italico nullum equidem comparaverim candore ac pondere, quo maxime discernitur. Montanis modo comparetur Italiae agris externum, in quo principatum tenuit Boeotia, dein Sicilia, mox Africa. Tertium pondus erat Thracio, Syrio, deinde et Aegypto, athletarum tum decreto, quorum capacitas iumentis similis quem diximus ordinem fecerat. Graecia et Ponticum laudavit, quod in Italiam non pervenit. Ex omni autem genere grani praetulit draconian et strangian et Selinusium argumento crassissimi calami...* (Existen diferentes tipos de trigo producidos por las diferentes poblaciones. Por mi parte no me atrevería a compara ningún otro tipo al que se produce en Italia por su blancura y su peso, calidad por la que se distingue. Solo al trigo de la península italiana producido en zonas montañosas se puede comparar al extranjero. El de mayor calidad se produce en la Boecia, después el de la Sicilia y por último el trigo producido en África. El tercer lugar respecto al peso es el trigo de Tracia, de Siria y así sucesivamente también el egipcio. Tal elenco fue efectuado por los atletas, cuya capacidad de alimentación es igual al de los toros. La Grecia elogia también el trigo del Ponto pero tal no se conoce en Italia. De todas las especies de trigo puede destacarse la 'draconiana', la 'strangia' y el trigo de 'Selinunte' porque la planta tiene rama gruesa). Columella, *De re rustica*, 2.6 después de citar el *robus*, la siligine y el trigo trimestral afirma: ...*Reliquae tritici species, nisi si quos multiplex varietas frugum et inanis delectat gloria, supervacuae sunt...* (Enumerar todos los otros tipos de trigo resulta no necesario a menos que uno no tenga interés de citarlos todos para obter una gloria de bajo nivel). También S. Alessandri, *Un registro di beni confiscati P. Pher. (P. Vindob. Inv. G 257 + 24568 + 29781, Bari, 2015, 25 n.8*, respecto al trigo que debe ser pagado como impuesto al fisco menciona "È difficile, tuttavia, credere che l'amministrazione fiscale richiedesse una particolare qualità di grano per il pagamento di canoni o di imposte...". Sobre los diferentes tipos de trigo ver N. Jasny, *The Wheats of classical Antiquity*, Baltimore, 1944, 57 ss e A. Dalby, *Food in the ancient World from A to Z*, London-New York, 2003, 348 ss. Respecto al precio debemos considerar los aspectos citados por Paulo, *libro secundo ad legem Iuliam et Papiam* en D. 35.2.63.2 que si bien, se refieren al aceite de oliva, se podrían aplicar también al trigo: *Nonnullam tamen pretio varietatem loca temporaque adferunt: nec enim tantidem Romae et in Hispania oleum aestimabitur nec continuis sterilitatibus tantidem, quanti secundis fructibus, dum hic quoque non ex momentis temporum nec ex ea quae raro accidat caritate pretia constituentur* (Los lugares y los tiempos producen sin embargo alguna variedad en el precio, porque no se considerará del

al fiador el trigo de la misma calidad entregada al acreedor y no obstante el fiador pretendiera demandar en juicio con la *condictio*, el deudor, mediante la *exceptio doli*, podría defenderse en el proceso.

Resulta evidente que para Javoleno, en una obligación genérica en donde no fuera especificada la calidad, el deudor tendría la facultad de determinar la categoría y el valor del objeto y, en este modo, podría liberarse de la propia obligación entregando la cosa de menor valor al acreedor⁸. Sin meter en duda la autoridad jurídica de Javoleno, parece que el jurista sabiniano no tenía un conocimiento profundo de la terminología usada en materia agraria ya que los términos '*pessimo tritico... melius triticum*' no encuentran confirmación en las obras de Catón, *De Agri cultura*, de Varrón, *De re rustica*, de Columella, *De re rustica*, o de Plinio, *Naturalis Historia*, autores que usan palabras técnicas para identificar el trigo de mejor calidad (*granum rutilum* o bien el *siligo*), en confrontación al trigo de peor calidad (blancastro y pálido en su interior); por ejemplo, en Columella, 2.9.10-13: *...Granum autem rutilum si, cum est diffisum, eundem colorem interiorem habet, integrum esse non dubitamus; quod extrinsecus albidum, intus etiam candidum conspicitur, leve ac vanum intellegi debet* (Además existe el trigo rojo que cuando se parte en dos muestra el mismo color en su interior, no tenemos dudas que este sea de buena calidad, por el contrario, el trigo ligero y sin consistencia es de baja calidad). Un experto en agricultura habría usado palabras precisas y menos generales; probablemente Javoleno ignoraba el nombre que identificaba el *triticum* de mejor calidad o simplemente quería utilizar un criterio más adecuado, a su parecer, para esta problemática, sin que hubiera afrontado efectivamente una solución a una *quaestio* solicitada por un privado en la vida real⁹; un responso que hubiera encontrado efectivamente una solución a un problema práctico habría especificado el tipo de trigo en cuestión o su origen; por ejemplo: entregué trigo de la península italiana al acreedor y el deudor principal pretende de restituirme trigo de Tracia ¿Es factible este hecho? ¿El trigo de Selinunte que tiene la semilla muy gruesa podría ser solicitado por el fiador si entregó speudias (variedad de trigo cultivado en Grecia) muy ligero y de poca consistencia? (Plinio *Nat. hist.* 18.12: *...Ex omni autem genere grani praetulit dracontian et strangian et Selinusium argumento crassissimi calami...Levissimum et maxime inane speudian, tenuissimi calami...*).

mismo valor el aceite en Roma y en España, ni del mismo precio con continuos años estériles que con frutos abundantes, con tal que tampoco en estos casos se establezcan los precios por circunstancias momentáneas de los tiempos, ni por carestía que rara vez sucede). Además sobre el precio del trigo en Roma ver R. Duncan-Jones, *The Economy of the roman Empire*, Cambridge, 1974, 345 ss.

8 Como correctamente hacen notar S. Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, 1, Napoli, 1935, 86 ss, y E. Albertario, *La qualità delle specie nelle obbligazioni generiche* en *Studi di Diritto Romano*, 3, Milano, 1936, 375 ss.

9 También Eckardt, *Javoleni Epistulae*, cit., 61 ss., incluye el pasaje entre los textos que carecer de la forma del responso.

3. LA POSICIÓN DE PAULO Y LOS PROBABLES CONTRASTES CON NERACIO

La tesis de Javoleno fue aceptada por Paulo, *libro cuarto ad Sabinum* en D. 33.6.4, en materia de legados en donde, en el cumplimiento de la disposición, excluye aspectos del producto agrícola que habrían podido ser tomados en cuenta:

Cum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quaeri, cuius generis oleo uti solitus fuerit testator aut cuius generis oleum istius regionis homines in usu habeant: et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis oleum legatario solvere.

Cuando se deja en legado una cierta cantidad de aceite sin haberse añadido la calidad, no se suele investigar de que clase de aceite haya usado normalmente el testador o de que clase usen el aceite los hombres de aquella región y por lo tanto, el heredero tiene plena libertad para darle al legatario el aceite de la clase que quiera.

El testador concede en un legado una cantidad de aceite sin especificar la calidad, en tal caso, según Paulo, el heredero podía entregar aceite de cualquier tipo, como pensaba Javoleno respecto al trigo. El aspecto que presenta particular interés es que el jurista severiano excluye elementos que, en su opinión, no tenían importancia: el tipo de aceite usado por el testador o por los habitantes de la región. Como el pasaje de Paulo es un comentario a la obra de Sabino, probablemente la tesis pertenecía al mismo maestro de la escuela sabiniana y, como el jurista severiano excluye elementos que podían considerarse en la evaluación de la calidad del aceite que se tenía que entregar, se puede pensar que este criterio alternativo pertenezca a otro autor que no aceptaba la postura sabiniana. El jurista proculeyano del que Paulo no aceptaba su pensamiento probablemente era Neracio, autor de gran autoridad, no solo bajo el aspecto jurídico, sino también por sus altos conocimientos de economía agraria como hicimos notar en otra sede¹⁰. Nuestra propuesta no resulta temeraria si tomamos en consideración que Neracio, en la determinación de una prestación, consideraba necesario examinar diferentes elementos como la posición social (*dignitas*), las posibilidades económicas (*facultates*), la costumbre (*consuetudo*) y la ocupación (*artificium*) de la persona que debía recibirla¹¹. Este criterio podía ser aplicado por el jurista también a la materia de legados; así, si una persona de alto prestigio social hubiera sido honorada con un legado de vino o de aceite por un amigo latifundista del Sanio, consideramos difícil pensar que Neracio habría aprobado la tesis sabiniana por la que el heredero, entregando la

10 Debemos recordar que Neracio no era únicamente un famoso jurista sino además un experto en economía agraria como tratamos de demostrar en otra investigación, Y. González Roldán, *Il legato dell'instrumentum nel pensiero di Nerazio*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 4, 2014, 135 ss.

11 Como habría sucedido en relación a las obras que el patrón habría podido obtener de su liberto como se recuerda en su libro primero *responsorum* en D. 38.1.50: *Operarum editionem pendere ex existimatione edentis: nam dignitati facultatibus, consuetudini, artificio eius convenientes edendas*. (La prestación de los servicios depende de la estimación del que los presta, porque se han de prestar los convenientes a su dignidad, a sus facultades, a su costumbre y a su oficio).

cosa de menor calidad habría podido liberarse de su obligación, ignorando el tipo de aceite o de vino usado por el testador o por los habitantes del lugar. Aplicando una *deductio ad absurdum*, el heredero, inclusive entregando un vino no adaptado al consumo como el ‘Mesogite’ producido entre Lidia y Caria que producía mal de cabeza¹² o *ricinus*, aceite no producido por los olivos sino de árboles egipcios que daban a los alimentos un sabor nauseabundo¹³, habría cumplido el legado según la tesis sabiniana. Próculo y Neracio consideraban importante la voluntad del testador en la determinación de la prestación que el heredero debía cumplir a favor del legatario¹⁴ y evidentemente, según este criterio, también el vino y el aceite debían haber sido producidos en el fundo del testador o del heredero.

En un texto de Pomponio, *libro quarto (quinto?) ad Sabinum* en D. 30.13, se recuerda la posición neraciana respecto a un legado obligatorio genérico, en donde parece que, si el heredero decidía de entregar un esclavo perteneciente a la herencia, el legatario podía expresar su propio parecer respecto a tal decisión: *Cum incertus homo legatus tibi esset, heres Stichum servo tuo tradidit. Neratius respondit, si voluntate domini tradidit vel ratum hoc dominus habuerit, perinde eum liberatum, atque si Stichus legatus esset* (Dejándose en legado un esclavo sin que fuera identificado de preciso, el heredero entregó Estico a tu esclavo, Neracio respondió que si lo entregó con voluntad de su propietario, o si el propietario hubiera ratificado esto, él se encuentra liberado de la obligación como si hubiera sido legado Estico). En nuestra opinión el criterio neraciano indicado en D. 30.13 se aplicaba por el jurista también cuando el deudor quería entregar la cosa de menor valor o calidad; sin embargo, esta tesis parece no ser aceptada por Pomponio, ya que en su libro sexto de su comentario a Sabino en D. 30.45.1, afirma que, si el testador hubiera dispuesto un legado *per damnationem* de un esclavo en modo genérico, el heredero no debía garantizar que el esclavo entregado se encontrara en perfecto estado de salud:

Heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debet, quia ita dare debet, ut eum habere liceat: sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet: sed ob id, quod furtum fecit servus aut noxam nocuit, evenit, quo minus eam habere domino liceat, sicuti ob id, quod obligatus est fundus, accidere possit, ut eum habere domino non liceat.

12 Plinio, *Nat. Hist.* 14.9...*Nam Mesogiten capitis dolores facere compertum est...* (Se encuentra comprobado que el vino ‘Mesogite’ causa mal de cabeza).

13 Plinio, *Nat. Hist.* 15.7...*Proximum fit e cici, arbore in Aegypto copiosa...Coquitur id in aqua, innatansque oleum tollitur...cibis foedum* (Después viene el aceite de higuera, árbol frecuente en Egipto...se cocc en agua la semilla y se recoge el aceite que nada en el agua. Tal aceite proporciona a la comida un gusto nauseabundo).

14 Por ejemplo en el caso del legado de objetos de ‘electro’ (metal constituido de oro y plata), si hubieran existido dudas respecto a las cosas que habría debido entregar el heredero, Neracio acepta la tesis de Próculo de considerar la voluntad del testador en D. 34.2.32.5: *...quod si in obscuro sit, inspiciendum est, in utro numero ea vasa is, qui testamentum fecit, habuerit* (Pero si no fuera claro, se ha de ver a cual de los dos tipos de material de estos recipientes se haya referido el que hizo el testamento).

El heredero obligado por un legado de entregar un esclavo cualquiera, no debe prometer mediante estipulación que este se encuentre sano, sino simplemente deberá prometer que no hubiera cometido algún hurto o algún otro delito por el cual existiera una responsabilidad noxal, porque debe ser entregado en modo que sea posible tenerlo consigo mismo. La salud del esclavo no tiene nada que ver con la propiedad del mismo pero ciertamente, del hecho que el esclavo haya cometido un hurto u otro delito, no permite que su propietario lo pueda tener consigo mismo como podría suceder también en el caso del fundo que garantiza una deuda, ya que en tal caso el propietario no podría gozar de la cosa.

No es una casualidad que esta posición se encuentre en su comentario a Sabino ya que tal tesis según nuestra opinión, habría sido afirmada por el mismo Sabino como había sucedido también en D. 33.6.4. El heredero obligado a entregar un esclavo por motivo de un legado *per damnationem*, sin que hubiera sido establecido por el testador el nombre o la actividad que desarrollaba el mismo (*generaliter*), no se encontraba obligado a prometer mediante una *stipulatio* que el hombre se encontrara en perfecto estado de salud (*sanus*); contrariamente el *heres* debía garantizar que el esclavo no hubiera cometido hurto, evitando en este modo una responsabilidad noxal del legatario. Puesto que el heredero no debía garantizar que el esclavo se encontraba sano, por tal motivo, probablemente Neracio solicitaba en D. 30.13, que el legatario pudiera expresar el propio parecer respecto a la decisión del heredero; así, si el legatario escogía un *servus* que parecía estar en buena salud y contrariamente estaba enfermo, el heredero no habría tenido ninguna responsabilidad respecto al legatario. El presente criterio fue aplicado también por Pomponio en el libro noveno de sus epístolas en D. 30.46, respecto a la promesa verbal: *Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dari promiserit* (las mismas cosas dichas respecto al legado, se podrán extender a aquel que haya prometido mediante estipulación de dar Estico o un esclavo cualquiera).

La situación se complica si el heredero sabía que el esclavo entregado al legatario o al *stipulans* no sólo se encontraba enfermo sino en fin de vida. Si fuera factible bajo la perspectiva sabiniana entregar un esclavo moribundo, la aplicación de tal tesis causaría algunas perplejidades ya que, según la visión neraciana, el testador difícilmente habría querido que el legatario pudiera obtener un esclavo del que no pudiera obtener ninguna ventaja económica¹⁵. Además, debemos recordar que para Neracio probablemente la opción del esclavo que debería ser entregado habría requerido del parecer del honorado, como parece ser indicado en D. 30.13. Si para los sabinianos era posible entregar un esclavo enfermo o en fin de vida, debemos suponer que también

15 Por ejemplo, en el caso de un error de redacción de un testamento Neracio, en lugar de considerar la disposición ineficaz, propone de eliminar la palabra errada, como recuerda Ulpiano, *libro quinto ad Sabinum* en D. 28.5.9.14. No creemos que Neracio hubiera estado de acuerdo que el heredero pudiera entregar al legatario un esclavo moribundo, porque ni siquiera, en este caso la voluntad del testador habría sido respetada ya que el legatario no habría obtenido alguna ventaja económica.

Javoleno, cuando considera en D. 17.1.52, que el deudor podía liberarse de su obligación dando trigo de cualquier tipo, habría podido entregar inclusive trigo dañado¹⁶. Parece difícil considerar que la tesis sabiniana hubiera llegado a tal punto porque Pomponio declara en D. 30.45.1, que la finalidad de entregar el esclavo era que el acreedor lo pudiera obtener en modo efectivo (*ut eum habere liceat*) y si bien el deudor no se encontraba obligado a garantizar que era sano (*sanitas autem servi ad proprietatem eius nihil pertinet*), deberíamos excluir la eventualidad que el acreedor tuviera la facultad de entregar un *servus* en fin de vida, porque el *dominus* no podía obtener una ventaja económica como habría sucedido en el caso del esclavo por el cual su propietario fuera responsable por causa de noxalidad.

De todos estos datos se puede deducir que el pensamiento de Javoleno había prevalecido en edad severiana, por lo cual el deudor habría tenido la facultad de entregar trigo de la peor calidad posible sin que conozcamos la razón por la que no fuera aceptada una tesis diferente¹⁷; probablemente con este criterio se evitaban controversias inútiles del acreedor respecto a la calidad del trigo, porque además del *robus*, siligine o trigo trimestral, establecer entre estos tipos de *triticum* cual tenía una mayor calidad parece imposible como ya había hecho notar Columella *De re rustica* 2.6: *...Reliquae tritici species, nisi si quos multiplex varietas frugum et inanis delectat gloria, supervacuae sunt...* (Enumerar todos los otros tipos de trigo resulta no necesario a menos que uno no tenga interés de citarlos todos para obtener una gloria de bajo nivel).

16 Trigo dañado por el gusano que se alimenta de este cereal (*curculio*) o por los ratones. Sobre este aspecto Catón, *De Agricultura* CI. 98: *Frumento ne curculio noceat. Frumento ne noceat curculio neu mures tangant, lutum de amurca facito, palearum paulum addito, sinito macerescant bene et subigito bene. Eo granarium totum oblitito crasso luto; postea conspargito amurca omne quod lutaveris. Ubi aruerit, eo frumentum refrigeratum condito: curculio non nocebit.* (Para que el gusano no dañe el grano y los ratones no se lo coman, se hace una mezcla de aceite de oliva, se incorpora un poco de paja, se deja añejar por largo tiempo y se hace una masa. Esta masa densa se pone alrededor del granero y en toda la superficie. Cuando se seca la masa se pone el trigo en una zona fresca en modo que el gusano no lo dañe). Sobre el argumento también Varrón, *De re rustica*, 1.63, explica el modo para evitar el daño de los gusanos en el trigo: *Tuendi causa promendum id frumentum, quod curculiones exesse incipiunt. Id enim cum promptum est, in sole ponere oportet aquae catinos, quod eo conveniunt, ut ipsi ne necent, curculiones. Sub terra qui habent frumentum in iis quos vocant sirus, quod cum periculo introitur recenti apertione, ita ut quibusdam sit interclusa anima, aliquanto post promere, quam aperueris, oportet...* (Para conservar el trigo se elimina aquel que ya se encuentra dañado por los gusanos. Apenas sacado es necesario meterlo a solearse junto a cubetas llenas de agua en modo que los gusanos encuentren la muerte por si solos. Los que tienen el trigo bajo tierra en las bodegas deben quitarlo después de haber sido abiertas estas porque si se entra inmediatamente resulta peligroso porque uno podría morir asfixiado).

17 Sobre este punto queremos hacer notar que la tesis propuesta por Javoleno probablemente encontraba origen en Sabino y no era la única en el periodo clásico ya que posiblemente Neracio tenía una opinión diferente. Contrariamente a nuestra tesis ver: E. Seckel-E. Levy, *Die Gefährtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, en *SZZ*, 47, 1927, 136; Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, 1, cit., 86 ss.; Albertario, *La qualità delle specie nelle obbligazioni generiche*, cit., 375 ss.; M. Kaser, *Das römische Privatrecht. Erster Abschnitt: Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, 1, München, 1971, 596 y Eckardt, *Javoleni Epistulae*, cit., 61 ss.

4. LA REFERENCIA DE JAVOLENO A LA *CONDICTIO*

Otro problema que requiere ser analizado en D. 17.1.52 corresponde a la referencia de Javoleno a la *condictio* con la cual el fiador habría pretendido el trigo pagado al deudor de la obligación principal. Lenel¹⁸ considera que el jurista habría mencionado la *actio depensi* y no la *condictio* y su tesis puede tomarse en consideración porque si el fiador garantizaba mediante *sponsio* el pago del deudor principal (*Fideiussorem si sine adiectione bonitatis tritici pro altero triticum spopondit...*) el demandante ejercitando la *actio depensi*, podía pretender el doble de la prestación¹⁹. No obstante tal afirmación, existe la posibilidad que el contenido del pasaje fuera clásico ya que no podemos dejar de subrayar que la *actio depensi* tiene como presupuesto la *infinitio* del demandado²⁰, pero en el texto de Javoleno el deudor no niega que el demandante haya sido fiador, es más, reconoce la deuda y se encuentra listo para pagar el trigo de la misma calidad entregado al estipulante (*itaque si paratus fuerit reus, quod dando ipse creditori liberari potuit, fideiussori dare*). El pretor no puede conceder al demandante la *actio depensi* para obtener el doble del trigo²¹, porque la controversia (*lis*) no tiene como fundamento la respuesta negativa del demandado que el demandante fue fiador. El objeto del juicio consiste en determinar únicamente el contenido de la prestación, por ejemplo, el fiador exige cien ‘moyos’ de trigo africano de primera calidad pero el deudor declara que los cien ‘moyos’ que debe entregar son de trigo de bajísima calidad.

Sobre tal aspecto el pretor habría podido conceder al demandante la *condictio triticaria*, acción con la que se podía pretender en juicio todas las cosas cuya consistencia se concretizaba en su peso y medida, muebles o inmuebles²², pero el demandado acep-

18 Lenel, *Palíngenesia Iuris Civilis*, 1, cit., 286 n. 3, tesis aceptada por Eckardt, *Iavoleni Epistulae*, cit., 62 ss.

19 Gayo 3.127: ... *Et hoc amplius sponsores ex lege Publilia* (IV/III sec. a.C.?) *propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi*. (Y más ampliamente los *sponsores* con base en la ley Publilia, tienen una propia acción en el doble que es llamada *depensi*). Gaio 4.22: *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo dependum esset, non solvisset sponsori pecuniam...* (Algunas leyes posteriormente dieron en otros casos la imposición de la mano por título equivalente al de sentenciado en contra de algunos sujetos; así, la ley Publilia en contra del deudor principal en el interés del cual el fiador hubiera pagado si, en los seis meses sucesivos al momento del pago en su interés, no hubiere restituido la cantidad al fiador).

20 Gaio 4.171: ...*Et ideo in edicto adversus infinitantes ex quibusdam causis dupli actio constituitur, veluti si iudicati aut depensi...nomine agitur...* (A veces la acción es al duplo contra los que se obstinan en resistir, así en la acción ejecutiva o en la de pago hecho por el fiador) *Pauli Sententiae* 1.19.1: *Quaedam actiones si a reo infinitentur, duplantur, velut iudicati, depensi...* (Ciertas acciones son ejercitadas en contra del demandado por el doble como es el caso de la acción de juzgado o en la del pago hecho por el fiador).

21 Ciertamente en D. 17.1.52, faltan elementos para hacer pensar que el demandante hubiera exigido el doble como sucedía con la *actio depensi*, es más, en el texto se observa que su pretensión consistía en la misma cantidad de trigo entregado al acreedor, pero de calidad superior (*fideiussori dare et fideiussor id quod dederit, id est melius triticum condictet*).

22 Ulpiano, libro *vicensimo septimo ad edictum* in D. 13.3.1pr: *Qui certam pecuniam numeratam petit, illa actione utitur si certum peteretur: qui autem alias res, per triticariam conductionem petit. et generaliter dicendum est eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam, sive*

tando la *litis contestatio*, incorporaba en la fórmula la *exceptio doli* porque si bien existía una deuda, la demanda del demandante no correspondía a la verdad. El juez habría debido absolver al *reus* en razón de una *pluris petitio* al demostrarse que la pretensión del demandante era superior a la que efectivamente tenía derecho.

FUENTES DE CONSULTA

Textos literarios

Catón, *De Agricultura* CI. 98

Columella, *De re rustica* 2.6; 2.9.10-13

CORPUS IURIS CIVILIS

Codex

Constitución de Justiniano del 531 d. C. en C. 6.43.3.1b

Digesta

Javoleno, *libro primo epistularum* en D. 17.1.52

Pomponio, *libro cuarto (quinto?) ad Sabinum* en D. 30.13

Pomponio, *libro sexto ad Sabinum* en D. 30.45.1

Paulo, *libro cuarto ad Sabinum* en D. 33.6.4

Paulo, *libro secundo ad legem Iuliam et Papiam* en D. 35.2.63.2

Neracio, *libro primo responsorum* en D. 38.1.50

GAIUS

Institutiones

3.127

4.22

4.171

Juvenal, *Satirae* 5.70

Plinio, *Nat. hist.* 18.12; 18.20

Varrón, *De re rustica*, 1.63

in pondere sive in mensura constant, sive mobiles sint sive soli...(Aquel que exige judicialmente una determinada cantidad de dinero entregada en contante utiliza la acción 'si será exigida judicialmente alguna cosa cierta'. Aquel que después exigirá judicialmente la restitución de otras cosas, ejercerá la acción llamada *condictio* 'referida al trigo'. En vía general se dice que mediante esta segunda acción se pueden exigir judicialmente, a excepción del dinero contante, todas las cosas que se concretizan en su peso y medida, muebles o inmuebles...)

Legislación moderna

BGB § 243

C.C. Distrito Federal (Ciudad de México) art. 2016,

C.C. español art. 1167

C.C. francés art. 1246

C.C. italiano art. 1178

Bibliografía

E. Albertario, *La qualità della specie nelle obbligazioni generiche* en *Studi di diritto romano. Obbligazioni*, 3, Milano.

B. Biondi, *Sponsio e Stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie dell'obbligazione*, en *BIDR*, 65, 1962, 128ss.

B. Eckardt, *Iavoleni Epistulae*, Berlin, 1978.

E. Levy, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Berlin, 1907.

E. Levy, *Weströmisches Vulgarrecht das Obligationenrecht*, Weimar, 1956.

S. Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, Napoli, 1935.



DIGNIDAD HUMANA Y DERECHOS HUMANOS DE LAS REMUNERACIONES DE SERVIDORES PÚBLICOS

Por ÓSCAR GUTIÉRREZ PARADA¹
y PABLO FRANCISCO MUÑOZ DÍAZ²

RESUMEN: En este trabajo se expone al marco jurídico constitucional que regula las remuneraciones o retribuciones de los servidores públicos y se analiza explicitando los principios que las rigen, las funciones que cumple la remuneración del Presidente de la República y se argumenta que su determinación por parte de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión no debe, ni puede, ser arbitraria, pues las remuneraciones de los servidores públicos están correlacionadas con la exigencia de trabajo digno/salario digno. Así, se pasa revista al parámetro convencional, específicamente los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que es claro que los Estados deben adoptar las medidas adecuadas que garanticen un trabajo y salario digno. No observar los principios, reglas y vulnerar los criterios convencionales aplicables a las remuneraciones de los servidores públicos afectan el derecho humano al trabajo.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE REMUNERACIONES DE SERVIDORES PÚBLICOS. 2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS REMUNERACIONES O RETRIBUCIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS. 3. REGLAS DE OPERATIVIDAD DE REMUNERACIÓN ORIGINAL/BASE Y SU LÍMITE MÁXIMO Y DE LA REMUNERACIÓN EXCEDENTE Y SU LÍMITE MÁXIMO. 4. REMUNERACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS SUJETAS A ESCALA JERÁRQUICA. 5. FUNCIONES DE LA REMUNERACIÓN O RETRIBUCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. 6. DERECHO HUMANO AL TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE SALARIO REMUNERADOR EN EL ÁMBITO PRIVADO O, SU EQUIVALENTE, DE REMUNERACIÓN O RETRIBUCIÓN ADECUADA, PROPORCIONAL Y EQUITATIVA EN EL ÁMBITO PÚBLICO. 7. PARÁMETRO GENÉRICO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EXIGENCIA DE NO ARBITRARIEDAD EN LA DETERMINACIÓN DE REMUNERACIONES. 8. SIGNIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 127 CONSTITUCIONAL. 9. COMPETENCIA DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE REMUNERACIONES DE SERVIDORES PÚBLICOS Y OMISIÓN TOTAL DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA POR PARTE DE LA FEDERACIÓN. COROLARIO.

- 1 Es doctorando en derecho por la Universidad Panamericana e investigador de Asesoría de Diseños Normativos, S.C. (www.asesoriadn.com.mx)
- 2 Es Maestro en Derecho por la Escuela Libre de Derecho, en la que imparte, en la licenciatura en derecho, la materia de Ética y Argumentación Jurídica.

INTRODUCCIÓN

Este estudio parte de las interrogantes siguientes: i) ¿cuáles son los parámetros de configuración normativa del artículo 127 constitucional que se deben seguir para la ley reglamentaria correspondiente?; ii) ¿cuáles son las significaciones original y actual plausibles del artículo 127 constitucional³ en cuanto a las remuneraciones de los servidores públicos? y iii) ¿cuál es el papel que juega la remuneración del Presidente de la República?

Para aproximarnos a las respuestas pertinentes, en este estudio se aborda, en el primer apartado, lo relativo al marco normativo constitucional en materia de remuneraciones; apartado en el que se refieren los artículos siguientes:

- i) El artículo 28, párrafo 20, fracción X el tema a destacar las retribuciones de comisionados de organismos reguladores en materia de competencia económica y de telecomunicaciones; ii) El artículo 75 constitucional la retribución debe estar establecida en el presupuesto de egresos (previsión presupuestal); iii) Del artículo 94, fracción 11 y 12 dispositivos que regulan las remuneraciones de los servidores públicos del poder judicial; iv) Artículo 116, fracción II, párrafos 4 y 5 en cuanto al parámetro en el ámbito que siguen en las entidades federativas; v) Del artículo 122 es relevante considerar la normativa de las remuneraciones de servidores públicos en la Ciudad de México; vi) El artículo 123 fue analizado respecto de los principios genéricos que rigen el derecho al trabajo y, vii) Del artículo 127 se hace un breve estudio de las reglas que rigen las remuneraciones de los servidores públicos.

Por otra parte, en el segundo apartado se enlistan los principios que rigen las remuneraciones de los servidores públicos. Una vez que han sido referidos los principios respectivos, se entra al examen, en el tercer apartado, relativo a las reglas de operatividad de i) remuneración original/base y su límite máximo y ii) de la remuneración excedente y su límite máximo. Así, en el cuarto apartado desarrollamos el principio de escala jerárquica al que quedan sujetas las remuneraciones de los servidores públicos.

En el quinto apartado se estudian las funciones que la remuneración o retribución del Presidente de la República, entre las cuales podemos destacar las siguientes: i) Función del límite máximo de remuneración; ii) Función de límite máximo de remuneración excedente y la iii) Función de operatividad de escala jerárquica de remuneraciones.

3 No es objeto de este estudio cuestionar la reforma constitucional en sí en lo que respecta al establecimiento del sueldo del Presidente de la República como límite máximo de percepciones de los servidores públicos. No obstante, de la exposición de motivos y de los dictámenes respectivos de cada cámara, así como de los debates en los plenos que se dieron en cada una de ellas, no hay justificación fuerte alguna por la que se justifique que la remuneración del Presidente de la República deba tener esa función de límite. Este trabajo se basa en el principio rector de la dogmática jurídica consistente en operar con lo ya dado o establecido en los textos normativos, pero que en atención a la indeterminación semántica natural por utilización del lenguaje natural es indispensable interpretar el texto normativo de que se trate y argumentar que determinada significación es la más plausible.

Respecto del sexto apartado se realiza un breve análisis del derecho humano al trabajo y el principio de salario remunerador en el ámbito privado, el cual debe ser adecuado, proporcional y equitativo en el ámbito público. El estudio va más allá y se estudia desde dos enfoques como i) derecho individual y como ii) derecho social. Éste apartado a su vez, se complementa con el séptimo apartado en el que se desarrolla el parámetro genérico en materia de derechos humanos y exigencia de no arbitrariedad en la determinación de las remuneraciones.

El tema principal de éste artículo es sin duda la significación del artículo 127 constitucional que se aborda en el octavo apartado, en éste apartado se analizan dos aspectos: i) la significación original y ii) la significación actual.

Por último, en el noveno apartado se alude, brevemente, al tema de la competencia de configuración normativa en materia de remuneraciones de servidores públicos en relación con la omisión total de configuración normativa por parte de la federación.

1. MARCO NORMATIVO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE REMUNERACIONES DE SERVIDORES PÚBLICOS

Los dispositivos constitucionales que regulan las remuneraciones o retribuciones de los servidores públicos son, en secuencia ordinal, los siguientes:

A. Artículo 28, párrafo 20, fracción X (Retribución comisionados de organismos reguladores en materia de competencia económica y de telecomunicaciones)

Respecto de dos organismos constitucionalmente autónomos, Comisión Federal de Competencia Económica e Instituto Federal de Telecomunicaciones, se señala expresamente lo siguiente:

“Art. 27. ...

“[Párrafo 20] La Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones serán independientes en sus decisiones y funcionamiento, profesionales en su desempeño e imparciales en sus actuaciones y se regirán conforme a lo siguiente: ...

X. La retribución que perciban los comisionados deberá ajustarse a lo previsto en el artículo 127 de esta Constitución.

...”

B. Artículo 75 (Previsión presupuestal)

“Artículo 75. La Cámara de Diputados, al aprobar el Presupuesto de Egresos, no podrá dejar de señalar la retribución que corresponda a un empleo que esté establecido por la ley; y en caso de que por cualquiera circunstancia se omita fijar

dicha remuneración, se entenderá por señalada la que hubiere tenido fijada en el Presupuesto anterior o en la ley que estableció el empleo.

En todo caso, dicho señalamiento deberá respetar las bases previstas en el artículo 127 de esta Constitución y en las leyes que en la materia expida el Congreso General. [Párrafo adicionado por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación -DOF- del 24-08- 2009]

Los poderes federales Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como los organismos con autonomía reconocida en esta Constitución que ejerzan recursos del Presupuesto de Egresos de la Federación, deberán incluir dentro de sus proyectos de presupuestos, los tabuladores desglosados de las remuneraciones que se propone perciban sus servidores públicos. Estas propuestas deberán observar el procedimiento que para la aprobación del presupuesto de egresos, prevé el artículo 74 fracción IV de esta Constitución y demás disposiciones legales aplicables. [Párrafo adicionado DOF 24-08-2009]”

Conforme a este dispositivo, las remuneraciones o retribuciones de los servidores públicos se fijan en el presupuesto de egresos, el cual tiene vigencia anual, y es aprobado, única y exclusivamente, por la Cámara de Diputados.

El señalamiento de la remuneración o retribución que corresponda a un empleo que esté establecido por la ley debe hacerse en el Presupuesto de Egresos, y de no hacer tal señalamiento, es decir, haya omisión se tendrá por señalado el que se haya fijado en el presupuesto anterior o en la ley que estableció la función, el empleo, el cargo o la comisión.

Por otra parte, en el señalamiento de remuneración o retribución debe observarse, lo dispuesto en el artículo 127 constitucional.

C. Artículo 94, párrafos 11 y 12 (Poder Judicial)

Estos dispositivos regulan las remuneraciones o retribuciones de ciertos servidores públicos del Poder Judicial.

“ ...

[11] La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte, los Magistrados de Circuito, los Jueces de Distrito y los Consejeros de la Judicatura Federal, así como los Magistrados Electorales, no podrá ser disminuida durante su encargo. [Párrafo reformado DOF 31-12-1994, 22-08-1996]

[12] Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia durarán en su encargo quince años, sólo podrán ser removidos del mismo en los términos del Título Cuarto de esta Constitución y, al vencimiento de su periodo, tendrán derecho a un haber por retiro.

...”

Como un mecanismo más para salvaguardar la independencia, objetividad e imparcialidad, sobre todo el primer punto, de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, magistrados de circuito, jueces de distrito y consejeros del Consejo de la Judicatura Federal, se establece que durante el desempeño de su encargo no se les podrá reducir su remuneración, y que al vencer el lapso de su encargo tienen derecho a un haber por retiro.

D. Artículo 116, fracción II, párrafos 4 y 5 (ámbito estatal)

Las remuneraciones de los servidores públicos de los estados siguen el parámetro establecido en el artículo 127 constitucional.

“Artículo 116. El poder público de los estados se dividirá, para su ejercicio, en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y no podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un solo individuo.

Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

I...

II...

[4] Corresponde a las legislaturas de los Estados la aprobación anual del presupuesto de egresos correspondiente. Al señalar las remuneraciones de servidores públicos deberán sujetarse a las bases previstas en el artículo 127 de esta Constitución. *[Párrafo adicionado DOF 24-08-2009]*

[5] Los poderes estatales Legislativo, Ejecutivo y Judicial, así como los organismos con autonomía reconocida en sus constituciones locales, deberán incluir dentro de sus proyectos de presupuestos, los tabuladores desglosados de las remuneraciones que se propone perciban sus servidores públicos. Estas propuestas deberán observar el procedimiento que para la aprobación de los presupuestos de egresos de los Estados, establezcan las disposiciones constitucionales y legales aplicables. *[Párrafo adicionado DOF 24-08-2009]*

...”

E. Artículo 122 (ámbito de la Ciudad de México)

Para el caso especial del Estado de la Ciudad de México, antes Distrito Federal, se establece que, en materia de remuneraciones de los servidores públicos del mismo, se debe observar el parámetro establecido en el artículo 127 constitucional.

“Artículo 122. La Ciudad de México es una entidad federativa que goza de autonomía en todo lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa.

A. El gobierno de la Ciudad de México está a cargo de sus poderes locales, en los términos establecidos en la Constitución Política de la Ciudad de México, la cual se ajustará a lo dispuesto en la presente Constitución y a las bases siguientes:

...

V. [3] Corresponde a la Legislatura la aprobación anual del presupuesto de egresos correspondiente. Al señalar las remuneraciones de servidores públicos deberán sujetarse a las bases previstas en el artículo 127 de esta Constitución.

...

VI. La división territorial de la Ciudad de México para efectos de su organización político administrativa, así como el número, la denominación y los límites de sus demarcaciones territoriales, serán definidos con lo dispuesto en la Constitución Política local.

...

c) La administración pública de las demarcaciones territoriales corresponde a los Alcaldes.

...

...

[4] Al aprobar el proyecto de presupuesto de egresos, los Concejos de las Alcaldías deberán garantizar el gasto de operación de la demarcación territorial y ajustar su gasto corriente a las normas y montos máximos, así como a los tabuladores desglosados de remuneraciones de los servidores públicos que establezca previamente la Legislatura, sujetándose a lo establecido por el artículo 127 de esta Constitución.

...”

F. Artículo 123 (Principios del derecho del trabajo en relación con el salario)

Existen diversos principios genéricos que rigen el derecho del trabajo, específicamente en materia salarial y de seguridad social, los cuales es indispensable tomar en cuenta para el señalamiento de las remuneraciones de los servidores públicos.

“Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley. [Párrafo adicionado DOF 19-12-1978. Reformado DOF 18-06-2008]

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán: [Párrafo reformado DOF 06-09-1929, 05-12-1960. Reformado y reubicado DOF 19-12-1978. Reformado DOF 18-06-2008]

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo:

...

XXVII. Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato:

...

b) Las que fijen un salario que no sea remunerador a juicio de los tribunales laborales⁴.

...

...

B. Entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores:

...

IV. Los salarios serán fijados en los presupuestos respectivos sin que su cuantía pueda ser disminuida durante la vigencia de éstos, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 127 de esta Constitución y en la ley. [Párrafo reformado DOF 24-08-2009]

En ningún caso los salarios podrán ser inferiores al mínimo para los trabajadores en general en las entidades federativas. [Párrafo reformado DOF 29-01-2016; Fracción reformada DOF 27-11-1961]

V. A trabajo igual corresponderá salario igual, sin tener en cuenta el sexo;

...

XIV. La ley determinará los cargos que serán considerados de confianza. Las personas que los desempeñen disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social. [Apartado B con fracciones adicionado DOF 05-12-1960]

...”

G. Artículo 127 (Reglas sobre remuneraciones de servidores públicos)

El parámetro genérico que rige las remuneraciones de los servidores públicos está, básicamente, establecido en el artículo 127 constitucional.

“Artículo 127. [Artículo reformado DOF 28-12-1982, 10-08-1987, 24-08-2009, y DOF 29-01-2016 (párrafo uno y fracción VI)] Los servidores públicos de la Federación, de las entidades federativas, de los Municipios y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, de sus entidades y dependencias, así como de sus administraciones paraestatales y paramunicipales, fideicomisos públicos, instituciones y organismos autónomos, y cualquier otro ente público, recibirán una remuneración adecuada e irrenunciable por el desempeño de su función, empleo, cargo o comisión, que deberá ser proporcional a sus responsabilidades. [Párrafo reformado DOF 29-01-2016]

4 *A contrario sensu*: las condiciones de trabajo que determinan un salario remunerador son válidas y obligatorias.

Dicha remuneración será determinada anual y equitativamente en los presupuestos de egresos correspondientes, bajo las siguientes bases:

I. Se considera remuneración o retribución toda percepción en efectivo o en especie, incluyendo dietas, aguinaldos, gratificaciones, premios, recompensas, bonos, estímulos, comisiones, compensaciones y cualquier otra, con excepción de los apoyos y los gastos sujetos a comprobación que sean propios del desarrollo del trabajo y los gastos de viaje en actividades oficiales.

II. Ningún servidor público podrá recibir remuneración, en términos de la fracción anterior, por el desempeño de su función, empleo, cargo o comisión, mayor a la establecida para el Presidente de la República en el presupuesto correspondiente.

III. Ningún servidor público podrá tener una remuneración igual o mayor que su superior jerárquico; salvo que el excedente sea consecuencia del desempeño de varios empleos públicos, que su remuneración sea producto de las condiciones generales de trabajo, derivado de un trabajo técnico calificado o por especialización en su función, la suma de dichas retribuciones no deberá exceder la mitad de la remuneración establecida para el Presidente de la República en el presupuesto correspondiente.

IV. No se concederán ni cubrirán jubilaciones, pensiones o haberes de retiro, ni liquidaciones por servicios prestados, como tampoco préstamos o créditos, sin que éstas se encuentren asignadas por la ley, decreto legislativo, contrato colectivo o condiciones generales de trabajo. Estos conceptos no formarán parte de la remuneración. Quedan excluidos los servicios de seguridad que requieran los servidores públicos por razón del cargo desempeñado.

V. Las remuneraciones y sus tabuladores serán públicos, y deberán especificar y diferenciar la totalidad de sus elementos fijos y variables tanto en efectivo como en especie.

VI. El Congreso de la Unión y las Legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus competencias, expedirán las leyes para hacer efectivo el contenido del presente artículo y las disposiciones constitucionales relativas, y para sancionar penal y administrativamente las conductas que impliquen el incumplimiento o la elusión por simulación de lo establecido en este artículo. [Fracción reformada DOF 29-01-2016]"

2. PRINCIPIOS QUE RIGEN LAS REMUNERACIONES O RETRIBUCIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Con base en lo regulado en los dispositivos constitucionales referidos en el apartado anterior, los principios primordiales que rigen las remuneraciones o retribuciones de los servidores públicos son los siguientes:

- Principio de adecuación⁵;

5 Adaptar algo a las necesidades o condiciones de una persona o de una cosa

- Principio de irrenunciabilidad;
- Principio de proporcionalidad en relación con la responsabilidad de la función, empleo, cargo o comisión;
- Principio de anualidad;
- Principio de salario (remuneración o retribución) remunerador (que retribuye);
- Principio de equidad.
- Principio de no reducción durante el desempeño del encargo tratándose de ministros de la Suprema Corte de Justicia, magistrados de circuito, jueces de distrito y consejeros del Consejo de la Judicatura Federal.
- Principio de no reducción de remuneración durante la vigencia del presupuesto de egresos (del 1 de enero al 31 de diciembre de cada año)
- Principio de nivel máximo de remuneración o retribución original/base.
- Principio de excedente: en determinados supuestos se puede exceder el límite máximo original, pero a su vez el excedente no puede rebasar como límite el 50% de la remuneración original/base.
- Principio de remuneración máxima combinada: de la combinación de la remuneración original/base y del excedente resulta un límite de 99.99% de remuneración original/base más 49.99% de la remuneración original/base, es decir, un límite total (de darse alguno de los supuestos de excedente) de hasta el 149.99% de remuneración de un servidor público en relación con la remuneración original/base del Presidente de la República.
- Principio de remuneración sujeta a escala jerárquica por el que ningún servidor público puede tener una remuneración igual o mayor a la remuneración de su superior jerárquico.

3. REGLAS DE OPERATIVIDAD DE REMUNERACIÓN ORIGINAL/BASE Y SU LÍMITE MÁXIMO Y DE LA REMUNERACIÓN EXCEDENTE Y SU LÍMITE MÁXIMO

A. Remuneración original/base y su límite máximo

El dispositivo establecido en la fracción II del artículo 127 constitucional, se configura como la regla general del límite máximo de la retribución de los servidores públicos.

Dicho límite máximo de remuneración se fija a partir de la retribución establecida para el Presidente de la República, es decir, “ningún servidor público podrá recibir remuneración... mayor a la establecida para el Presidente de la República en el presupuesto correspondiente”.

Esta regla general admite varias excepciones, las cuales se analizan en el siguiente apartado.

B. Remuneración excedente y su límite máximo

Una remuneración de servidor público puede ser mayor a la percepción del Presidente de la República si la función, empleo, cargo o comisión actualiza alguno de los supuestos previstos en la fracción III del artículo 127 constitucional. Estos supuestos operan como excepciones al principio general mencionado en el apartado que antecede.

La remuneración excedente tiene, a su vez, un límite superior: no podrá exceder de la mitad (50%) de la remuneración del Presidente de la República.

Las hipótesis de excepción bajo las que se puede rebasar el monto de límite máximo de la remuneración fijada al Presidente de la República son las siguientes:

- a) Se deba al desempeño de varios empleos públicos;
- b) Sea producto de condiciones generales de trabajo;
- c) Derive de un trabajo técnico calificado; o
- d) Se deba a la especialización de la función que se desempeña.

4. REMUNERACIONES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS SUJETAS A ESCALA JERÁRQUICA

De lo establecido en la fracción III del artículo 127 constitucional deriva el principio de remuneración sujeta a escala jerárquica por el que ningún servidor público puede tener una remuneración igual o mayor a la remuneración de su superior jerárquico.

Con base en este principio se presentan casos problemáticos en los que ciertos (i) servidores públicos no tienen superior jerárquico, caso en el que aplicaría directamente el límite máximo de la remuneración del Presidente de la República, y los casos de (ii) servidores públicos que al estar en alguna de las excepciones al monto límite original/base de la remuneración del Presidente de la República, perciban más que su superior jerárquico, pero sin que ese excedente rebase, como límite máximo, la mitad de la remuneración del Presidente de la República.

5. FUNCIONES DE LA REMUNERACIÓN O RETRIBUCIÓN DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Antes de señalar cuales son las funciones de la remuneración del Presidente de la República, es de suma relevancia apuntar que la determinación de la remuneración o retribución del Presidente de la República por parte de la Cámara de Diputados debe

observar principalmente los principios de adecuación, proporcionalidad y equidad, sin perjuicio de considerar los otros principios como el de remuneración sujeta a escala jerárquica.

Si la determinación de la remuneración del Presidente de la República por parte de la Cámara de Diputados vulnera alguno de estos principios constitucionales, podría señalarse que tal determinación es inconstitucional.

Por tanto, la remuneración del Presidente de la República debe ser determinada conforme a los principios que rigen cualquier remuneración del servicio público. Si además consideramos sus funciones en relación con el sistema de remuneraciones de todos los servidores públicos, la observancia de tales principios asume carácter estricto.

La determinación de la remuneración del Presidente de la República como límite máximo de las remuneraciones de todos los demás servidores públicos, incluso los casos de remuneraciones combinadas (remuneración original/base más excedente), presenta, al menos, tres funciones que deben tomarse en cuenta por parte de la Cámara de Diputados al momento de aprobar el Presupuesto de Egresos en lo atinente a las remuneraciones o retribuciones de los servidores públicos. Las funciones son las siguientes:

- A. Función de límite máximo de remuneración: Como primera función de la remuneración del Presidente de la República está la de establecer el límite máximo de remuneración de cualquier otro servidor público.
- B. Función de límite máximo de remuneración excedente: Una segunda función es la de establecer el límite máximo de remuneración excedente de los servidores públicos que se encuentren en alguna de las excepciones a la regla general consistente en que ningún servidor público puede tener una remuneración igual o mayor a la del Presidente de la República. El límite a lo que hemos denominado como remuneración excedente justificada es la mitad de la remuneración del Presidente de la República.
- C. Función de operatividad de escala jerárquica de remuneraciones: Una tercera función es la de generar la cadena de remuneraciones jerárquicas en la que la regla que aplica consiste en que ningún servidor público podrá tener una remuneración mayor a la de su superior jerárquico.

Con base en esta función, la Cámara de Diputados debe tener muy presente que la estructura de puestos gubernamental está basada en niveles jerárquicos que responden a niveles de responsabilidad y de especialización y calificación de servicios, y que en tal escala jerárquica el límite máximo es la remuneración del Presidente y, en los casos de remuneraciones excedentes el monto del excedente de remuneración tiene como límite la mitad de la remuneración del Presidente de la República.

6. DERECHO HUMANO AL TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE SALARIO REMUNERADOR EN EL ÁMBITO PRIVADO O, SU EQUIVALENTE, DE REMUNERACIÓN O RETRIBUCIÓN ADECUADA, PROPORCIONAL Y EQUITATIVA EN EL ÁMBITO PÚBLICO

El derecho al trabajo es uno de los derechos fundamentales que, *in concreto*, se proyecta dualmente: tanto puede ser visto como derecho individual como derecho social.

En ambos casos sus contenidos esenciales presentan diversas aristas y una de ellas es la inherente a la exigencia de que el salario de todo trabajo debe ser remunerador (apartado A del artículo 123 constitucional), evitándose desigualdades injustificadas⁶, o adecuado, proporcional y equitativo en el caso de las percepciones de los servidores públicos y que se denominan como remuneraciones o retribuciones, pero que no son otra cosa que los salarios de los servidores públicos. Como derecho individual se concreta caso por caso y como derecho social a través de políticas públicas de índole productiva y fiscal que coadyuven a la realización de la pauta del carácter remunerador o adecuado, proporcional y equitativo, según se esté en el espacio privado o en el espacio público.

7. PARÁMETRO GENÉRICO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y EXIGENCIA DE NO ARBITRARIEDAD EN LA DETERMINACIÓN DE REMUNERACIONES

A. Parámetro de derecho interno/nacional

En el artículo 1º constitucional se regulan una serie de pautas normativas que en su conjunto conforman un parámetro genérico al que deben sujetarse los derechos humanos.

6 Véase: Organización Internacional del Trabajo, Informe Mundial sobre Salarios 2016/2017. La desigualdad salarial en el lugar de trabajo, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2017. En este estudio se evidencia la necesidad de contar, en el ámbito privado, con salarios remuneradores, bajo parámetros por los que se eviten desigualdades. Así, por ejemplo, es importante considerar la desigualdad salarial por razón de género. En el apartado 13.4, Desigualdad salarial por razón de género y por otros motivos, se señala: “La desigualdad salarial por razón de género –las diferencias entre el salario medio de los hombres y el de las mujeres– sigue siendo una preocupación mundial. Este informe ha destacado que si bien la desigualdad salarial por razón de género se encuentra en todo tipo de empresas, es particularmente marcada entre las empresas cuyo salario medio es elevado. Ello indica que las evaluaciones de los puestos de trabajo en el plano de la empresa son un complemento esencial de las leyes que garantizan el derecho a un mismo salario por un trabajo de igual valor, la aplicación efectiva de este derecho por parte de los gobiernos y el acceso efectivo de los trabajadores a la justicia para hacerlo valer”, pp. 96 y 97. En el ámbito público hay que matizar la desigualdad por género porque se opera con base en tabuladores preestablecidos y en las áreas en las que operan servicios profesionales de carrera el acceso es por meritocracia, es decir, en el acceso al puesto o cargo no trasciende, por regla general, el género y la remuneración está previamente establecida; no obstante, pueden presentarse situaciones de desigualdad de acceso y de percepciones.

Al respecto, cabe destacar un primer aspecto del derecho al trabajo, sea visto como derecho individual o como derecho social –prestacional– en cuanto a que uno de los elementos de contenido esencial es precisamente que el salario o remuneración (o retribución) está sujeto a las exigencias constitucionales de velar por su promoción, respeto, protección y garantía de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º constitucional (párrafo tercero).

Con base en los principios, reglas y funciones que rigen la remuneración del Presidente de la República, su determinación no debe ser arbitraria sino adecuada, proporcional y equitativa en relación con las características, responsabilidades y competencias de la función, empleo, cargo o comisión, así como nivel jerárquico, observando que tiene una vigencia anual porque se considera que hay cambios económicos y sociales y que es irrenunciable.

Asimismo, en su determinación no solamente se combinan los principios de adecuación, proporcionalidad y equidad, sino también considerar que tiene tres funciones que impactan la determinación de las demás remuneraciones o retribuciones de los servidores públicos.

Los principios de adecuación, de proporcionalidad y de equidad, convergen, no se contraponen, por lo que es indispensable equilibrarlos más que pugnar por la prevalencia de uno de ellos.

En el principio de adecuación sobresale el criterio de competencias que la función, empleo, cargo o comisión implica; en el principio de proporcionalidad destaca el criterio de responsabilidad en relación con la exigencia de rendición de cuentas; y por lo que hace a la equidad, si bien es un principio más difuso que los anteriores, parece que implica tomar en cuenta y, por tanto, acentuar, el criterio social/público en el que está inserto el servidor público al que se le remunera o retribuye y, por ende, se deben evitar los excesos, así como abstenerse de minusvalorar los servicios respectivos⁷.

7 Se vulnera el principio de equidad si el Presidente de la República propone se le determine una remuneración, y la Cámara de Diputados la aprueba, minusvalorada (y, por ende, inequitativa respecto del papel social/público que le corresponde al Presidente de la República), con el ánimo de que todos los demás servidores públicos tengan remuneraciones minusvaloradas afectando el rol social/público que les corresponden, pues a sabiendas de que la remuneración del Presidente de la República cumple la función, entre otras, de ser referencia de monto límite superior, su objetivo (injustificado) es reducir las remuneraciones de los demás servidores públicos con el efecto de minusvalorar inequitativamente sus remuneraciones, sin perjuicio de la afectación de los principios de adecuación y de proporcionalidad. La remuneración del Presidente de la República no solamente contempla la percepción en numerario sino también prestaciones en especie que, si bien no es fácil de determinar, forman parte de la remuneración que percibe. Al respecto, véase el interesante artículo de Boltvinik, Julio, “Economía Moral”, en Periódico La Jornada, viernes 20 de julio de 2018, en el que señala: “El artículo 127 (fracción II) de la Constitución (CPEUM) determina: “Ningún servidor público podrá recibir remuneración, en términos de la fracción anterior... mayor a la establecida para el Presidente de la República”. Tanto AMLO como los medios (e incluso algunos juristas) interpretaron este texto sin revisar qué quiere decir la

El equilibrio que debe alcanzar el legislador tiene, entonces, dimensiones axiológicas, normativas y empíricas, las cuales se combinan convergiendo en los valores que se realizan a través de un salario remunerador o una remuneración o retribución adecuada, proporcional y equitativa en la que hay una correlación de todas las remuneraciones respecto de la remuneración del Presidente de la República y correlaciones entre las diversas remuneraciones al estar enlazadas en la escala de percepciones jerárquicas de cada función, empleo, cargo o comisión de que se trate.

B. Parámetro convencional

Convencionalmente es importante tomar en cuenta los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los asuntos (i) Caso Lagos del Campo Vs. Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) y (ii) Caso Trabajadores cesados de PETROPERÚ y otros Vs Perú, Sentencia de 23 de noviembre de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), en los que dicha corte ha establecido criterios de justiciabilidad en materia de derecho del trabajo que son relevantes para este análisis.

En el segundo caso citado es relevante referir, a partir de una sana analogía, incluso aplicación *mutatis mutandi*, lo siguiente:

“B. Consideraciones de la Corte

192. La Corte reitera lo ya establecido en el caso *Lagos del Campo Vs. Perú*, donde reconoció lo siguiente:

141. Esta Corte ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.

142. Tal como fue señalado en el *Caso Acevedo Buendía y otros Vs. Perú*, este Tribunal tiene el derecho a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. En este mismo sentido, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos

frase en términos de la fracción anterior, y sólo tomaron en cuenta las percepciones en efectivo a pesar de que la fracción I define remuneración como toda percepción en efectivo o en especie. Leyendo bien la CPEUM, entonces, la remuneración de Peña Nieto es mucho mayor a 286 mil pesos mensuales, puesto que recibe casa, alimentos y bebidas, electricidad, gas, telefonía e Internet, al parecer vestuario y calzado, y un largo etcétera, como pago en especie. Nadie ha calculado la remuneración en especie del Presidente. Si Zedillo pudo decir “no tengo cash” es porque literalmente los presidentes no tienen que pagar nada de su bolsillo. Un cálculo conservador sería que las percepciones en especie no son menores a 214 mil pesos y que, por tanto, la remuneración del presidente es, por lo menos, de 500 mil pesos mensuales. La percepción real de AMLO será igual a la suma de 108 mil en efectivo más lo que decida mantener de las prestaciones en especie vigentes. Toda la discusión sobre las remuneraciones de los servidores públicos de los tres poderes federales y de los gobiernos de las entidades federativas debe replantearse, pues se basa en una lectura”.

amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones. Asimismo, resulta pertinente notar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”).

143. Respecto a los derechos laborales específicos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte observa que los términos del mismo indican que son aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA. Ahora bien, los artículos 45.b y c, 46 y 34.g de la Carta establecen que “[e]l trabajo es un derecho y un deber social” y que ese debe prestarse con “salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos”. Asimismo, señalan que el derecho de los trabajadores y trabajadoras a “asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses”. Además, indican que los Estados deben “armonizar la legislación social” para la protección de tales derechos. Desde su Opinión Consultiva OC-10/89, la Corte señaló que:

[...] Los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

144. En este sentido, el artículo XIV de la Declaración Americana dispone que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación [...]”. Tal disposición resulta relevante para definir el alcance del artículo 26, dado que “la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales”. Asimismo, el artículo 29.d de la Convención Americana dispone expresamente que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: [...] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

145. Además de la derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del artículo 26 en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana, el derecho al trabajo está reconocido explícitamente en diversas leyes internas de los Estados de la región, así como un vasto *corpus iuris* internacional; *inter alia*: el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los artículos 7 y 8 de la Carta Social de las Américas, los artículos 6 y 7 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 11 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el artículo 32.1 de la Convención so-

bre los Derechos del Niño, así como el artículo 1 de la Carta Social Europea y el artículo 15 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos.

146. Por tanto, al analizar el contenido y alcance del artículo 26 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 b, c, y d de la misma, la aludida protección a la estabilidad laboral aplicable al caso concreto.

147. En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo”. Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente”.

148. A manera ilustrativa, el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), sobre la terminación de la relación de trabajo (1982), dispone que el derecho al trabajo incluye la legalidad del despido en su artículo 4 e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido, así como el derecho a recursos jurídicos efectivos en caso de despido improcedente. En similar sentido se encuentra lo dispuesto en la Recomendación No. 143 de la OIT sobre representantes de los trabajadores que requiere de adoptar medidas apropiadas y recursos accesibles para la tutela de los representantes de los trabajadores [...].

149. Como correlato de lo anterior, se desprende que las obligaciones del Estado en cuanto a la protección del derecho a la estabilidad laboral, en el ámbito privado, se traduce en principio en los siguientes deberes: a) adoptar las medidas adecuadas para la debida regulación y fiscalización de dicho derecho; b) proteger al trabajador y trabajadora, a través de sus órganos competentes, contra el despido injustificado; c) en caso de despido injustificado, remediar la situación (ya sea, a través de la reinstalación o, en su caso, mediante la indemnización y otras prestaciones previstas en la legislación nacional). Por ende, d) el Estado debe disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una situación de despido injustificado, a fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva de tales derechos

[...].

150. Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

[...]

154. Finalmente, cabe señalar que la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados [...]. Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado.

193. En el presente caso, en relación con los alegatos relacionados con la violación al derecho al trabajo, este Tribunal considera que, tal y como fue establecido en el precedente de *Lagos del Campo Vs. Perú*, el derecho al trabajo incluye el derecho a garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales. En consecuencia, dado que los trabajadores cesados de Petroperú, Enapu, Minedu y MEF no gozaron de acceso a un recurso judicial efectivo, lo cual conllevó una violación a los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, la Corte concluye que el Estado es responsable de la violación del artículo 26 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en relación con los 85 trabajadores de Petroperú, los 25 trabajadores de Enapu, los 39 trabajadores de Minedu, los 15 trabajadores del MEF, listados en la tabla de víctimas adjunta a la presente sentencia.”

Así, por referir solamente una pauta, cualquier medida contraria al deber del Estado respecto de proporcionar a los trabajadores (servidores públicos) “*salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos*”, es una vulneración tajante a las normas convencionales.

Por otra parte está el conjunto de convenios y recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre el salario. Por mencionar convenciones relevantes:

- Convenio sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos, 1928 (núm. 26)
- Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 94)
- Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95)
- Convenio sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos (agricultura), 1951 (núm. 99)
- Convenio sobre la fijación de los salarios mínimos, 1970 (núm. 131)
- Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173)

- Recomendación sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos, 1928 (núm. 30)
- Recomendación sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 84)
- Recomendación sobre la protección del salario, 1949 (núm. 85)
- Recomendación sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos (agricultura), 1951 (núm. 89)
- Recomendación sobre la fijación de los salarios mínimos, 1970 (núm. 135)
- Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 180)

8 SIGNIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 127 CONSTITUCIONAL

A. Significación original: modificaciones constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 24 de agosto de 2009

i) 1era. Iniciativa

Iniciativa de adición al artículo 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por los grupos parlamentarios del Partido de la Revolución Democrática, Convergencia y Partido del Trabajo en el Senado de la República, publicada en la Gaceta Parlamentaria del Senado de la República del 9 de noviembre de 2006.

De la exposición de motivos destacan los aspectos siguientes:

- La política del sueldos en la administración pública, los poderes legislativo y judicial de la Federación, así como en las entidades públicas de todo género y los poderes de las entidades federativas e, incluso, en los ayuntamientos ha sido, hasta ahora, la discrecionalidad, es decir, la ausencia de una auténtica política que ordene un sistema de percepciones adecuado a la realidad económica del país y de las finanzas públicas.
- A través de las leyes y de los presupuestos de egresos sería posible establecer criterios y crear, así, una política de sueldos públicos, pero es necesario fijar una percepción máxima para todas las esferas públicas de México, tanto de la federación como de las entidades federativas y los municipios, así como para toda clase de instituciones y organismos públicos de cualquier naturaleza jurídica.
- En realidad, el establecimiento de un tope máximo en los sueldos es indispensable debido a que muchas remuneraciones son actualmente demasiado altas y a que, en numerosas dependencias y organismos, el sueldo es adicionado con otras

percepciones que también se deciden con total discrecionalidad y muchas veces en violación de los presupuestos.

- En el país sigue prevaleciendo la cultura del patrimonialismo de los recursos públicos en las altas esferas de la administración y en los poderes del Estado y otros organismos. Se ha sustentado, incluso, el criterio de que el sector público debe brindar sueldos iguales a los de grandes empresas con el propósito de contar con personas altamente capacitadas que, con percepciones menores, no aceptarían desempeñar cargos o empleos públicos. Este argumento es falaz, ya que en el país no existen tantos puestos de dirección de grandes empresas ni todas las personas altamente capacitadas están dispuestas a trabajar para tales grandes empresas.
- En comparaciones internacionales, incluso con países ricos, México se encuentra entre quienes mejor pagan a quienes desempeñan altos cargos en el Estado. Esto se debe a que en muchos lugares del mundo la sociedad está vigilante y exige moderación en los sueldos de sus dirigentes y altos empleados.
- Se ha dicho también que los altos sueldos de los jefes obedecen a la necesidad de evitar la corrupción, lo que no parece que haya funcionado en nuestro país, al tiempo que no se ha considerado necesario para combatir el fraude y el robo de los bienes públicos en otros países.
- La dignificación de la función pública atraviesa por sueldos adecuados y transparentes, que no sean aumentados a través de argucias administrativas, las cuales son en realidad prebendas, canonjías, privilegios de los jefes.
- Para establecer la base de una política de sueldos de carácter nacional es preciso modificar la Constitución, pues no existe otra forma de lograr que los estados y municipios deban acatar un tope máximo de percepciones.
- La presente iniciativa contiene la propuesta de fijar un sueldo neto máximo para todos los servidores públicos del país, incluidos los funcionarios de organismos, empresas e instituciones de cualquier género. Dicho sueldo incluiría toda otra percepción en dinero o en especie, de tal manera que se pueda combatir el uso de recursos públicos para gastos que, en realidad, son de carácter personal.
- Se propone que el sueldo máximo anual ascienda a treinta y tres mil veces el salario mínimo general diario determinado para el Distrito Federal, es decir, unos 120 mil pesos mensuales más 160 mil de aguinaldo, para un total de 1,600,000 pesos al año, que equivale a unos 145, 500 dólares estadounidenses.

De esta exposición de motivos es evidente que se plantea la necesidad de limitar las remuneraciones de los servidores públicos evitando arbitrariedad, abuso y un uso patrimonialista de los recursos públicos. El parámetro que se propone atiende a consideraciones internacionales y a las circunstancias del país, fijando un límite anual

determinable a partir de la multiplicación por 33 mil el salario mínimo general diario vigente en el entonces Distrito Federal, incluyendo el aguinaldo, considerando que es una forma razonable de fijación de remuneración y que, además, atiende a criterios de adecuación y de transparencia⁸.

ii) 2ª Iniciativa

Iniciativa que reforma los artículos 73, Fracción I, y 127 De La Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, presentada por el Presidente de la República, Felipe Calderón Hinojosa, publicada en la Gaceta Parlamentaria del Senado de la República del 25 de enero de 2007.

De la exposición de motivos destacan los aspectos siguientes:

- El país debe contar con servidores públicos competentes, profesionales y honestos que desempeñen sus funciones con alto grado de responsabilidad y eficiencia. Para ello, es imprescindible que se prevean remuneraciones (sic) adecuadas y dignas, dentro de las posibilidades presupuestarias del gobierno y en orden a la realidad socioeconómica nacional.
- El servicio público debe ser remunerado de manera tal que el Estado se asegure de que en el desempeño de los cargos públicos se cuente con ciudadanos preparados, capaces y honestos, y que puedan ejercer con eficacia y profesionalismo las responsabilidades que les han sido confiadas, al tiempo que, quien presta el servicio público, pueda obtener también un ingreso digno.
- Es por ello que, al asumir el cargo de Presidente de la República, manifesté que el Gobierno de México debe demostrar con acciones que realiza un esfuerzo significativo para usar de manera eficiente y transparente los recursos de los ciudadanos, y que el esfuerzo que hace la población para salir adelante reclama criterios de elemental eficiencia y austeridad por parte de la autoridad. Igualmente, me comprometí a establecer normas claras que regulen de manera objetiva y justa el pago de los servidores públicos.
- En este contexto, al presentar el programa de austeridad del Gobierno federal me pronuncié por enviar al Constituyente Permanente una iniciativa que regule y

8 Es interesante tomar en cuenta el dato de equivalencia en dólares: 145,500 dólares, los cuales, al tipo de cambio vigente en noviembre de 2006, \$10.80, da un monto anual de \$1'679,400.00 (que en la iniciativa se refiere un total anual, incluyendo aguinaldo, de \$1'6000,000.00. A tipo de cambio actual de \$19.00, obtenemos un total anual de \$2'764,500.00, incluyendo aguinaldo, que dividido entre 12 meses da un promedio mensual de \$230,000.00; pero si la pauta es el salario mínimo general vigente en la Ciudad de México, \$88.36, multiplicado por 33,000 da como resultado \$2'915,880, que dividido entre 12 meses, da \$242,990.00, incluyendo aguinaldo anual. La remuneración actual del Presidente de la República en promedio anual anda en alrededor de los \$3'100,000.00, es decir, \$258,000.00 mensuales.

transparente las percepciones de los servidores públicos en los tres Poderes de la Unión, los organismos constitucionales autónomos y los tres órdenes de gobierno.

- En primer lugar, se propone reformar el artículo 73, fracción XI, de la Constitución para facultar al Congreso de la Unión para establecer, por medio de una ley, las bases generales a las que debe ajustarse toda percepción pública a nivel nacional. Ello, con sujeción a los criterios y principios que se proponen para el artículo 127 también de la Constitución.
- La Ley que emita el Congreso de la Unión, en la medida en que definirá directamente el sentido y alcance de disposiciones constitucionales, vinculará por igual a todos los órganos públicos, entendiéndose por éstos a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial federales; los órganos constitucionales autónomos; los tres poderes de los estados y equivalentes en el Distrito Federal, incluidos sus órganos autónomos de carácter local; los municipios; los órganos político-administrativos de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal y, en general, cualquier órgano que realice funciones de Estado.
- La atribución que se otorga al Poder Legislativo federal tiene como objetivo establecer bases uniformes para la fijación de remuneraciones, sin violentar la autonomía de las entidades federativas y municipios.
- Por otra parte, se propone también modificar de manera substancial el artículo 127 de la propia Constitución.
- No hay que olvidar que uno de los asuntos que mayormente indigna a la población está asociado con los ingresos extremadamente elevados y desproporcionados que se asignan a ciertos servidores públicos en algunos ámbitos de gobierno. Sobre todo tratándose de regiones en los que se viven condiciones de verdadera miseria y en donde la carencia de servicios públicos para diversos sectores es abrumadora.
- Por ello, en la iniciativa se recoge, por un lado, el actual principio de que los servidores públicos percibirán una remuneración adecuada e irrenunciable por el desempeño de su función; pero, por otro lado, se establece que los límites mínimos y máximos de tales remuneraciones se deberán precisar, año con año, en los respectivos presupuestos de egresos.
- Adicionalmente se elevan a rango constitucional los principios a los que habrá de sujetarse la asignación de remuneraciones, como lo serían, la equidad, igualdad, desempeño, fiscalización, rendición de cuentas y transparencia. Al efecto, en la iniciativa de ley, se desarrollan y se otorga de un contenido concreto a cada uno de tales principios.
- Cabe señalar que el establecimiento de los criterios que definan los rangos sobre los cuales debe determinarse la remuneración en el artículo 127 de la Constitu-

ción es un paso de innegable importancia en el proceso de transparencia en el ejercicio del poder. Dichas regulaciones permitirán a los órganos encargados de fiscalizar el gasto y a los ciudadanos en general, tener conocimiento de los parámetros dentro de los cuales oscilan los ingresos de sus servidores.

- Una parte fundamental de la propuesta de reforma consiste en que existan comités de expertos, tanto en el ámbito federal, como en el ámbito local, que participen en la fijación de las remuneraciones de los servidores públicos y los tabuladores que deben regularlos. Esto tiene como finalidad permitir la participación de la sociedad en un tema que le es particularmente sensible y, al mismo tiempo, contar con criterios técnicos en la elaboración de los manuales de remuneraciones, que incluyen los tabuladores de los trabajadores al servicio del Estado.
- Por último y a efecto de que exista a nivel constitucional un parámetro definido, se propone que ninguna remuneración de los servidores públicos sea superior al monto máximo autorizado en el Presupuesto federal para la remuneración del Jefe del Estado. Con ello, los distintos órganos públicos contarán con un tope máximo de referencia que evite que, bajo argumentaciones relativas al manejo autónomo de los presupuestos, se adopten sueldos y prestaciones desmedidos.

De esta exposición de motivos se desprende que las remuneraciones de los servidores públicos deben ser “adecuadas y dignas, dentro de las posibilidades presupuestarias del gobierno y en orden a la realidad socioeconómica nacional”; que es indispensable establecer normas claras que regulen de manera objetiva y justa las remuneraciones de los servidores públicos; que hay que evitar las remuneraciones “extremadamente elevados y desproporcionados que se asignan a ciertos servidores públicos en algunos ámbitos de gobierno”; se propone elevar “a rango constitucional los principios a los que habrá de sujetarse la asignación de remuneraciones, como lo serían, la equidad, igualdad, desempeño, fiscalización, rendición de cuentas y transparencia. Al efecto, en la iniciativa de ley, se desarrollan y se otorga de un contenido concreto a cada uno de tales principios”; se propone como límite máximo de remuneración de cualquier servidor público la del Jefe de Estado, es decir, la del Presidente de la República a efecto de que exista a nivel constitucional un parámetro definido, y así contar con un “tope máximo de referencia que evite que, bajo argumentaciones relativas al manejo autónomo de los presupuestos, se adopten sueldos y prestaciones desmedidos”.

iii) Dictamen legislativo

Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, Segunda, que contiene Proyecto de Decreto que reforma los artículos 75, 115, 123 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en la Gaceta Parlamentaria del Senado de la República del 8 de marzo de 2007.

Del dictamen, para efectos de este análisis, son relevantes los aspectos siguientes:

- Los integrantes de estas comisiones coinciden con la intención de los autores de ambas iniciativas, en el sentido que debe regularse con precisión la asignación de las remuneraciones de los servidores públicos, conservando la garantía de adecuada, irrenunciable y proporcional que establece el texto vigente.
- Consideramos que el servicio público debe ser remunerado de tal forma que el Estado se cerciore de que en el desempeño de los servidores públicos se cuente con ciudadanos preparados, capaces y honestos, que puedan desempeñar con eficacia y profesionalismo las responsabilidades que les han sido confiadas, al mismo tiempo que, puedan también obtener un salario digno, el cual es un derecho humano esencial.
- De las iniciativas presentadas se coincide en la necesidad de fijar un referente como monto máximo para fijar las remuneraciones de los servidores públicos. Al analizar ambas propuestas se consideró conveniente fijar como referente la remuneración del Titular del Poder Ejecutivo Federal, sin que esto signifique una preeminencia de dicho poder sobre los otros o se pretenda, en forma alguna, vulnerar la igualdad de los poderes, simplemente es un referente.

B. Significación actual

Algunas voces han señalado que lo establecido en el artículo 127 constitucional en cuanto a que ningún servidor público puede tener una remuneración igual o mayor a la que se fije al Presidente de la República, solamente es aplicable a la administración pública federal; sin embargo, al revisar las exposiciones de motivos, dictámenes y debates en los que se sustenta el cambio normativo constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de agosto de 2009, es clara la intención del Poder Reformador de establecer un tope a las remuneraciones o retribuciones de los servidores públicos de cualquiera de los órdenes de gobierno ante los abusos, se adujo, que en esa época se presentaron por parte de algunos servidores públicos de manipular en su beneficio los tabuladores y les fueran asignadas remuneraciones arbitrarias y exorbitantes, es decir, evitar la vulneración de los principios de adecuación, proporcionalidad y equidad, que se deben observar al determinar las remuneraciones o retribuciones de los servidores públicos. Pero de ello no se sigue que la remuneración o retribución del Presidente de la República esté exenta de observar, a su vez, tales principios. Por tanto, la fijación de la remuneración del Presidente de la República no debe ser arbitraria, mucho menos si tiene las tres funciones que se han anotado.

Por otra parte debe explicitarse que uno de los sentidos de las modificaciones constitucionales al artículo 127 del año 2009, dentro de un régimen presidencialista, es considerar⁹ el cargo de Presidente de la República como la máxima magistratura de

9 Tal consideración opera en sentido débil, pues como se reconoce en el dictamen del senado de las iniciativas de modificaciones constitucionales, el fijar la remuneración del Presidente de la República como tope máximo de ingreso, solamente se debe tomar como referente: “Al analizar ambas propuestas

los servidores públicos, su remuneración representa o, mejor dicho, es el “referente” de máximo nivel de remuneración, por lo que cualquier remuneración superior es contraria a la determinación de ese referente: se diría, no hay mayor responsabilidad de función, empleo, cargo o comisión que la del Presidente de la República y, por ende su remuneración debe ser la más alta y, así, fungir como límite máximo de remuneraciones de los demás servidores públicos.

Si esto es así, y la remuneración del Presidente de la República es determinada observando razonablemente los principios y reglas que la rigen, se explica que el principio de irrenunciabilidad no significa sacrificio particular, desdén o simple arbitrariedad en que el titular del Poder Ejecutivo proponga a la Cámara de Diputados una remuneración caprichosa y arbitraria que persigue el objetivo de reducir sin más la remuneración de los demás servidores públicos en la que no se consideren los subprincipios de trabajo calificado y especialidad que exige cada función, empleo, cargo o comisión.

Aquí es importante no confundir que la remuneración, una vez determinada, no es renunciable, y otra cosa es recibir la remuneración y destinar una parte a objetivos diferentes para los que se recibe una remuneración como serían, por ejemplificar, a ciertas cuestiones altruistas. El acto supererogatorio pertenece a la vida privada de cada persona, sea o no servidor público, y no es exigible jurídicamente a las personas.

Tampoco se debe confundir una política de austeridad en la que pudiera operar una reducción razonable de la remuneración del Presidente de la República y que, por ende, tal reducción aplique a todos los demás servidores públicos con una reducción que no considere los principios y reglas a que se ha hecho alusión. Incluso, cabe destacar que se estaría en un esquema perfeccionista por parte del Estado al pretender imponer planes de vida, sin perjuicio de que se trastocaría el sistema de trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales, a tono con la exigencia de igualdad prevista en el artículo 1º constitucional, quinto párrafo.

9. COMPETENCIA DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA EN MATERIA DE REMUNERACIONES DE SERVIDORES PÚBLICOS Y OMISIÓN TOTAL DE CONFIGURACIÓN NORMATIVA POR PARTE DE LA FEDERACIÓN

En la fracción VI del artículo 127 constitucional, se establece que el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas expedirán las leyes para hacer efectivo el mencionado artículo, así como regular las responsabilidades penales y administrativas por las conductas que impliquen el incumplimiento o se eluda por simulación lo establecido en dicho numeral.

se consideró conveniente fijar como referente la remuneración del Titular del Poder Ejecutivo Federal, sin que esto signifique una preeminencia de dicho poder sobre los otros o se pretenda, en forma alguna, vulnerar la igualdad de los poderes, simplemente es un referente.”

De acuerdo con este dispositivo la materia de remuneraciones de servidores públicos da lugar a una facultad coincidente y, por ende, el orden federal y el orden local están obligados a reglamentar el artículo 127 constitucional, cada uno en su ámbito competencial, pero sujetándose a las “bases” que en el mismo numeral se regulan. En este sentido estamos en presencia de una regla de competencia de ejercicio obligatorio sin fijación de plazo y de configuración normativa obligatoria, es decir, respecto de la cual hay que observar las bases de la constitución Federal.

La federación, es decir, el Congreso General, no ha expedido la ley reglamentaria respectiva¹⁰, y algunas entidades federativas lo han hecho como el caso del Estado de Baja California Sur¹¹.

La omisión legislativa a nivel federal no ha impedido que desde 2010 se observen las bases de remuneración de los servidores públicos previstas en el artículo 127 constitucional.

Se trata de una omisión total (absoluta, en la terminología de la Suprema Corte de Justicia de la Nación^{12,13}), pues no se ha expedido la ley reglamentaria respectiva. No

10 En la Gaceta Parlamentaria del Senado correspondiente al 8 de febrero de 2018, el Senador Miguel Barbosa Huerta, del Grupo Parlamentario del Partido del trabajo, presentó “Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos y se adiciona el Código Penal Federal con un artículo 117 Bis”, Tomo I, página 108 y sigs.

11 En el Estado de Baja California Sur está vigente la Ley de Remuneraciones de los Servidores Públicos del Estado y los Municipios de Baja California Sur, publicada en el Boletín Oficial del Gobierno del 20 de Marzo de 2011.

12 Véase la Tesis Jurisprudencial núm. P./J. 11/2006 de Suprema Corte de Justicia, Pleno (Controversia Constitucional); Materia: Constitucional; Fecha de Publicación: 1 de Febrero de 2006; Número de Resolución: P./J. 11/2006; Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1527; Emisor: Pleno. OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS.

En atención al principio de división funcional de poderes, los órganos legislativos del Estado cuentan con facultades o competencias de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio, y en su desarrollo pueden incurrir en diversos tipos de omisiones. Por un lado, puede darse una omisión absoluta cuando aquéllos simplemente no han ejercido su competencia de crear leyes ni han externado normativamente voluntad alguna para hacerlo; por otro lado, puede presentarse una omisión relativa cuando al haber ejercido su competencia, lo hacen de manera parcial o simplemente no la realizan integralmente, impidiendo el correcto desarrollo y eficacia de su función creadora de leyes. Ahora bien, combinando ambos tipos de competencias o facultades -de ejercicio obligatorio y de ejercicio potestativo-, y de omisiones -absolutas y relativas-, pueden presentarse las siguientes omisiones legislativas: a) Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) Absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y, d) Relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.

Controversia constitucional 14/2005. Municipio de Centro del Estado de Tabasco. 3 de octubre de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Laura Patricia Rojas Zamudio y Raúl Manuel Mejía Garza.

obstante esta carencia normativa, el 13 de septiembre de 2018, el Congreso Federal aprobó la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos. Esta ley tiene como origen la iniciativa presentada el 13 de abril de 2010, del Grupo Parlamentario Partido de la Revolución Democrática¹⁴. Dicha iniciativa fue sometida al Pleno de la Cámara de Senadores para su discusión y votación, modificándose los artículos 2, 3, 4, 6 y 12¹⁵; una vez aprobada por la Cámara de Senadores (bajo el carácter de cámara de origen) se envió la minuta respectiva a la cámara revisora, es decir, a la Cámara de Diputados; esta cámara aprobó, el 13 de septiembre de 2018, sin cambios, el texto normativo correspondiente y, por ende, asumió la calidad de ley aprobada por el Congreso General, ordenándose su envío al ejecutivo para su promulgación y publicación¹⁶. A la fecha transcurre el plazo de 30 días naturales a que se refiere el artículo 72, inciso “B” constitucional.

COROLARIO

La determinación de la remuneración o retribución del cargo de Presidente de la República no debe ni puede ser arbitraria. Por el contrario, debe observar un conjunto de principios y reglas que regulan las remuneraciones de los servidores públicos. Al respecto, destaca observar los principios de adecuación, proporcionalidad y equidad.

El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 11/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis.

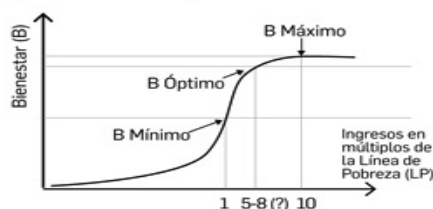
- 13 Sobre la revisión de la terminología que se utiliza para referir las clases de omisiones y demás elementos que se deben considerar para clasificar la falta de configuración normativa por parte de los depositarios de los poderes legislativos, véase: Gutiérrez Parada, Oscar, Omisión Legislativa y Derechos Humanos, documento de trabajo, en prensa para publicación, México, 2018. En este trabajo se desarrolla una tipología a partir de considerar un cambio semántico de la omisión absoluta por total y relativa por parcial, y, además, se incorporan varios criterios definitorios: i) Si hay configuración normativa o no, caso en el que referimos omisión total u omisión parcial; ii) Si la configuración normativa es de ejercicio obligatorio o no es de ejercicio obligatorio; iii) Si la configuración normativa es libre, o sea no está condicionada a seguir determinados parámetros, caso en el que la denominamos absoluta, y configuración normativa no libre sino acotada a seguir ciertos parámetros de contenido de normatividad, caso en el que referimos que se trata de una configuración normativa relativa; e iv) Si el Poder Reformador ha establecido plazo para que el legislador ordinario, sea federal o local, lleven a cabo la configuración normativa respectiva. Con estos cuatro criterios se obtienen 15 combinaciones (se elimina el conjunto vacío que en la fórmula de combinatorias se representa con el menos 1: $X=2n-1$)
- 14 Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Senadores del 13 de abril de 2010, en la que se publicó la iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, presentada por el entonces otrora senador Pablo Gómez Álvarez.
- 15 Diario de Debates de la Cámara de Senadores del 8 de noviembre de 2011, versión estenográfica.
- 16 En el Diario de Debates de la Cámara de Diputados del 13 de septiembre del 2018 se lee: “Aprobado en lo general y en lo particular el proyecto de decreto por el que se expide la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, Reglamentaria de los artículos 75 y 127 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se adiciona el Código Penal Federal. Pasa al Ejecutivo federal para sus efectos constitucionales.”

La remuneración del Presidente de la República, además de cumplir los principios que la rigen, desempeña varias funciones respecto de las demás remuneraciones de los servidores públicos y entre las que destacan la de ser límite máximo de remuneración de cualquier remuneración de los servidores públicos y operar una escala jerárquica entre los servidores públicos.

Las remuneraciones de los servidores públicos deben responder al principio de estándar vital^{17,18}, pues el derecho al trabajo, específicamente su salario o remuneración

- 17 Bajo la noción de “estándar vital” se pretende referir la remuneración razonable de los servidores públicos de acuerdo, básicamente, con los principios de adecuación, proporcionalidad y equidad. Al respecto, vale la pena tomar en cuenta las consideraciones de Julio Boltvinik: “En términos normativos, John Ackerman escribió (La Jornada, 16/7/18): ‘La pregunta clave no es si los servidores públicos merecen una ‘remuneración digna’, sino cual sería el monto del piso mínimo necesario’. Para buscar este tope hay que ubicar varios puntos de referencia: la LP de una familia típica en la Ciudad de México; la cantidad de ingresos que permite el máximo conceptual de bienestar (donde ingresos adicionales ya no añaden bienestar) y un nivel entre ambos, que podría considerarse el óptimo para un servidor público con fuertes y graves responsabilidades. La gráfica (...) intenta acotar un rango de ingreso y bienestar asociado que requiere profundizarse. El nivel máximo de bienestar se alcanza en 10 veces la línea de pobreza, que es como lo he manejado desde hace muchos años”. La gráfica que refiere es la siguiente:

Búsqueda de los ingresos requeridos por un servidor público de alto nivel



Explicación: No se identifica el ingreso ideal de un servidor público, sólo se acotan algunos parámetros de bienestar.

La LP para una familia de cuatro miembros (con hijo e hija adolescentes) se sitúa en la Ciudad de México al menos en \$25 mil mensuales, sin pago de colegiaturas ni gastos de salud privados. El B. máximo se sitúa hipotéticamente con un ingreso igual a 10 LP. El ingreso normativo para un servidor público de alto nivel, que proporciona el B. óptimo, es la pregunta de investigación.

- 18 El principio de estándar vital, a su vez, ésta conectado con la noción de “salario vital adecuado” al que se alude en el preámbulo del documento Constitutivo de la OIT: “Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la

acción, está íntimamente vinculado con la dignidad humana¹⁹ en su proyección de trabajo digno.

El señalamiento de la remuneración del Presidente de la República que no respete los principios mencionados y no considere las funciones que desempeña su determinación, sería calificada de arbitraria y violatoria de derechos humanos y sensiblemente la afectación del estándar vital y de la dignidad humana.

FUENTES DE CONSULTA

Boltvinik, Julio, “Economía Moral”, en Periódico *La Jornada*, viernes 20 de julio de 2018.

Cámara de Senadores, *Gaceta Parlamentaria* del 9 de noviembre de 2006.

Cámara de Senadores, *Gaceta Parlamentaria* del 25 de enero de 2007.

Cámara de Senadores, *Gaceta Parlamentaria* del 8 de marzo de 2007.

Cámara de Senadores, *Gaceta Parlamentaria* del 8 de febrero de 2018.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917.

enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;” y en el “Anexo, Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, punto III, La conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan: ...inciso (d) adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección;”.

- 19 Véase la tesis de jurisprudencia 1ª./J. 37/2016 (10ª.), de rubro: DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA. La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada. Emisor: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Localización: 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación; 1a./J. 37/2016 (10a.). Materia Constitucional. Publicada el 26 de agosto 2016.

Organización Internacional del Trabajo, documento constitutivo, 1919, consultable en: <https://clea.edu.mx/biblioteca/Constitucion%20de%20la%20OIT.pdf>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Lagos del Campo Vs. Perú, Sentencia de 31 de agosto de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores cesados de PETROPERÚ y otros Vs Perú, Sentencia de 23 de noviembre de 2017 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

Diario de Debates de la Cámara de Senadores del 8 de noviembre de 2011, versión estenográfica.

Diario de Debates de la Cámara de Diputados del 13 de septiembre del 2018, versión estenográfica.

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Senadores del 13 de abril de 2010.

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del 13 de septiembre de 2018.

Organización Internacional del Trabajo, *Informe Mundial sobre Salarios 2016/2017. La desigualdad salarial en el lugar de trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2017.

Organización Internacional del Trabajo, página en internet: <https://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>, donde se consultaron los convenios y recomendaciones siguientes: Convenio sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos, 1928 (núm. 26); Convenio sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 94); Convenio sobre la protección del salario, 1949 (núm. 95); Convenio sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos (agricultura), 1951 (núm. 99); Convenio sobre la fijación de los salarios mínimos, 1970 (núm. 131); Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173); Recomendación sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos, 1928 (núm. 30); Recomendación sobre las cláusulas de trabajo (contratos celebrados por las autoridades públicas), 1949 (núm. 84); Recomendación sobre la protección del salario, 1949 (núm. 85); Recomendación sobre los métodos para la fijación de los salarios mínimos (agricultura), 1951 (núm. 89); Recomendación sobre la fijación de los salarios mínimos, 1970 (núm. 135); Recomendación sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 180).



EL ABORTO Y SU “DESPENALIZACIÓN”

RESQUEBRAJAMIENTO ASAMBLEÍSTICO DEFEÑO IGNORANTE DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA NORMATIVA E INDUCIENTE DE UNA SEUDO JUSTIFICACIÓN POSITIVO-SOCIOLOGISTA EVADIENTE DE LA RESPONSABILIDAD GUBERNATIVA DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO PERVERSO DE SUS FINES TEMPORALES DE BIEN COMÚN OBLIGACIONALES DE EDUCACIÓN, SALUD Y SEGURIDAD.

TERCERA PARTE

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA Y LAS CONVENCIONES (TRATADOS) INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR LA SUPREMA CORTE EN MATERIA DE ABORTO. REACCIONES DE LAS LEGISLATURAS ESTATALES.

Por CARLOS MÜGGENBURG RODRÍGUEZ-VIGIL¹

“El excesivo poder de los jueces (y no sólo de los jueces constitucionales) significa una amenaza para la democracia: los señores del derecho no son ya los legisladores, los representantes de la voluntad popular, sino órganos que carecen de legitimidad democrática puesto que los jueces suelen ser nombrados mediante procedimientos de cooptación... que muy bien podrían dejarse llevar en sus actuaciones por motivaciones simplemente subjetivas (por ejemplo afán de notoriedad pública) con el riesgo de arbitrariedad que ello supone.”²

RESUMEN: Tercera entrega de la llamada “despenalización” del aborto en la Ciudad de México, en donde se analiza y confronta la legislación de la Ciudad con el texto constitucional, el Pacto de San José, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, la Convención sobre Derechos del Niño y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Asimismo, el papel que han jugado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la Procuraduría General de la República, la Asamblea Legislativa y las legislaturas, tanto federales como estatales, en el ámbito constitucional y penal, para sugerir, finalmente, algunas soluciones en la esfera legal y pedagógica.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y CONVENCIONES INTERNACIONALES. 3. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 4. LEGISLACIONES ESTATALES Y LEGISLACIÓN FEDERAL. 5. CONCLUSIONES A LA TERCERA PARTE.

1 Profesor de la Escuela Libre de Derecho.

2 Atienza, Manuel, Podemos hacer más más. Otra forma de pensar el derecho. Editorial Pasos Perdidos S.L. Madrid 2013. Págs. 35 y 36.

I. INTRODUCCIÓN

Hemos visto en la Primera y Segunda Partes de este Artículo, que tanto la falta de seriedad legislativa, como la ignorancia de la dogmática jurídica normativa funcional por parte de la Asamblea Legislativa de la ahora demagógicamente denominada Ciudad de México, han caracterizado la dinámica de la mal llamada “despenalización” del aborto.³

Corresponde ahora hacer el análisis de los textos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que han servido de pretendido fundamento a los legisladores de la “despenalizadora” reforma, así como al poder judicial para constitucionalizarla.

El proceso legislativo proabortista que se iniciara hace aproximadamente diez años en la “Ciudad de Vanguardia” por los perredianos, modelo que frustradamente habría de intentar ser seguido por entre otros quizá, los Estados de Coahuila nuevamente bajo el nepótico gobierno del hermano del repatriado de España “exonerado maestro” Humberto Moreira del Partido Revolucionario Institucional, Rubén Moreira, a imitación de la asamblea defecha, diez años después⁴; y Morelos desde Septiembre de 2015 por el gobierno del entonces autpresidenciable Graco Ramírez del Partido de la Revolución Democrática, de manera subrepticia como lo reveló el dictamen respectivo del Congreso del Estado de Morelos⁵, circunstancia que ha provocado a la vez una reacción contraria, no solamente en esos propios Estados, sino adicionalmente en otros Estados que han optado expresamente por la protección de la vida desde su concepción, en algunos casos inclusive a nivel constitucional. Tal era el caso de estados como Aguascalientes, Baja California Sur, Estado de México, Sinaloa, Tabasco, Veracruz y Zacatecas entre 2008 y 2010. Modificaron en ese mismo período sus constituciones

3 Muggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho números 39 Pág. 559 y ss. y 40, Págs. 369 y ss. respectivamente, entre otras.

4 Congreso del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza. Iniciativa de Decreto que crea el Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza suscrita por el Gobernador Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, que propuso en el artículo 195 de su nuevo Código Penal, que el aborto sea delito solamente cuando “... la muerte del producto de la concepción [se cause] después de las doce semanas de embarazo” repitiendo los argumentos “... ¿el derecho a la vida sería de menor valía que el intrínseco derecho de género que pueda existir para la mujer como es el de decidir la maternidad o la no-maternidad? ... la falta o desatención de una educación sexual responsable, no conlleva a una penalización exacerbada... anteponer el escudo de la razón... a la espada fría y pétrea de la diosa ciega de la justicia...” <http://congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/12/20171026-C%-C3%B3digo-Penal-de-Coahuila-de-Zaragoza.pdf> Págs. 75 a 80 y <http://congreso.coahuila.gob.mx/portal/iniciativas-2017> Pág. 568.

5 “... concluimos que los siguientes temas deben concluirse (sic) en SENTIDO NEGATIVO: ... El iniciador propone adicionar un párrafo al artículo 115 del Código Penal para el Estado de Morelos, con la finalidad de que el aborto se practique bajo cualquier circunstancia. Tan es así que establece el término: “cuando el embarazo sea resultado de una presunta violación”, mientras que el texto vigente dice: cuando el embarazo sea resultado de un delito de violación” Congreso del Estado de Morelos. Gaceta Legislativa. Sesión Ordinaria del 7 de Septiembre de 2015. Año 1 Número 002. Lugar de Publicación Cuernavaca, Morelos. Págs. 174 y 175.

para el mismo efecto, aunque sin necesariamente prohibirlo absolutamente pues se mantenían las técnicamente auténticas despenalizaciones (aborto imprudencial, peligro de muerte y violación) y las destipificaciones con derecho a abortar (inseminación artificial no consentida, alteraciones genéticas con riesgo de daños físicos y psíquicos y riesgos de salud similares a las del Distrito Federal) Baja California, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas y Yucatán.⁶

La dinámica abortista habría de llegar finalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, intérprete judicial que no auténtico del tema, con su atribución de garante de respeto a la Constitución.⁷ Un tema tan fundamental que efectivamente genera grave polémica en la que como bien plantea el citado autor Laurence H. Tribe, la sociedad se divide, o mejor dicho se desgarrar ideológicamente, casi por mitades, entre la prevalencia del derecho a la vida y el derecho a la libertad. Un tema que había correspondido definir no sólo al poder legislativo, representante directo de la sociedad destinataria de las normas jurídicas, sino inclusive a los legisladores Estado por Estado, en términos del Artículo 124 de la Constitución Política de los EUM.⁸

2. CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y CONVENCIONES INTERNACIONALES

A. Artículos Constitucionales

El artículo 10. constitucional publicado en el Diario Oficial del 5 de febrero de 1917, que dio a conocer a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que “reformó” a la del 5 de febrero de 1857, estableció en su artículo 10. del Capítulo Primero del Título Primero que “[e]n los Estados Unidos Mexicanos todo “individuo” gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos, y con las condiciones que ella misma establece.”⁹

Contrastantemente, el artículo 10. de la Constitución Política de la República Mexicana, publicada como “Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos Sancionada y Jurada por el Congreso General Constituyente” el 5 de febrero de 1857, no se refiere a individuos, sino a “... los derechos del “hombre” [que] son la base y el objeto

6 Tribe H. Laurence, *El Aborto Guerra de Absoluto*. Fondo de Cultura Económica, Instituto Nacional de Ciencias Penales. Traducción de Dubravka Suznejevic, con Estudio Preliminar de José Ramón Cossio, Luz Helena Orozco y Luisa Conesa Labastida. México 2012. Pág. 75.

7 García Máynez Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. México 1984. Pág. 329.

8 Diario Oficial. Órgano del Gobierno Provisional de la República. Tomo V, Cuarta Época, Número 30 México, Lunes 5 de Febrero de 1917, Pág. 159, Art. 124 “Las facultades que no estén expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados.”

9 *Ibidem* Tena Ramírez Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1982*, Décimo Primera Edición, 1982, Editorial Porrúa S.A. Pág. 817.

de las instituciones sociales ..”, para luego agregar que ... todas las leyes y todas las autoridades deben respetar y sostener las garantías que otorga la ... Constitución.”¹⁰

Es de llamar la atención que desde el “Mensaje del Primer Jefe ante el Constituyente 1916, se refiriera a que el objeto de todo gobierno es “... el amparo y protección del ‘individuo’, o sea de las diversas unidades de que se compone el agregado social...”¹¹

Más recientemente, en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, se publicó el texto vigente del Artículo 1o. que establece que “[e]n los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece....”¹²

Como puede apreciarse, los destinatarios de los derechos humanos, derechos del hombre o anteriormente garantías individuales, han sido denominados como individuos, hombre y persona, en la historia constitucional mexicana del último siglo y medio. Independientemente de analizar posteriormente, si constitucionalmente, el derecho a la vida es o no un derecho humano, del hombre o garantía y las causas y efectos de su evolución terminológica, resulta conveniente analizar las implicaciones que el uso histórico de las palabras hombre, individuo y persona puede tener en dicho análisis tanto etimológico como jurídico, ya que pareciera haber habido consciente o inconscientemente, al menos en el desenlace judicial del asunto, razones intencionalmente semánticas para el uso de uno u otro término.

Hombre viene del latín *homo-inis*, y significa primariamente animal racional y en esa acepción comprende a todo el género humano. Individuo, del latín *individuus*, que no puede ser dividido, cada ser organizado sea animal o vegetal respecto de la especie a que pertenece. Persona, del latín *persona*, individuo de la especie humana.¹³

Resulta particularmente relevante en el plano jurídico vigente y en el caso concreto la significación de la palabra persona. El Diccionario Jurídico Mexicano le dedica varias páginas diciendo que la persona “... cuyas derivaciones modernas han sido objeto de muchas controversias entre filólogos, juristas, filósofos y teólogos ... un término altamente técnico con el cual los juristas normalmente se refieren a una entidad dotada de existencia jurídica susceptible de ser titular de derechos subjetivos, facultades, obliga-

10 Ibídem Pág.607.

11 Ibídem Pág. 748.

12 Diario Oficial de la Federación, 10 de junio de 2011, Primera Sección, Pág. 2. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

13 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Decimonovena Edición, Madrid 1970 Págs. 715, 741 y 1012.

ciones y responsabilidades jurídicas ... sus atributos o predicados... son propiedades no empíricas [que] ... la [d]ogmática ... capacidad ... inseparablemente vinculada a la noción de persona: sólo las personas tiene capacidad jurídica ... noción con la cual la dogmática jurídica designa a aquella entidad que, *a tort ou raison*, el orden jurídico otorga efectos jurídicos a sus actos.”¹⁴

El 15 de abril de 2008, el diputado del Partido Acción Nacional, Leonardo Magallón Arceo, puso a consideración del Constituyente Permanente por primera vez, el reconocimiento expreso de los derechos humanos en la Carta Magna y con ello una iniciativa de reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aludiendo a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Organización de las Naciones Unidas desde 1948, de la cual desprende entre otros “... que tanto los individuos como las instituciones ... promuevan ... el respeto a los derechos y libertades ... [que] incluyen: a) el derecho a la vida... [con el siguiente texto] todas las personas gozarán de los derechos humanos y de las garantías para su protección reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales ratificados por los Estados Unidos Mexicanos.” Coincidentemente, aparece que entonces se recibió también “... de diputados de los Grupos Parlamentarios del PRD, del PRI, del PT, de Convergencia, de Alternativa y de Nueva Alianza... proyecto de decreto, aprobado por consenso que reforma y adiciona los artículos 1... para incorporar el concepto de derechos humanos... [l]a garantía no es el derecho, es el medio o instrumento para hacer eficaz el derecho... el bien jurídico mayor es la dignidad humana.... El principio de interpretación conforme a los tratados ya es parte de muchas constituciones de Iberoamérica... [y] la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los Estados, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida. [Desde]... diciembre de 1998, México finalmente aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de derechos Humanos.” Con excepción del la utilización de las palabras “... ratificados por el Estado Mexicano” en lugar de “por los Estados Unidos Mexicanos”, el texto reformativo de ambas iniciativas era idéntico. La Presidenta diputada Ruth Zavaleta Salgado “consultando”, resolvió entonces que se turnaran a la Comisión de Puntos Constitucionales.¹⁵

La utilización cronológica de los términos hombre, individuo y persona, no es del todo trivial ni mucho menos meramente semántica. Habrá de resultar circunstancialmente controversial en la determinación de si el embrión y el feto deben o no ser sujetos de protección constitucional y en qué carácter.

De manera informativa, se hace necesario conocer su significado filológico y filosófico. No obstante que el uso del término hombre en la Constitución de 1857 pareciera

14 Instituto de Investigaciones Jurídicas, Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, P-Z, Págs. 2394, 2399 y 2400.

15 Cámara de Diputados, LX Legislatura, Gaceta Parlamentaria, Año XI Palacio Legislativo de San Lázaro, 15 y 24 de abril de 2008, Págs. 26, 31, 34, 348, 349, 350, 351, 352, 354 y 358.

responder más al materialismo antropológico originado en el renacimiento y consolidado en los siglos dieciocho y diecinueve, no puede descartarse que los derechos que esa constitución le reconoce como “derechos del hombre”, permitan que “... sea lícito utilizarle como medio, y que deban dejarse a salvo sus inalienables derechos fundamentales...”¹⁶

La utilización original del término “individuo” por la Constitución de 1917 resulta filosóficamente francamente trascendente, más aún porque habiéndose podido reincorporar el término hombre de su predecesora constitución, se optó por cambiarlo, sin que infortunadamente haya habido una explicación abierta del cambio. Algo debe haber pretendido necesariamente quien lo incorporó en el proyecto del Primer Jefe constitucionalista.

“Al individuo se opone lo universal, o sea, la esencia, que prescinde (abstrae) de todo sujeto determinado y que como tal es comunicable a diversos sujetos. ... El término latino *individuum* significa etimológicamente lo indiviso, denotando una unidad esencialmente indivisa e indivisible, porque este uno, en cuanto tal, nunca puede existir multiplicado... Leibniz formuló el principio de los indiscernibles, según el cual, dos cosas que convinieran en todas las propiedades coincidirían necesariamente; no podría haber por lo tanto, dos cosas completamente iguales, que se distinguieran únicamente por estar al lado una de otra...”¹⁷

Cualquiera expectativa de que la protección constitucional del texto original de 1917 alcanzara al embrión o feto como individuos que indudablemente lo son conforme a la definición mencionada en el párrafo precedente, se fue desvaneciendo para efectos de conferirle el derecho a la vida, mediante el amparo.

Desde la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 104 de la Constitución Federal, se descartó tal posibilidad, a pesar de que el texto constitucional al referirse a los individuos como los beneficiarios de las entonces llamadas garantías individuales. No obstante, sí le concedió tal derecho al menor y a las personas morales privadas y a las personas morales oficiales.¹⁸

El cuestionamiento que no obstante lo dicho en la ley mencionada se volvió plantear en el año 1932, y que se resolvió favorablemente por la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por unanimidad de cuatro votos de los ministros presentes¹⁹ con respecto a si las garantías individuales protegían los derechos

16 Brugger Walter, Diccionario de Filosofía Décimo Tercera Edición, Editorial Herder, Barcelona 1983, Versión Castellana J.M. Vélz Cantarell y R. Gabás, Pág. 287.

17 Ibídem, Págs. 306 y 307.

18 Poder Judicial de la Federación, La Suprema Corte de Justicia Durante los Años Constitucionalistas (1917-1920), Primera Edición, 1995. Impreso en México, Art. 6o. Pág. 116.

19 Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXIV Materia(s): Común, Pág. 1205, Tesis Aislada, Núm. de Registro: 363076.

patrimoniales de las personas jurídicas, jamás parece haberse planteado con respecto a un tema menos pragmático pero mucho más trascendente como lo era y es el caso de si la protección constitucional alcanzaba a individuos tales como el embrión y el feto.

La Ley (llamada) Orgánica de los Artículos 103 y 107, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936, fue del mismo tenor, aunque restringió expresamente la protección de las personas morales oficiales al caso en que se afectaran sus intereses patrimoniales.²⁰

A raíz de la reforma constitucional de 10 junio de 2011 en materia de derechos humanos, se volvió a cuestionar si las personas morales o jurídicas, habrían de ser titulares de tales derechos, por no estar expresamente mencionadas en la Constitución. Para entonces, ya en plena Décima Época, los Tribunales Colegiados de los Circuitos Cuarto y Segundo en Materia Administrativa del Primer Circuito, y Octavo del Circuito Auxiliar de la Primera Región, recurrieron a la Constitución Alemana, la Convención Europea de Derechos Humanos, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Radilla Pacheco, e inclusive a la “interpretación más benéfica para la persona”, y al principio de progresividad que constitucionalmente los protege, para confirmar que sí los tienen.²¹

El tema de si los embriones y fetos tienen derechos humanos no obstante la reforma constitucional vigente y los principios que rigen su interpretación, como lo fue en el caso de las personas morales, no parece haber sido materia de amparo sin embargo.

B. Convenciones Internacionales

Primeramente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 y subsecuentemente la Organización de los Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, reconocieron el derecho a la vida de “todo individuo” en su Artículo 3o. la primera, y en su Artículo 4o. la segunda; es decir el respeto al derecho a la vida de toda persona y a su protección por la ley [en general], “a partir del momento de la concepción.”²²

Independientemente de que la terminología para la identificación del sujeto de protección no haya seguido siendo uniforme, es de llamar la atención que la Organización de las Naciones Unidas se refiera al individuo y que le reconozca no el derecho de vida,

20 Diario Oficial, viernes 10 de enero de 1936, Arts. 6o. y 9o. Pág. 16.

21 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, respectivamente Libros XI, XXIV y 41, de Agosto de 2012 Tomo 2 (Núm. de Reg. 200011402), Septiembre de 2013 Tomo 3 (Núm. de Reg. 2004543) y Abril de 2017 Tomo II (Núm. de Reg. 2014183), Tesis Aisladas Págs. 1875, 2628 y 1775.

22 Declaración Universal de los Derechos Humanos <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>, Pág. 2; Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José Costa Rica. Pág. 8 respectivamente.

sino el derecho a la vida, en tanto que la Organización de los Estados Americanos si bien se refirió a la persona como el titular de los derechos humanos, extendió el concepto, con la salvedad de algún Estado, entre otros México, “a partir del momento de la concepción”.

La diferencia de lenguaje usada en uno y otro Tratado (ahora llamados “Convenciones”) no puede pasar desapercibida. El uso de una u otra preposición denota la relación, conexión o correspondencia de las palabras para darle uno u otro sentido a la oración, lo que se dice o se atribuye en este caso del sujeto.²³

En tanto que la preposición “a” se refiere a algo a lo que se tiende o aspira, pero que no se tiene aún, la preposición “de” significa exactamente esto último pero afirmativamente, lo que ya se tiene, propiedad de o pertenencia a algo, no lo que se va a tener, a lo que se quiere acceder, sino lo que ya es propio y se mantiene y quizá se quiere retener o simplemente se mantiene.²⁴

Esta aparente meramente disertación semántica es de enorme trascendencia en el debate hermenéutico del tema, particularmente a nivel judicial, no obstante que habrá de ser tratado quizá por alguno que otro de los once ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que hacia agosto de 2007 se propusieron resolver el asunto.

Sin perjuicio de regresar al tema más adelante, resulta evidente que el uso de la preposición “a” o de la preposición “de” se vuelve verdaderamente trascendente, particularmente para aquéllos que como veremos, consideran que a lo que las leyes se refieren es al derecho de la persona asumiendo que el embrión y el feto no lo son, dicen ya se tiene, que la vida debe ser o darse antes de su posesión o pertenencia, para poder ser garantizada, y que no habiendo persona antes, el derecho que no se tiene, pero al que se puede aspirar o acceder, no es un derecho humano, pues la persona no existe jurídicamente sino “hasta que desprendido del seno materno vive 24 horas o es inscrito en el Registro Civil”.

1. Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José

Como se mencionó anteriormente, esta Convención quedó aprobada en el seno de la Organización de los Estados Americanos, el 22 de noviembre de 1969 en la Ciudad de San José, Costa Rica. Sin embargo, México no la ratificó sino hasta más de 11 años después, con la publicación del Decreto de Promulgación de la Convención Americana de Derechos Humanos del 7 de mayo de 1981 en el Diario Oficial de la Federación, y la

23 “Del lat. praepositio,-onis. F.Gram. Parte Invariable de la oración, cuyo único oficio es denotar el régimen o relación que entre sí tienen dos palabras o términos”. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Décima Novena Edición. Madrid 1970. Págs. 1061y 1126.

24 “... 2 a Indica la dirección o el término al que se encamina alguna persona o cosa.” Ibídem Pág. 1. De [del latín de] Prep. Denota posesión o pertenencia. Ibídem Pág. 421.

publicación del texto mismo hasta el 9 de enero de 1981, luego de que la Cámara de Senadores la aprobara el 18 de diciembre de 1980, y depositado en la Secretaría General de la propia Organización hasta el 24 de marzo de 1981. Lo anterior según se desprende de la certificación que hizo el Lic. Alfonso De Rosenzweig-Díaz, subsecretario de Relaciones Exteriores, encargado del despacho, haciendo constar que en los archivos de esa Secretaría obra la Convención Americana “Pacto de San José Costa Rica”.²⁵

El mencionado Decreto publicado en el Diario Oficial el 9 de enero de 1981, aprobatorio de diversos entonces genéricamente llamados tratados internacionales que incluyó Pactos y Convenciones, en su rubro “TERCERO”, se refirió específicamente a la aprobación que había hecho la Cámara de Senadores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “... con las declaraciones interpretativas al párrafo 1 del Artículo 4... que formulara el Ejecutivo de la Unión, al proceder a su adhesión”. Casi cuatro meses después (el 7 de mayo del mismo año) como se indicó arriba, en el propio Diario Oficial se publicó el Decreto Promulgatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se incluyen las mencionadas “DECLARACIONES INTERPRETATIVAS”.

Su Artículo 4, relativo al “Derecho a la Vida” estableció: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente[.]”, pero antes de dar paso al Preámbulo de la Convención y a su articulado, incluyó las anunciadas “DECLARACIONES INTERPRETATIVAS” del propio Senado, que establecen que por cuanto al párrafo 1 del Artículo 4, se “... considera que la expresión “en general” (el subrayado es propio), usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.”²⁶

No obstante esta salvedad el Gobierno Mexicano aceptó, sin reserva ni “Declaración Interpretativa” alguna, el Artículo 28 “Cláusula Federal” de la propia Convención, que a la letra establece que: “1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.” Más aún, el párrafo 2 del propio Artículo 28 establece “2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes,

25 Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, Departamento de Secretaría y Comisiones, del Congreso de la Unión, LI Legislatura, Despachado Año Segundo Período Ordinario, Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores y Gobernación bajo el Ramo “Secreto”, Diciembre 9 del Año 1980, Fojas 185, Índice “P”, “C” y “D”, registrado a fojas 28 del libro respectivo, y Departamento de Derecho Internacional OEA, y Diario Oficial de la Federación de fechas 9 de enero de 1981 Págs. 2 y 3, y del 7 de mayo del mismo año Págs. 3 y ss.

26 Diario Oficial, Jueves 7 de mayo de 1981 Poder Ejecutivo, Secretaría de Relaciones Exteriores Pág. 3.

a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.” Tampoco hizo reserva al Artículo 29 que establece “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella”.²⁷

Resulta interesante destacar que ninguno otro de los países firmantes (de los 34 integrantes de la Organización de los Estados Americanos) de la Convención, salvo México, hizo al menos entonces, reserva ni declaración interpretativa alguna con respecto al mencionado Artículo 4 párrafo 1.²⁸ Canadá sin embargo, que examinaba en ese entonces su posible adhesión a la Convención por conducto de la Comisión de Derechos Humanos de su Senado, recomendó para efectos de la preservación del “*statu quo*” de la ley canadiense, pero sin que implicara que Canadá pretendiera la eliminación del derecho a la vida, solamente restringir ciertos aspectos del mismo, como lo sugiere dijo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁹

La Declaración Interpretativa del Ejecutivo Federal y la obligación asumida por el propio gobierno, hacen evidente sin lugar a dudas que al menos, este último reconoció internacionalmente que la materia del aborto es competencia exclusiva de los Estados de la Federación Mexicana, que en términos del Artículo 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esencial a nuestro sistema federal, que a la letra dice desde entonces “Art. 124- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los Estados”.³⁰ Lo anterior aunado al hecho de que en los Estados Unidos Mexicanos, a partir del 11 de junio de 2011, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección.³¹

Aunque redundante, resulta obvio pero necesario reafirmar que la materia del aborto es competencia de los estados y no del gobierno federal de los Estados Unidos Mexicanos, incluida la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por cuatro razones sin alguna en contra: (i) el Artículo 124 de la Constitución citado que distribuye conceptualmente las materias entre la federación y los estados, (ii) el reconocimiento expreso del go-

27 Ibídem Pág. 7.

28 [http://www.org/dil/esp/tratados B-32 Convención Americana sobre derechos Humanos firmas.htm](http://www.org/dil/esp/tratados/B-32/Convención_Americana_sobre_derechos_Humanos_firmas.htm), Departamento de Derecho Internacional OEA, Estado de firmas y Ratificaciones, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36 8B-32.

29 García Ramírez, Sergio, Boletín Mexicano de derecho Comparado, volumen XXXVIII, Núm. 114, septiembre-diciembre 2005, Págs. 1026 a 1036 -nota de pie de página 65-, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México.

30 Diario Oficial Órgano del Gobierno Provisional de la República Mexicana, Tomo V, 4a. Época, lunes 5 de febrero de 1917, Número 30, Ídem Pág. 159.

31 Ver supra Notas de Pie de Págs. 5 y 8.

bierno federal de que el aborto es una materia estatal, hecho al aprobar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y (iii) la reforma del Artículo 1o. de la propia Constitución del 11 de junio de 2011, que por vía de remisión a la mencionada Comisión, establece el rango de derecho humano (garantía individual en el lenguaje anterior) constitucional del derecho a la vida a partir de la concepción, y (iv) la inexistencia de casos ni de condiciones de restricción, ni de suspensión alguna de dicho derecho en la propia Constitución.

Ya desde 1959, en que se preparó por el Consejo de Juristas o Jurisconsultos el proyecto de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, para dar cumplimiento a su Quinta Reunión de Consulta celebrada en Santiago de Chile entre el 24 de agosto y el 9 de septiembre de ese mismo año, y que en el Capítulo I de su primera Parte (Artículos 2 al 19) enumeraba y definía los derechos civiles y políticos objeto de protección internacional y que incluían “el derecho a la vida”, aunque era un documento preliminar (como lo anticipó la Delegación de Argentina), la Delegación de México hizo una declaración de abstención de voto de la Resolución respectiva porque consideró que la preparación del Proyecto de Convención de Derechos Humanos, y la creación de la Comisión Interamericana para la protección de los Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se habían llevado a cabo sin pensar ni considerar que se trataba de un instrumento que ampliamente restringía a las jurisdicciones domésticas, lo que seriamente comprometía la responsabilidad internacional del Estado.³²

Sergio García Ramírez, quien fuera Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, escribía en 2005 sobre “La Pena de Muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana”,³³ partiendo del análisis del Artículo 4 párrafo 1 arriba transcrito, diciendo que no obstante que reconoce que el derecho a la vida tiene límites como los tienen otros derechos, y que en términos de la propia Convención, lo son los derechos de los demás, la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática, “[l]a protección que la CADH ofrece al derecho a la vida se inicia en “la concepción”, esto es a partir de que se produce la unión de los óvulos (sic) y comienza la preñez. Antes no habría vida ni expectativa: *spes vitae*”.³⁴

Hacía notar que el tema era polémico. El mismo se cuestionaba. “¿Realmente hay –ya– vida humana cuando ocurre la concepción? ¿Es preciso que la tutela de la ley comienza en ese instante, con todas sus consecuencias: las de orden civil y familiar por una parte, y de carácter penal –las más intensamente controvertidas–, por la otra? ... Las que esta cuestión suscita incorporan en la Convención un dato de relatividad que no

32 Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, General Secretariat of the Organization of the American States, Washington, D.C. 1973, Págs 66. 67 y ss y 272 y 273 y ss.

33 García Ramírez, Sergio, Ibidem Págs. 1021 a 1028.

34 Ibidem Pág. 1034.

existe en otros extremos: “en general”... [y derivado de la inclusión de dicho término plantea entonces teóricamente] la posibilidad de que la protección a la vida, el derecho fundamental, pueda comenzar en otro momento, si así lo resuelve el legislador interno ... tutela en un estado posterior a la preñez ... [pero aclara inmediatamente que] [1] a expresión utilizada en el pacto de San José no implica por supuesto, que la tutela de la vida deba diferirse a hasta un momento posterior a la concepción ... habría que distinguir entre los que evitan la concepción y los que más que evitarla, suprimen sus consecuencias [y salvo referencia que hace a que] ... la Convención de los Derechos del Niño, de 1989 ... no dice a partir de qué momento o de qué acontecimiento se entenderá que existe un ser humano [pero decide el propio García Ramírez] ... no es [el] propósito ir más lejos, en este momento, a propósito del derecho a la vida”.³⁵

Sin perjuicio de regresar más adelante en este mismo artículo a la “declaración interpretativa” antes mencionada que hizo México al adherirse a la CADH, no podemos dejar de comentar que la expresión “en general” incluida en el texto de la propia Convención, no puede tener otro significado que el de prever que es una regla general, pero que admite excepciones. El Diccionario de la Real Academia Española literalmente menciona “... en general, o por lo general/m. adv. En común generalmente// 2. Sin especificar ni individualizar cosa alguna”.³⁶ Es decir no significa que siempre se dé, pues de otra manera habría usado excepciones tales como “siempre será así” o “nunca habrá excepciones”.

Complementando la idea de García Ramírez que, refiere la utilización de la forma adverbial “en general” al tiempo, es decir, a partir de cuándo existe la protección, podríamos igualmente referirlo al modo, y darle con ello el sentido que los incluyentes del mismo en el texto de la CADH pudieron haber buscado, es decir que efectivamente podría llegar a haber excepciones en las que los derechos de terceros por ejemplo, excepcionalmente toleraran la improtección del derecho a la vida y con ello su insanccionabilidad. Tal ha sido el caso, por ejemplo, de la impunidad del aborto causado por imprudencia de la madre.

Por cuanto a la inclusión del término “en general”, permisivo de excepciones por las legislaciones nacionales, se puede observar que fue un término incluido muy probablemente a manera de transacción en el proceso de negociación de la Convención. El Artículo 2 del Capítulo II del Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, aprobada por la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (Acta Final) en septiembre de 1959, no incluía el término “en general”. Ni siquiera tenía, como sí lo hacía con algunos otros artículos, textos alternativos identificados como “Variante A” y “Variante B”, como sí lo hizo con los Artículos 49 (relativo a la recepción de pe-

35 Ibidem Págs. 1034 y 1035.

36 Ibidem, Real Academia Española, Diccionario Pág. 661 “general (Del latín *generalis*) común y esencial a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos aunque sean de naturaleza diferente”.

ticiones de violación de la Convención por un Estado) y el 74 (consentimiento sobre la jurisdicción de la Corte con respecto a una Estado Contratante).³⁷ Sin embargo, el Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos –CIJ–(Derechos Civiles y Políticos) Primera Parte, ya se refiere a que la Comisión opina que deben preferirse los textos de entre otros, el inciso 2 “... del proyecto de Uruguay... por ser más completos y precisos que los del Consejo”. No obstante, la Comisión sin mayor explicación, acordó recomendar lo siguiente: (a) en el párrafo 1, añadir las palabras “*y en general*” después de las palabras “*por la ley*”.³⁸

Es posible pensar que México haya sido uno de los objetantes de la propuesta del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, ya que aunque de manera genérica, en el Capítulo de Declaraciones y Reservas, Resolución XX, la Delegación como ya se mencionó, se abstuvo de votar porque consideró entonces que el Proyecto no había sido conducido con la razonabilidad y consideración necesarias de un instrumento que de manera tan amplia restringe la jurisdicción doméstica y compromete de manera muy seria la responsabilidad internacional de un Estado.³⁹

Habiendo analizado ya el régimen de excepción del derecho a la vida y las razones argumentables, toca ahora a hacer el análisis de la regla general la cual resulta bastante simple por la claridad del texto, que como hemos transcrito más arriba, a la letra dice: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, en general, a partir del momento de la concepción.”

El principio general que establece es que toda persona, es decir, todo sujeto de derechos y obligaciones, con o sin capacidad de ejercicio, pues no hace distinción, tenga derecho a que se respete su vida, es un derecho no otorgado por la Convención sino únicamente reconocido por ésta, ya que su fundamento está en los atributos esenciales de la persona humana, y fue ello lo que justificó para los signatarios una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno.⁴⁰

37 Ibidem. Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968. General Secretariat of the Organization of the American States, Washington, D.C. 1973. Págs. 23, 256 y 268.

38 Sin embargo, la Comisión acordó recomendar lo siguiente: inciso (a) en el párrafo 1, añadir las palabras “*y en general*” después de las palabras Ibidem. Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968. General Secretariat of the Organization of the American States, Washington, D.C. 1973. Pág. 320.

39 Ibidem. Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968. General Secretariat of the Organization of the American States, Washington, D.C. 1973. Pág. 273.

40 https://www.oas.org/dil/esp/tratados/B-32_Convención_sobre_Derechos_Humanos.pdf, Organización de los Estados Americanos, Ver Preámbulo de Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos Humanos (B-32), Departamento de Derecho Internacional, Secretaría de Asuntos Jurídicos, Página Principal de Tratados Multilaterales, Página Principal del Tratado.

La Convención obliga a los países parte, como sujetos pasivos de quizá la relación jurídica bilateral más importante derivada de esa disposición internacional, con la “persona” titular del derecho correlativo, primero a no atentar, mucho menos privar de la vida a esa “persona”, es decir a cada uno de los integrantes de la sociedad o población de ese estado firmante. Aunque seguramente debatible a los ojos de los abortistas, habrá que determinar si el estado parte de la Convención obligado por la norma habría de darle tratamiento de persona al óvulo, embrión o feto en sus distintas etapas a partir del momento de la concepción, o meramente considerarlo un supuesto normativo que genera protección jurídica. Sin necesidad de entrar a ese debate, tomemos el caso del Artículo 22 del Código Civil Federal, o de la ahora Ciudad de México, que protege “al individuo” desde el momento en que es concebido. Conforme a la más elemental técnica jurídica normativa, alguien tendrá que resultar obligado a respetar la vida, y alguien tendrá también que resultar facultado para defender ese derecho.⁴¹ El gobierno del estado pactante de la Convención es sin duda obligado a cumplir con su obligación convencional de respetar la vida “a partir del momento de la concepción”, primero mediante un texto de ley que así lo establezca y segundo, haciéndolo cumplir.

2. Conferencias Internacionales de la ONU Subsecuentes Contravinientes de la CADH

a. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Naciones Unidas). El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994

El Informe de dicha Conferencia, en el inciso c., del Capítulo VIII del Anexo, denominado Salud, Morbilidad y Mortalidad, se refiere a la salud de la mujer y a la maternidad sin riesgo en su página 54 y siguientes.⁴² Específicamente señala que “... se ha estimado que alrededor de medio millón de mujeres fallece cada año por causas relacionadas con el embarazo, el 99% de ellas en países en desarrollo... [Y que] [s] egún la Organización Mundial de la Salud (OMS)... el riesgo de muerte... es de uno en 20 en los países en desarrollo... y de uno en 10,000 en algunos países desarrollados.” No obstante, las generalidades expresadas por cuanto a su premisa de los hechos, las cifras son “estimadas”, tratarse de causas “relacionadas con el embarazo” e información atribuida a la OMS, brinca abruptamente a las “medidas” que habrán de tomarse para en 20 años (2015) lograr la reducción a la mitad, y para ello señala que particularmente los países en desarrollo deberían tratar de reducir la mortalidad materna para entre otros impedir los nacimientos de alto riesgo.

Aunque dice que deben en esos países los adolescentes de ambos sexos recibir educación, y en ningún caso “promover el aborto como método de planificación familiar... y hacer todo lo posible por (sic) eliminar la necesidad del aborto...” concluye que “...

41 Müggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización Segunda Parte, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Número 40 México 2016. Pág. 379 y ss.

42 [https:// documents-dds—ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement) OpenElement

en los casos en que el aborto no es contrario a la ley, los abortos deben realizarse en condiciones adecuadas... y las mujeres... tener acceso a servicios de calidad para tratar las complicaciones del aborto”. Es decir dio por hecho que sus premisas probables son ciertas, y aunque hace recomendaciones que pretenden matizar sus conclusiones, acaba recomendando la práctica de servicios abortivos de calidad. Y de ahí se pasa en el Capítulo V, a la Aprobación del Programa de Acción.

No obstante, como países firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Argentina, República Dominicana, Ecuador, Guatemala y Perú, expresamente se pronunciaron de una u otra forma mediante declaraciones y reservas a favor de reconocer el derecho a la vida desde el momento de la concepción, en el Capítulo V del Índice general de la Conferencia, visible en la página 125 y siguientes. Otros países no miembros de dicha Convención, tomaron posturas similares. México, no obstante ser país firmante de la propia Convención Americana, no hizo pronunciamiento alguno al respecto.

b. Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995

El Informe de dicha Conferencia inicia afirmando que se aprueba la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing y recomienda a la Asamblea General de las Naciones Unidas que en su quincuagésimo período de sesiones, haga suyas dichas Declaraciones y Plataforma.⁴³

Al referirse a las medidas que han de adoptar los gobiernos de manera positiva, establece que deben conceder especial importancia a los servicios de maternidad y obstetricia y alentar la preparación, aplicación y divulgación de códigos de ética, pero inmediatamente relativiza dichos principios a los que estén “... orientados por los códigos internacionales de ética médica al igual que por los principios éticos que rigen a otros profesionales de la salud”. Nuevamente supone cierto otro hecho, siempre argumentado al respecto, y les alerta a “... reconocer y afrontar las consecuencias que tienen para la salud los abortos peligrosos, por ser una cuestión de gran importancia para la salud pública...” buenamente destaca también no obstante lo anteriormente dicho que “[e]n ningún caso se debe promover el aborto como método de planificación de la familia”.⁴⁴

Cabe recordar cómo contrario a lo dicho, no sólo a alguna ignorante diputada que confundía a la Declaración de Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer como un tratado internacional, y que en la misma línea de pensamiento, las Comisiones Unidas de Administración y Procuración de Justicia de Salud y Asistencia Social y de Equidad de Género de la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal, “abogaban” que conforme al Artículo 4o. constitucional, el aborto era un método contracepcionista al

43 <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

44 Ibídem Págs. 41 y 42.

decidir “de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”.⁴⁵

Retomando la Declaración mencionada, se hace necesario destacar que la misma incluye también dentro de las medidas que han de adoptar los gobiernos, la de “alentar... a los hombres a asumir la responsabilidad de su comportamiento sexual con respecto a la procreación...”.⁴⁶

No obstante haber suscrito México la mencionada Declaración sin reserva ni declaración alguna, menos aún en materia de igualdad del hombre con la mujer por cuanto al comportamiento sexual y de procreación, la legislación abortista y su convalidación judicial, contraviene a la propia Declaración.⁴⁷

A diferencia de México, también firmante de la CADH, Argentina, República Dominicana, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Perú y la propia Venezuela, de manera congruente, expresamente hicieron reservas y declaraciones en materia de respeto al derecho a la vida y/o el aborto como método de control de la natalidad.⁴⁸

3. Convención sobre Derechos del Niño

Esta Convención fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990 cuando conforme a su Artículo 49, transcurrieron 30 días siguientes al depósito del vigésimo instrumento de ratificación o adhesión con su Secretario General. Inconsistente con su Preámbulo que reconoce que “... el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes (el subrayado es nuestro) como después del nacimiento”, al definir lo que se entiende por niño dice que es “... todo ser humano menor de dieciocho años de edad ...” pero contradictoriamente también con su propio Preámbulo, se abstiene de mencionar cuándo se empieza a ser niño, ni refiere a la preprotección del mismo.⁴⁹

Las leyes tanto federales como de la ahora Ciudad de México, sobre derechos de niñas, niños y adolescentes, se han referido a los niños y niñas como “... las personas de hasta 12 años incompletos...” la primera y la segunda y como “...menores de doce años...” (la de la Ciudad de México). Pero otra vez, a pesar de remitir expresamente a los tratados internacionales, jamás establecen a partir de cuándo se inicia la protección. Desconocen que el Preámbulo de la Convención sobre Derecho del Niño se refiere a su pro-

45 Müggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización, Primera Parte, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, No. 39, 2015, Págs. 573 y 581.

46 Ibidem Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Pág. 44.

47 Müggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización, Primera Parte, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, No. 40, 2016, Pág. 372 y ss.

48 Ibidem Declaración y Plataforma de Acción de Beijing Págs. 164, 167, 169, 173, 180 y 186.

49 UNICEF <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

tección desde antes de su nacimiento. La Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el Diario Oficial de la Federación de 29 de mayo de 2000, abrogada por la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el propio Diario, el 4 de diciembre de 2014, se refirió en su Artículo 6., a la aplicabilidad de "... los principios generales que deriven de dichos ordenamientos ..."; la segunda, también de manera expresa, además de referirse entre otros a la progresividad de esos derechos, volvió a remitir expresamente a los tratados internacionales en su Artículo 6., inciso II. En la misma forma, la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 12 de noviembre de 2015, en su Artículo 2., inciso III se refiere a que la legislación, entre otros deberá ser conforme a "... los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano de manera transparente y accesible." No obstante ello, y que en sus Artículos 15, 14 y 13 inciso I respectivamente reconocen el derecho a la vida o a que se les preserve éste, nunca han definido cuándo se inicia, pues el conteo lo hacen refiriendo al final de la etapa, o bien como menores o hasta los doce años. Más aún, tanto la ley federal abrogada como la vigente en la Ciudad de México, en contravención a la Convención sobre Derechos del Niño, descartan la posibilidad de que se les proteja antes del nacimiento, pues los definen como personas y con ello en términos de la ley civil, al no ser personas los no nacidos para efectos de la misma, les niegan protección antes del nacimiento.⁵⁰ Ignoraron sin embargo, que no obstante que los concebidos no nacidos, si bien no tienen capacidad jurídica en el derecho positivo mexicano, es decir, no son personas, sí están protegidos por la ley.⁵¹

4. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Aunque evidentemente dicha Convención, la que México firmó *ad referendum* desde su origen, el 23 de mayo de 1969,⁵² por razones de su materia no se refiere evidentemente al derecho a la vida ni a su iniciación, sí contiene disposiciones de la mayor tras-

50 Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Diario Oficial de la Federación del 4 de diciembre de 2014. Ley de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 12 de noviembre de 2015.

51 "Artículo 22. La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código". Diario Oficial, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, 26 de mayo de 1928, Sección Tercera, Pág. 7, y del lunes 29 de mayo de 2000 Sección Primera, Pág.14. "ARTICULO PRIMERO.- Se modifica la denominación del Código Civil para el Distrito Federal en materia Común y para toda la República en Materia Federal y con ello se reforman sus artículos 1o. ... para quedar como sigue: CÓDIGO CIVIL FEDERAL. Artículo 1o.- Las disposiciones de este Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal."

52 Diario Oficial de la Federación, Órgano del Gobierno Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, 14 de febrero de 1975, Tomo CCCXXVIII, No. 31, Pág. 4 y ss.

cendencia por cuanto a las obligaciones que los países que son parte de tratados deben respetar. El Apartado o Artículo 18 de dicha Convención prevé “Un estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado...”. De igual manera, establece que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...” Resulta prudente además, dejar constancia de que los Estados parte de dicha Convención, advirtieron que “... los principios de libre consentimiento y de la buena fe y la norma ‘pacta sunt servanda’ están universalmente reconocidos”. En el desarrollo del tema habremos de formarnos una conclusión de si México ha violado algunos tratados o convenciones internacionales mencionados de los que es parte, y si se ha apartado de los principios de las conferencias en la que ha participado.

3. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A. Acciones de Inconstitucionalidad

Habiendo sido publicada el 26 de abril de 2007 e iniciada la vigencia de la reforma al Artículo 144 del Código Penal para el entonces Distrito Federal que “despenalizó” el aborto al conceder el derecho a “interrumpir el embarazo” hasta la décima segunda semana de gestación,⁵³ tanto el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como el Procurador General de la República (coincidentalmente este último –Eduardo Medina-Mora- ahora Ministro de la Corte), interpusieron acción de inconstitucionalidad en contra de dicha reforma aprobada por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

A la primera le correspondió el número 146/2007, y la segunda le fue acumulada con el número 147/2007. El asunto (“Despenalización del Aborto antes de las Doce Semanas de Gestación”) fue radicado en el Pleno, el Ministro Ponente fue Sergio Salvador Aguirre Anguiano, pero ante el desacuerdo con su proyecto por parte de la mayoría de ministros del Pleno de la Corte, su engrose fue asignado al Ministro José Ramón Cossío Díaz (Visible en <https://sitios.scjn.gob.mx/codhap/content/aborto-despenalizacion/C3%B3n-del-abort...>).

La impugnación no se concretó al Artículo 144 mencionado sino además, a los Artículos 145 a 147 del propio Código Penal, y a los artículos 16 bis y 16 bis 8 de la Ley de Salud para el Distrito Federal. El Procurador también impugnó la constitucionalidad del Artículo Tercero Transitorio del Decreto de reformas mencionado, y el Presidente de la Comisión la del 148 del Código Penal y 16 bis 7 de la Ley de Salud mencionados.

53 Artículo 144 del Código Penal del Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal del 26 de abril de 2007, Pág. 2, “Aborto es la interrupción del embarazo después de la décima segunda semana de gestación. Para los efectos de este Código, el embarazo es la parte del proceso de la reproducción humana que comienza con la implantación del embrión en el endometrio.”

1. Conceptos de Invalidez Constitucional del Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos

El Presidente de la Comisión planteó como Primer Concepto de Invalidez el derecho a la Vida del Producto de la Concepción, reconocido dice, en los Artículos 22, 123 A fracciones V y XV apartado B fracción XI, inciso c de la Constitución, que resultan en la prohibición de la pena de muerte y la preservación de la vida como límite al poder del Estado para poder aplicar sanciones contrarias a los derechos humanos, así como impedir al propio Estado la aplicación de sanciones inusitadas y trascendentes y en la necesidad de homologar la Constitución con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que buscan la preservación de la vida. Argumentó el propio Presidente que la vida es un derecho imprescriptible, esencia de la persona humana y fundamento del orden constitucional, reconocido en la propia Constitución y valor fundamental de la persona. Siguió señalando el Presidente de la Comisión, que la reforma de los artículos mencionados del Código Penal del entonces Distrito Federal está en colisión con el derecho a la vida del producto de la concepción, ya que sólo penaliza que se atente contra el producto de la concepción después de las doce semanas de haberse implantado el embrión en el endometrio, y que no se pueden desproteger las distintas etapas de la vida humana por ser un desarrollo de la vida misma. Concluye que la Constitución impone al Estado la obligación de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso de gestación; no debe actuarse en contra de la procreación; ejercido el derecho se establecen derechos y obligaciones tanto para el Estado como para los progenitores. La autodeterminación de la mujer se da antes de ejercer el derecho a la procreación, después estará limitada por la vida del producto y el progenitor, y no se puede otorgar un derecho fundamental con el propósito de anular otro. El Segundo Concepto de Invalidez del Presidente de la Comisión, se refirió al Derecho a la Vida misma, previsto también en la Convención Americana de los Derechos Humanos como Tratado Internacional que conforme al Artículo 133 Constitucional y algún precedente judicial al que remite, que lo ubica por encima de las leyes federales y locales. En concreto explica que conforme a la declaración interpretativa del término “en general”, como se ha mencionado en el apartado II. B. 1. anterior de este mismo artículo, que hizo el Gobierno Mexicano por cuanto a que no constituía una obligación para el Gobierno Federal por ser una materia “reservada a los Estados”, se refiere a que puede haber excepciones “en virtud de una causa justificada”, pero no que el Estado pueda expedir leyes que de manera absoluta “vayan contra la vida desde la concepción”, permitirlo “sería ir en contra del objeto y fin del tratado”. El Tercer Concepto de Invalidez expuesto señala que la protección del proceso de gestación es una “condición necesaria para para que se llegue al nacimiento”. En el Cuarto relativo a los derechos de igualdad, procreación y paternidad, argumenta que “[n]o es admisible que solamente una persona decida sobre el producto de la concepción... privaría al padre del derecho a tener descendencia”. Como Quinto Concepto de Invalidez señala el Presidente de la Comisión que el Artículo 1o. de la Constitución, establece (en su texto entonces vigente) el derecho de igualdad para todos, incluidos la vida y el proceso de gestación, y con ello prohíbe la discriminación, pues no se da razón para distinguir por qué no se protege la

vida antes de las doce semanas y sí después. En el Sexto Concepto de Invalidez se refiere a la igualación de los desiguales en el caso de mujeres menores en que se desconoce su incapacidad y la responsabilidad que deriva de la patria potestad de los padres y la tutela del tutor, poniendo en riesgo la salud de la menor. Como Séptimo Concepto de Invalidez se refiere al principio constitucional de “exacta aplicación de la ley penal” que se viola, ya que entre otros dice, no se determina la forma de contar el plazo de doce semanas que se inicia con la implantación del embrión en el endometrio. En el Octavo Concepto de Invalidez, argumentó el Presidente que hubo invasión de competencias, pues no obstante que la salud es una materia concurrente, la Ley General de Salud y su Reglamento que se refieren al embarazo como “la fecundación del óvulo” responden a la facultad que la propia Constitución confirió a la Federación en los Artículos 4o. y 73 fracción XVI, en tanto que la Ley de Salud para el Distrito Federal lo define como “la implantación del embrión en el endometrio”. Planteó también el Presidente en el Noveno Concepto de Invalidez, que se viola la libertad de expresión y de pensamiento, pues se impide el ejercicio de ésta cuando no se hace excepción en la Ley de Salud para el Distrito Federal para que los intervinientes (médicos gubernamentales) que tengan “objeción de conciencia”, puedan excusarse de participar en el proceso abortivo, consagradas en los Artículos 6o. y 24o. de la Constitución y en los Artículos 12 y 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos respectivamente. Por último, como Décimo Concepto de Invalidez, el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos señala que la Ley de Salud para el Distrito Federal viola el principio de legalidad conferido por los Artículos 4o. y 16o. de la Constitución cuando en sus Artículos 16o. bis 6o., y particularmente 16o. bis 8, refiere a los servicios de consejería después de practicado el procedimiento de aborto en los casos contemplados por el Artículo 148 del Código Penal (que refiere a excluyentes de responsabilidad en el caso del delito de aborto), mas no en los casos de embarazos del Artículo 144, es decir, de aquéllos en los que el embrión tiene doce semanas o menos.⁵⁴

2. Conceptos de Invalidez Constitucional del Procurador General de la República

Argumentó el Procurador en su Primer Concepto de Invalidez que las garantías (actualmente derechos humanos) no pueden restringirse ni suspenderse, y que el derecho a la vida es presupuesto indispensable de todos los demás derechos. Argumenta también dentro del mismo contexto que la legislación ordinaria reconoce que el ser humano inicia su existencia desde la concepción refiriendo al Artículo 22 del Código Civil Federal y que desde que inicia, hasta que se presentan los signos de muerte cerebral o de muerte relativos a ausencia completa y permanente de consciencia, de respiración espontánea, de reflejos del tallo cerebral y paro cardíaco irreversible en términos del Artículo 343 de la Ley General de Salud, y que desde la fertilización debe ser protegida, independientemente de la etapa del desarrollo biológico en que

⁵⁴ <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/content/aborto-despenalizaci%C3%B3n-del-abort...> Págs. 1 a 21.

se encuentre. Agrega que el Estado debe velar por fomentar el valor de la vida humana y que para preservar la vida humana, debe tutelar el derecho a la vida a través de la salud, protección y fomento del núcleo familiar, la paternidad responsable, decisión sobre el número y espaciamiento de hijos, prohibición de la justicia por propia mano, prohibición de la pena de muerte, protección de la maternidad durante el embarazo, reconocimiento de igualdad; sigue diciendo que a la décimo segunda semana de gestación se advierten en el embrión los órganos vitales de un individuo formados casi en su totalidad, se advierte igualmente durante las mencionadas primeras doce semanas gestación, la existencia de otro bien de igual o superior valor y sin embargo se le sacrifica. Como Segundo Concepto de Invalidez, el Procurador reitera que la Asamblea Legislativa se extralimitó en sus facultades, pues definir el embarazo es una cuestión de salubridad general que compete al Congreso de la Unión, el Ejecutivo Federal en su facultad reglamentaria y al Consejo de Salubridad General y que el entonces vigente Estatuto de Gobierno del Distrito Federal vinculaba la facultad legislativa local en materia de salud, a los lineamientos establecidos en la Ley General de Salud; más aún, señala que haber facultado al Jefe de Gobierno del Distrito Federal, para emitir Lineamientos Generales de Organización y Operación de los Servicios de Salud Relacionados con la Interrupción del Embarazo, implica una invasión de competencias, pues su concurrencia se limita exclusivamente a la organización, operación y evaluación, sin posibilidad de planear, normar o conducir los servicios de atención materno infantil, planificación familiar e investigación para la salud. Como Tercer Concepto de Invalidez señala el Procurador que el Artículo 144 del Código Penal referido, viola el 4o. constitucional que consagra el derecho de procreación que incluye el decidir libremente el número de hijos, ya que el aborto no puede considerarse como un medio de planificación familiar, derecho de hombre y mujer, pero no exclusivo de uno de éstos. En el Cuarto, hace ver que el Artículo 144 del mencionado Código Penal viola el Artículo 14 constitucional en lo relativo a la certeza jurídica, particularmente en materia penal, al no haber previsto los métodos y técnicas o estudios que permitan precisar cómo se determinan las doce semanas a que se refiere el tipo penal. En el Quinto Concepto de Invalidez se hace ver que el Artículo 144 mencionado viola las garantías de no discriminación e igualdad consagradas en el Artículo 1o., tercer párrafo y 4o., primer párrafo constitucionales ya que sólo protege al producto después de la referida semana doce de gestación, derechos protegidos inclusive internacionalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que la distinción sobre cuestiones orgánicas y de viabilidad, no dividen al ser humano en gestación por etapas para efectos de protección de la ley; de igual forma se discrimina al hombre pues se le priva de la libertad de decidir sobre la gestación de sus hijos. En el Sexto Concepto de Invalidez se plantea que la obligación de las autoridades del sector público de atender las solicitudes de “interrupción del embarazo”, también viola la Ley Suprema, pues violenta el derecho de tales autoridades para negarse a ello por razones de conciencia. En el Séptimo Concepto de Invalidez señala el Procurador que se viola la garantía de igualdad, pues la Asamblea Legislativa previó en el Artículo 146, también impugnado, que en el aborto forzado contra la voluntad de

la mujer, el ilícito se comete en cualquier momento del embarazo, en tanto que el 144 señala que el embarazo como parte del proceso de reproducción humana, comienza con la implantación del embrión en el endometrio cuando como inclusive dice la propia Suprema Corte ha establecido el derecho del concebido desde la unión de los gametos, y científicamente se sabe que la implantación del embrión en el endometrio transcurre en un período que va de 4 a 8 ó 9 días, con lo cual la Asamblea está permitiendo que incluso sin el consentimiento de la madre, se prive de la vida al embrión antes de dicha implantación. En el Octavo Concepto de Invalidez el Procurador argumenta que el Artículo 1o. constitucional prohíbe la discriminación por cualquier motivo, inclusive por razones de edad, y que el Artículo 144 impugnado hace esa discriminación, aunque sea por días o semanas. Finalmente, planteó el Procurador como Noveno Concepto de Invalidez, la garantía de legalidad prevista en el Artículo 16 constitucional pues considera que la asamblea defienda carecía de facultades para establecer que la mujer pudiera abortar dentro de las doce semanas de gestación, ya que la propia Federación canceló su facultad de privar de la vida, inclusive cuando reformó el Artículo 22 constitucional proscribiendo la pena de muerte.⁵⁵

3. Informe de la Asamblea Legislativa del D.F. como Autoridad Emisora de las Normas Impugnadas

a. Contra el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el Presidente de la Comisión de Gobierno de la Asamblea, argumentó de manera formal que correspondía a la Comisión y no a su Presidente, promover la acción de inconstitucionalidad, así como que una amplia mayoría legislativa había adoptado una decisión que expandía y protegía derechos fundamentales, y a manera de preámbulo quizá, negó que en la Constitución se previera “el derecho a la vida del producto de la concepción”, así como que hubiera jerarquización de los derechos fundamentales, pero como si no estuviera muy convencido de lo dicho en primer término, afirma que “[e]ntre el derecho a la vida del producto de la concepción” y “los derechos y libertades de decisión, procreación, intimidad, salud y vida de la mujer ... deben prevalecer éstos”. Agrega finalmente que la Constitución y el Estatuto de Gobierno “facultan a la Asamblea Legislativa para legislar en materia penal y para normar la salud”. Por cuanto al fondo y con el propósito de desvirtuar los conceptos de invalidez del Presidente de la Comisión, argumenta contradictoriamente reconociéndolo una vez más, que el derecho a la vida “no es absoluto ... y que no puede afirmarse su supremacía a priori”, que no lo distingue de los demás seres vivos (sic), que sea condición necesaria para el ejercicio de otros derechos dice, no supone que tenga mayor jerarquía (sic), que la demanda del Presidente de la Comisión no justifica que el Artículo 4o. constitucional proteja la salud del producto de la concepción y que el 123 de la misma, sólo protege la salud de la mujer trabajadora embarazada. Agrega que la referencia

55 Ibídem Págs. 22 a 48.

a la concepción, de ninguna manera supone que el producto de ésta sea titular de derechos, y que carece de sustento la afirmación de que el Estado tenga la obligación de proteger el producto de la concepción, y que el derecho a la procreación como lo propone el accionante, desconoce el derecho fundamental de la mujer a la autodeterminación de su cuerpo, que implicaría la negación de la libertad reproductiva dice, después de la fecundación y la sujeción del cuerpo de la mujer a los intereses del producto de la concepción y que el derecho de procreación del hombre se traduce en un trato discriminatorio a la mujer, y “se opone” por ello entonces a la ponderación de valores constitucionales. Afirma también el asambleístico comisionado presidente, que el derecho a la vida es de las personas, y que aunque la Constitución no lo “explicita”, lo utiliza para referirse a personas ya nacidas, y que atribuirlo a los concebidos sería una ficción, y que no todos los bienes constitucionalmente protegidos pueden ser titulares de los derechos fundamentales, y asimismo que la obligación de proteger al producto de la concepción en el sistema de seguridad social está a cargo del patrón. Continúa diciendo que la Constitución no obliga al legislador a penalizar “la interrupción del embarazo”, que sería un trato desigual con respecto a los hombres, negarles la libertad de disponer de su cuerpo, pero contradictoriamente afirma entonces que *¡sí existe jerarquía!* “... entre el bien constitucionalmente protegido, consistente en la protección del producto de la concepción y el derecho fundamental de la mujer de decidir sobre su propio cuerpo”. Atribuye al embrión únicamente el carácter de potencial de ser humano, “... incapaz de realizar funciones biológicas y cognitivas”, y que siendo una práctica la interrupción del embarazo aunque no esté permitido (*sic*), “... resulta constitucional garantizar el derecho ...” Interpreta el legislador todavía defeño que el Estado Mexicano no reconoció la obligación de proteger la vida a partir de la concepción prevista en la Convención Americana de los Derechos Humanos por ser una materia que se reservó como competencia de los Estados, y que al prever la Constitución que “nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”, no se incluye a los embriones y fetos. Argumenta, como se hiciera en el supuesto debate de la propia Asamblea, que el Artículo 4o. de la Constitución, otorga el derecho de decidir el número y espaciamiento de sus hijos “a la persona y no a la pareja” y que debe prevalecer el derecho de la mujer, ya que ello “no afecta permanentemente (*sic*) el derecho de procreación del varón”. Con la misma ligereza argumentativa sostiene que las disposiciones combatidas no violan el principio de exacta aplicación de la ley “... ya que el margen de error en la determinación del momento de implantación del óvulo en el endometrio es muy pequeña (*sic*), y es más difícil determinar el momento de la fecundación... [pero que] los adelantos médicos y científicos permiten determinar la edad del producto de la gestación.” Agrega con ambigüedad y sin criterio científico, que el embarazo está evidenciado por cualquier signo presuntivo, como la suspensión de la menstruación o prueba positiva de embarazo médicamente aceptada, la que sólo puede resultar positiva cuando se ha implantado el óvulo en el endometrio; y regresando a los argumentos formales, afirma que haber señalado el Presidente de la República en la disposición reglamentaria que el embarazo es el período comprendido desde la fecundación del óvulo hasta la expulsión o extracción del feto, hace necesario concluir que éste se excedió en su

facultad reglamentaria, por no subordinarse a las normas sustantivas contenidas en la Ley General de Salud.⁵⁶

b. Contra el Procurador General de Justicia, el Presidente de la Comisión de Gobierno de la Asamblea, argumentó en su Informe que si bien aún no se le había dado al Distrito Federal el carácter de Estado, contaba ya “con una soberanía” dice, y afirma más aún que “se puede transgredir el principio fundamental de competencias (sic) si se afectan las que tienen atribuidas a su favor los órganos de gobierno del Distrito Federal”. Remite inclusive al “Antiguo Testamento y a la antigua Roma” como “precedentes... a las condiciones en que se practica el aborto en el mundo y, en particular en México.” Afirma también que el producto de la concepción “... no tiene la claridad de ser humano... no es titular de los derechos humanos establecidos en la Ley Suprema”; y que los derechos humanos no “puedan hacerse extensivos al producto de la concepción, que carece de atributos para considerarse como individuo (sic)”. Que “antes de las doce semanas de gestación carece de cualidades para tener vida propia”. Concluyó que la Asamblea Legislativa, “sólo recogió una situación fáctica que... provocaba la afectación de los derechos de la mujer... a saber la vida, la salud, la libertad de decisión...” sobre el número de hijos y su espaciamento y el de autodeterminación de su cuerpo.⁵⁷

c. El Jefe de Gobierno como promulgante de las normas impugnadas, argumentó formalmente también que el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos carecía de facultades para promover la acción de inconstitucionalidad por decisión propia “... y que de facto se ha despenalizado el aborto (sic), pues no existen denuncias por la comisión de dicho delito.” Y yendo según esto más al fondo, construye sus falácicos argumentos, al plantear que “[l]os preceptos impugnados no contrarían el derecho de vida, pues este se vincula únicamente con la persona que ha nacido ... [e]l vocablo persona como sujeto de derechos y obligaciones ... requiere de la “capacidad jurídica”, sea ésta de goce o de ejercicio ... los atributos de nacionalidad, nombre capacidad ... dependen del nacimiento [y que n]o debe confundirse la protección al embrión con el derecho a la vida ...[el] ‘nasciturus’ no es titular del derecho a la vida ...el derecho a la vida es inherente a la persona humana ... [y con un planteamiento contextualista afirma] la Convención sobre los Derechos del Niño no dispone que el nasciturus sea un niño, y la Convención Americana de Derechos Humanos ... establece ... estará protegido por la ley en general a partir del momento de la concepción’ ello sólo significa que deban adoptarse medidas legislativas que protejan la vida en gestación ... ninguno de los derechos consagrados en la Convención pueden tener un carácter absoluto ... [y este si acepta] es necesario realizar una labor de ponderación cuando surjan colisiones entre ellos ... la naturaleza relativa de los derechos constitucionales ... falta ... una jerarquía de derechos humanos que sea inmutable y perene ... una consideración contraria llevaría a sustentar la inconstitucionalidad de todas las legislaciones penales

56 Ibidem Págs. 49 a 69.

57 Ibidem Págs. 70 a 76.

... al establecer excluyentes de responsabilidad por el delito de aborto”. Luego recurre inconsistentemente con su postura francamente abortiva, a otros sistemas jurídicos como el alemán, que “... establece un deber de la mujer llevar el embarazo hasta el momento del parto y una obligación estatal la implementación de mecanismos jurídicos tendientes a la protección de la vida del feto [pero] admite la posibilidad de imponer un límite ... cuando el embarazo derive en carga excesiva para la mujer, lo cual acontecería por razones de carácter médico, el feto sufre malformaciones, el embarazo es consecuencia de una violación, o existen serias necesidades económicas de la mujer o de su familia ...” También incongruentemente con su planteamiento se refiere al Consejo Constitucional Francés “... que respeta la libertad de las personas que actúan en una situación de angustia o de motivos terapéuticos...” por igual señaló el Jefe de Gobierno, que conforme a la Comisión Europea de Derechos Humanos “... no toda regulación de la terminación de embarazos no deseados constituye una interferencia con el derecho de la mujer a una vida privada”. Y concluye salomónicamente, que siguiendo un modelo similar al de la mayoría de los países “que se basa en criterios médicos de distinción entre el embrión y el feto con motivo de formación del sistema nervioso central y la corteza cerebral ... [y que le es claro] ... que la regulación jurídica del aborto ... alcanza un equilibrio entre la eficacia de los dos derechos fundamentales de las mujeres y la protección del embrión privilegiándose el derecho de la mujer ... con un valor superior”, sin descartar siquiera otras opciones intermedias menos drásticas como en sus propias palabras, sí lo hace el derecho alemán, que por prever plazos de espera para asesoramiento a la madre, entonces decide también con lógica fallida el Jefe de Gobierno,⁵⁸ no acogerse por resultarle francamente inconveniente a sus intereses abortistas inmediatos. Reitera que el Artículo 1o. de la Constitución se refiere a personas, y que el producto de la concepción no tiene tal carácter. Luego regresa una vez más a los argumentos formales al referirse a que la acción de inconstitucionalidad no sólo no abordó la diferenciación científica entre embrión y feto, pero más aún, “... no tiene el número de votos necesarios para signar el carácter de jurisprudencia a los criterios relativos.” Reitera también formalmente que la Asamblea tiene facultades para expedir la Ley de Salud del entonces Distrito Federal, y con ello que “... la atención de la salud sexual y reproductiva tiene carácter prioritario ... ,y la obligación del Gobierno el Distrito Federal de promover permanentemente políticas integrales tendientes a la promoción de la salud sexual, los derechos reproductivos, la maternidad y la paternidad responsables ... así como apoyo médico en materia de planificación familiar y anticoncepción después (sic) del procedimiento de aborto”. Reitera otra vez formalmente que la facultad de la Asamblea para legislar en materia penal en relación con la interrupción del embarazo, no se encuentra limitada o restringida por la Constitución Federal. Agrega que el embrión sí se encuentra sin embargo protegido (sic), “...a partir de la décimo segunda semana, con independencia de la voluntad de la mujer, dado el grado de evolución del producto y para no poner en riesgo la vida de la

58 Ver: Vives Antón Tomás S y Cuerda Arnau María Luisa, El debate acerca de la Legalización del Aborto, Tirant lo Blanch, México D.F. 2012, Pág. 135.

mujer”. También agrega que “validado por la ciencia médica”, el embarazo empieza con la implantación del cigoto en el endometrio, y no desde la fecundación o penetración del espermatozoide en el óvulo. Que no existe el derecho de la pareja a decidir, sino que es de la mujer porque es en su cuerpo en donde se desarrolla el proceso de gestación. Niega que las normas combatidas “... fomenten la interrupción del embarazo (sic), ya que sólo otorgan la posibilidad a las mujeres que deseen interrumpir su embarazo de acudir a centros hospitalarios que les proporcionen atención segura, con pleno respeto a su dignidad y derechos fundamentales. Considera que “... existen técnicas científicas con un alto grado de exactitud (sic) de la edad gestacional del embrión”. Niega también por infundado que el precepto sea discriminatorio al proteger al embrión desde su implantación en el endometrio y no antes, porque no siendo persona, no cuenta con derechos. Falácicamente (petición de principio) incurre en ilogicismo una vez más, al afirmar con base en generalizaciones, que las normas impugnadas no atentan contra la vida de una persona pues las “... excluyentes de responsabilidad y excusas absolutorias en diversos casos (previstas en códigos punitivos locales y federal) ... no podrían entenderse si atentaran contra una vida indefensa” (sic). De la misma forma niega temerariamente que se contravengan compromisos internacionales, pues México está obligado conforme a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a “... fortalecer la garantía de no repetición de violaciones a los derechos de las mujeres a la interrupción legal del embarazo”. Por último, se le ocurre sugerir que en caso de mujeres menores de edad, si no hubiera consentimiento de quien ejerce la patria potestad, “... podrá llevarse a cabo el procedimiento de controversia familiar”.⁵⁹

4. La Suprema Corte en Pleno, por mayoría de 10 votos, con el voto en contra del Ministro Presidente Gudiño Pelayo, sobreseyó las acciones de inconstitucionalidad respecto de los Artículos 148 del Código Penal y 7o. para el Distrito Federal; por mayoría de 9 votos sobreseyó también la inconstitucionalidad del Artículo Tercero Transitorio del decreto impugnado con el voto en contra, y a favor de declarar la invalidez de dicho artículo de los Ministros Azuela Güitrón y Aguirre Anguiano, quienes además se reservaron el derecho de formular voto de minoría; por unanimidad de 11 votos, se reconoció la validez de los Artículos 16 Bis 6, tercer párrafo y 16 Bis 8, último párrafo de la Ley de Salud para el Distrito Federal; por mayoría de 9 votos se resolvió la validez de los Artículos 144, 145, 146 y 147 del Código Penal mencionado por no violar los principios de certeza y exacta aplicación de la ley, con voto nuevamente en contra una vez más de los Ministros Aguirre Anguiano y Azuela Güitrón; y ya en cuanto al fondo, por mayoría de sólo 8 votos, se resolvió declarar infundadas las acciones de inconstitucionalidad y válidos los Artículos 144, 145, 146 y 147 del propio Código Penal, mismos 8 Ministros quienes desconcertantemente por principio, se reservaron su derecho de emitir voto particular, pero que al no haber sido coincidentes en las razones que fundan el Considerando Octavo no serían obligatorias; los Ministros Aguirre Anguiano, Azuela Güitrón y Ortiz Mayagoitia votaron en contra y a favor de invalidez de dichos

59 Ibidem Págs. 77 a 101.

artículos, así como de que se publicaran en el Diario Oficial de la Federación y en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.⁶⁰

a. A pesar de que los Artículos 148 del Código Penal y 16 Bis 7 de la Ley de Salud, ambos del entonces Distrito Federal, relativos al derecho de objeción de conciencia “cuando sea urgente la interrupción del embarazo”, configuraban al menos parcialmente nuevas hipótesis normativas en el entonces naciente escenario de la despenalización general del aborto antes de la 13a. semana de embarazo, pero no modificados los artículos por haber sido expedidos con anterioridad desde el 16 de julio de 2002 y 26 de enero de 2004, se resolvió no obstante por las mayorías mencionadas, sobreseer por su extemporaneidad. Luego, estando ya presumiblemente predeterminado el sentido de su sentencia presumiblemente para soportar el argumento fáctico de la baja incidencia de denuncias de abortos, el Ministro encargado del engrose, tuvo a bien referir solicitud a todos los tribunales federales y locales por conducto de sus Presidentes, así como a los Procuradores, informaran el número de casos (procesos penales, amparos, averiguaciones previas, consignaciones, etc.) a partir del año 1992, habiendo obtenido conocimiento de que no excedían más de mil casos. De la misma manera se decretó “prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno” de 5 especialistas de instituciones académicas, básicamente de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Politécnico Nacional, y de la Universidad Nacional de Colombia, y se citó a audiencia pública presidida por el Ministro Presidente, en las que asociaciones, agrupaciones y particulares (aproximadamente 80) que desearon hacerlo, “... manifestaron sus ideas ...” al respecto. La conclusión fue que “no existe unanimidad en los criterios éticos, morales, filosóficos, científicos ni legales sobre el momento a partir del cual empieza la vida humana y el momento a partir del cual debe protegerse ésta por el Estado, sustentándose afirmaciones encontradas entre sí. Concluyó el ponente simplísticamente que “[e]n consecuencia...el papel de la Suprema Corte es circunscribir el estudio a la litis planteada...” Contrario a una sana práctica de valoración prudente de la prueba pericial, la Corte optó por desecharla. Por cuanto a la determinación de la prevalencia de la determinación de embarazo, dada la contradicción entre el Reglamento de la Ley General de Salud que lo define como “...el periodo comprendido desde la fecundación del óvulo ... hasta la expulsión o extracción del feto y sus anexos ...”, y la del Código Penal del entonces todavía Distrito Federal reformado, la Corte determinó que el Reglamento sólo lo define para efectos de “investigación para la salud, y no es una definición general que para efectos de la materia de salubridad general establezca la Ley General de Salud, ... [y le] parece difícil (sic), que el desarrollo de un concepto por parte del Poder Ejecutivo Federal pudiera ser aplicable a los demás órdenes jurídicos: el local y el municipal, de manera transversal, aun siendo un desarrollo reglamentario de una Ley General que establece la concurrencia entre estos órdenes... en particular a los de las entidades federativas, los cuales pueden desarrollar estos mismos conceptos de manera concurrente, [y] que la delegación de las materias concurrentes para su

60 Ibidem Págs. 206 a 208.

distribución por el legislador federal ... no implica la observancia obligatoria por los demás órdenes jurídicos de todo el desarrollo reglamentario del Ejecutivo ... no puede establecer jerarquía de los reglamentos federales frente a los estados y municipios. Subsecuentemente la Corte se pregunta sorprendentemente si la Constitución “contempla” el derecho a la vida. Dejando de lado sin razón expresada alguna, la fuente histórica de acceso lógico inmediato, que es el Diario de los Debates del Congreso Constituyente de Querétaro 50,⁶¹ rápida pero también sorprendentemente, asevera la Corte con aparente ligereza que “... de una primera lectura... no encontramos de manera expresa... un derecho específico a la vida...”. Se plantea preliminarmente en su proceso definitorio de su postura, el argumento lógico u ontológico de los contrarios “... de la existencia de todos los demás... derechos [como] ‘esencial’ o ‘troncal’... que sin la existencia del derecho a la vida no tiene cabida ningún derecho”. Empieza por contraargumentar quizá kelsenianamente de manera congruente, si no vemos jurídicamente más allá de la normativa logicista correcta, pero parcial que “...del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia... no se puede válidamente concluir (sic)... que la vida sea más valiosa que cualesquiera de esos otros derechos”. Predica “... que si no se está vivo, no se puede ejercer ningún derecho... pero [que] de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia”. Extrañamente asevera aparentemente de manera analógica que “... un argumento semejante nos obligaría a aceptar también... que el derecho a alimentarse es más valioso que el derecho a la vida... por que el primero es [exclusivamente] una condición del segundo”. Sigue aseverando la Corte que ese argumento “... no distingue entre la naturaleza de los derechos y sus condiciones de ejercicio ...” y que ello “... destruiría la naturaleza relacional de los derechos fundamentales, así como su fundamento democrático ... que se establecen para limitar el ejercicio de los derechos de la mayoría sobre la minoría, pero no para la expresión de un valor fundamental del Estado...” y refiere a que desde la Quinta Época, pasando por la Octava y llegando a la Novena, esa misma Suprema Corte ha aceptado que “... los derechos fundamentales o garantías individuales no son derechos absolutos y admiten la posibilidad de modulación ... y que si el derecho a la vida se encontrara reconocido ‘expresamente’ en la Constitución este sería, de cualquier forma, un derecho relativo ... tendría que ser armonizable con otro conjunto de derechos”. Remata: “No se aprecia... un derecho a la vida a nivel constitucional... el derecho a la vida en los tratados internacionales no se establece ni reconoce como un derecho absoluto,... ni siquiera la Convención sobre los Derechos del Niño incluyó o definió el momento en el cual comienza la protección del derecho a la vida... la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas rechazó una propuesta que definía el concepto de niño desde su concepción hasta los 18 años de edad...”. No obstante, la Corte no pudo dejar de reconocer a la Convención Americana como al menos “... el único instrumento que establece [que] el derecho a la vida ‘estará

61 Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Período Único, Querétaro 21 de noviembre de 1916. Tomo I.-Num.1, Pág. 424 “La conclusión a que se ha llegado, es que el hombre tiene un derecho fundamental, que es el derecho a la vida, y en este derecho está comprendido el derecho a la libertad, el cual se traduce por el derecho a todas las necesidades naturales del individuo.”

protegido por ley... en general a partir del momento de la concepción.” Luego en la construcción de su argumentación lógica predeterminada, se refiere como habría de suponerse, al obstáculo fundamental de todo su razonamiento refiriendo a que México notificó “... que la expresión ‘en general’ ... no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida ‘a partir del momento de la concepción’, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados ... [México] no aceptó el establecimiento de un momento específico a partir del cual debía proteger el derecho a la vida ... [n]ingún instrumento internacional de derechos humanos aplicable al Estado mexicano reconoce el derecho a la vida como un derecho absoluto ... México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción ... lo único que podemos encontrar en la Constitución de manera expresa (sic) ... son ... obligaciones para el Estado de promocionar y hacer normativamente efectivos derechos relacionados con la vida ... la salud, el medioambiente, la vivienda, la protección a la niñez, ... cuidado de las mujeres en el estado de embarazo y parto ... la Constitución no reconoce un derecho a la vida en sentido normativo (sic) ... establece que dada la condición de vida, existe una obligación positiva para el Estado de promocionarla ... no podemos encontrar ningún fundamento constitucional o internacional para un mandato de penalización ... no es posible jurídicamente sostener la existencia de conductas malas en sí mismas (*mala in se*), sino sólo conductas prohibidas ...”. Sorprendentemente la Corte parece sin embargo recular dada su propia aseveración generalizante y absolutista y no meramente excepcional del término, pero sólo preliminarmente en cuanto al derecho a la vida diciendo que “...la mera existencia de un derecho fundamental no implica la penalización de una conducta que lo afecta [pero agrega con un argumento ahora empirista que hay] ... conductas que han dejado de tener, a juicio del legislador democrático, un reproche social ... ya realizó un ejercicio de ponderación ... salvaguardar los derechos de las mujeres ... que decidan respecto de su cuerpo ... [pues de lo contrario suponemos habría dicho] se habilitaría el ingreso al sistema penal de la venganza ... la vida como bien constitucional e internacionalmente protegido ... no puede constituir un presupuesto de los demás derechos ... no podría ser considerado absoluto ...”. Concluye entonces drásticamente el Tribunal Supremo: “... los argumentos analizados en relación con la naturaleza y existencia de los derechos a la vida son infundados”. Después la Corte se refiere a la argumentación del demandante por cuanto a que el tema de la igualdad de género y por razón de edad. Primeramente expone para controvertir, el de que las personas del sexo masculino que pueden (no dice que necesariamente deben) estar involucradas en los embarazos... al prever[se] su participación... del uso de [su] material genético... [s]e sostiene que este derecho debe ejercitarse conjuntamente... que... el derecho de la mujer se ejerce antes de la concepción... a partir de ese momento se generan obligaciones para la mujer y derechos para el padre progenitor... [que] al no contemplar al progenitor masculino, violan el derecho a la voluntad de aquél ... [y se responde a sí misma meramente aseverando] los ... argumentos resultan infundados ... la decisión final ... recae en la persona del sexo femenino ...la continuación del embarazo no deseado ... tiene ... afectación asimétrica al plan de vida lo que establece la base para el trato distinto ... al otorgarle a ella la decisión final ... hay consecuencias del embarazo no deseado que sólo recaen en la mujer ... hay otras cargas que potencialmente

podrían ser asumidas por los participantes masculinos, su garantía por parte del ordenamiento jurídico es imperfecta (sic) ... la posibilidad jurídica ... a que cierta persona sea reconocida como padre ... es una demasiado incierta e imperfecta... la decisión tomada ni es discriminatoria ni limita un supuesto derecho (sic) a la procreación ... antes de las doce semanas es muy difícil (sic) establecer que una persona en particular es efectivamente el padre potencial ... los argumentos sobre la falta de razonabilidad son infundados. [N]o existe obligación constitucional para que el legislador constitucional establezca un régimen especial cuando la que desea interrumpir el embarazo es una menor de edad ... no es la edad biológica de una persona, sino el contexto de condiciones en las que el ordenamiento jurídico bajo examen sitúa el ejercicio de su autonomía ... no hay motivos para pensar (sic) que el legislador debía haber distinguido el caso de las menores ... Los servicios de consejería previstos en las normas de la Ley de Salud ... son extensos y detallados ... suficientes a nuestro juicio (sic) para cubrir adecuadamente las necesidades que plantea un aborto de menores ...". Parece que la minoría de edad, y el interés superior del menor en forma alguna, tampoco implican para la Corte un trato diferenciador de protección especial en algo quizá lo más importante en su vida hasta el momento que es un embarazo. Con respecto al argumento de los demandantes de que la reforma a la ley penal mencionada viola principios de legalidad, certidumbre y exacta aplicación de la ley, la Corte sostuvo que "... el bien jurídico tutelado sigue siendo (sic) la vida en gestación ... cambiaron las circunstancias o condiciones en que en que dicho bien se protege ... operó ... una variación en las circunstancias en que se da dicha protección", pero omitió mencionar la Corte por qué se autorizó temporalmente y no sustantivamente, la desprotección del mismo bien jurídico. Con respecto a la indeterminación del mecanismo para la forma como se mide el inicio del plazo para el conteo de "las doce semanas", la Corte solamente respondió a los accionantes que "... la cuestión de temporalidad podrá ser determinada, en el caso concreto, a través de periciales u otros medios de prueba que ayuden a formar su convicción (sic)". Como se observa unos cuantos renglones arriba, calificó la Corte como "muy difícil" establecer que una persona sea efectivamente el padre, pero para medir el conteo de las doce semanas, resulta que la Corte (que no los médicos peritos), sabe medicamente que sí hay medios de prueba para formar convicción.⁶²

Es incuestionable que el tema es éticamente muy difícil, y actualmente social más que científicamente controvertido. Lo es tanto, que prácticamente cada uno de los ministros formuló voto particular, que aunque generalmente confirmatorio de la constitucionalidad del aborto en las primeras doce semanas del embarazo, manifiestan algunas particularidades dignas de llamar la atención.

En el voto concurrente del Ministro Genaro David Góngora Pimentel, destaca contrario a la declaración expresa entonces del Gobierno de México de que la Convención Americana de Derechos Humanos señaló que el tema del aborto era competencia de

62 Ibídem Págs. 103 a 206.

los Estados integrantes de la Federación, “la penalización de la interrupción del embarazo, a petición de la mujer, es inconstitucional...”⁶³ En el del Ministro Sergio A. Valls Hernández (q.e.p.d.), aunque no señala el alcance de las excepciones, afirmó no obstante el carácter absoluto de la privación de la vida del embrión que propuso la reforma penal defienda, que conforme a la propia Convención Americana de Derechos Humanos, la protección del producto de la gestación a partir de la concepción “... no se protege en un sentido absoluto”.⁶⁴ Por su parte, en el suyo el Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo tajantemente aseveró “... que no puede sostenerse que la Constitución mexicana no establezca como un valor constitucional el derecho a la vida ... que en efecto protege al producto de la concepción, pero en función de la mujer embarazada...”⁶⁵

El voto concurrente del Ministro José Fernando Franco González Salas, idealísticamente como lo afirma, vincula el Artículo 4o. constitucional que señala que “Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos ...[con el derecho de] ... [l]a mujer [a] tomar su decisión, no solamente libre y responsable, sino informada de manera objetiva, veraz, oportuna y suficiente y que [e]stas obligaciones de las autoridades deben ser cumplidas de manera invariable y su [in]cumplimiento debe ser sancionado con todo el rigor de la ley... y que lo ideal sería prevenir embarazos no planeados o no deseados”.⁶⁶ La ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas dice disentir de la mayoría que desconocen el derecho a la vida, y enuncia sin razonar su concepto de ponderación al afirmar que “... el análisis ... debe partir de considerar a la vida como un derecho, tal como fue determinado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte al resolver la acción de inconstitucionalidad 10/2000, y no como un bien constitucional e internacionalmente protegido ... [que] ... no puede resolverse de acuerdo con los tradicionales criterios de resolución de antinomias ... mediante la declaración de invalidez de una de ellas considerando que constituye una excepción permanente a la otra ... procede ponderar ... los derechos de la madre consistentes en salud y vida de la mujer y por otro el derecho a la vida del *nasciturus* ... [y que] si bien opera el principio *pro homine*, este aplica no sólo al derecho a la vida del embrión menor de doce semanas, ... también opera respecto del derecho a la vida y a la salud de la mujer y los demás derechos que se vinculan”.⁶⁷ La ministra Margarita Beatriz Luna Ramos señala que “...la constitución no establece lineamientos sobre cuáles son las conductas sancionables penalmente, quiere decir que es optativo para el legislador determinarlas y con qué consecuencias... la despenalización de la interrupción del embarazo a las doce semanas... no es un tema de constitucionalidad...”,⁶⁸ sino de competencia de las legislaciones estatales. Del voto con-

63 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 46.

64 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 14.

65 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 47.

66 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 22.

67 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 21.

68 Ibidem Voto Concurrente Págs. 1 a 12.

currente del Ministro Juan N. Silva Meza, llama la atención una argumentación que destruye el cimiento fundamental de la legalidad estatal que nos rige, al considerar como justificación de la constitucionalidad del aborto, la ineficacia o incumplimiento del Gobierno, que no del Estado, cuando refiere a que “... los datos estadísticos que permiten demostrar la nula eficacia que ha tenido la penalización de la conducta ... en el Distrito Federal, como medio para evitar y castigar dicha conducta ... si el propio Estado no ha cumplido con la obligación constitucional ... de educar en materia sexual y reproductiva ... no puede reprocharse a la sociedad un ejercicio irresponsable de la libertad reproductiva, mediante la penalización absoluta de la conducta en estudio”.⁶⁹

b. Formularon voto de minoría disidente los Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Refutan primero que el engrose no hubiera reflejado que las jurisprudencias plenarios 13/2002 y 14/2002 que tiene por rubros “DERECHO A LA VIDA. SU PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL” y “DERECHO A LA VIDA DEL PRODUCTO DE LA CONCEPCIÓN. SU PROTECCIÓN DERIVA DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS LEYES FEDERALES Y LOCALES” no fueron interrumpidas, sino que habiendo entonces sido aprobadas originalmente la primera por diez ministros y la segunda por nueve, la mayoría de ministros confirmó su criterio, por lo que “tienen carácter obligatorio”, pues dicen: “... conforme al Artículo 43 de la ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución ..., contrariamente a lo expresado por el Ministro encargado del engrose... si era necesario encargarse expresamente de ello ...” Reconocen los disidentes, la consagración constitucional del derecho a la vida, si bien no de manera expresa, sí como valor fundamental desde el momento de la concepción, principalmente en sus Artículos 1o., 3o., 4o., 14o., 22o., 123o. A V y XV, y Tercero Transitorio del Decreto que reformó los Artículos 30o., 32o. y 37o. constitucionales, este último en materia de nacionalidad. Refieren históricamente a que el Artículo 1o., aún vigente cuando se plateó la acción de inconstitucionalidad, establecía que “... todo individuo gozará de las garantías ... las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece ... [y] que no puede partirse de atribuir al Constituyente una intención sólo temporal en las disposiciones que aprobó ... pues resulta inadmisibile... que en una ley secundaria, mucho menos en disposiciones generales de rango inferior o en actos concretos de autoridad, se puedan establecer limitaciones al régimen de garantías individuales ...” Con respecto al 4o. constitucional en lo relativo a la igualdad del varón y de la mujer y al derecho de procreación y a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de hijos, derecho a la salud, etc., señalan los disidentes que “[s]i bien no puede imponérsele a nadie un embarazo, cuando este deriva del ejercicio sexual libremente ejercido y decidido, y no impuesto mediante coacción, la condición de responsabilidad a que se sujeta este derecho en la Constitución impone el deber de no interrumpirlo”. Agregan que sin que se nieguen los derechos implícitos “... a la

69 Ibídem Págs. 1 a 20.

autodeterminación del cuerpo y a un plan de vida...” destacan como incongruente “...la postura de exigir la consagración expresa del derecho a la vida desde el momento de la concepción... pero en cambio adoptan[n] una postura flexible en relación con los derechos aludidos que estiman consagrados [esos sí] implícitamente en la Constitución”. Reiteran que la Suprema Corte había establecido que la Constitución protegía el derecho a la vida en las mencionadas “... jurisprudencias plenarias 13/2002 y 14/2002 que continúan en vigor y tienen plena vigencia”, ello con respecto a la reforma a los Artículos 14o. y 22o. que eliminó la pena de muerte al considerar “... como lo manifestó el Órgano Reformador, al derecho a la vida como el derecho humano por excelencia”. Por cuanto al Artículo 123o. A, fracciones V y XV y B fracción XI relativos al trabajo de las mujeres embarazadas, concluyen que no es posible interpretar que se refiera sólo a la protección de los derechos de la mujer en su relación laboral con el patrón, “... sin conferir derecho alguno al producto de la concepción ...”, y para demostrar lo anterior se refieren al dictamen emitido “por la Cámara de Senadores el 23 de diciembre de 1982, al referirse a que “... la debida atención y los descansos para la mujer embarazada pretend[en] no sólo velar por su propia salud, sino también por la del futuro hijo, quien, de esta manera, desde antes de su nacimiento, goza de la protección del Derecho y del Estado (...)”. Por cuanto al Artículo Tercero Transitorio del Decreto que reformó los Artículos 30o., 32o. y 37o. constitucionales, “... [n]o obsta[n]te que el Artículo 30o. constitucional determin[a] que la nacionalidad se adquiere con el nacimiento,... la disposición transitoria... se refiere a los concebidos como beneficiarios de derechos en materia de nacionalidad...”. Continúan los disidentes la argumentación en contra de la sentencia de la mayoría, refiriendo a los valores o instituciones que se pretendieron salvaguardar por el Constituyente, indicando que la Constitución sí alude de manera expresa a la protección del producto de la concepción, ya que aunque no tiene por qué decir lo que es obvio, “... ¿para qué proteger la salud si se considera que no está garantizada la vida, que es su presupuesto necesario?”. Añaden los disidentes que la afirmación contenida en la sentencia plenaria en el sentido de que de que la vida es sólo condición necesaria para el disfrute de los derechos y que de ello “no puede derivarse la conclusión valorativa de que la vida es más valiosa ... pues ello implica incurrir en lo que se conoce como la falacia naturalista consistente en deducir conclusiones normativas partir de premisas que sólo contiene afirmaciones a partir de hechos ...”, confunden la existencia de un derecho con su jerarquía, pues “... del hecho consistente en que la vida es presupuesto de los demás derechos se deriva la existencia lógica de este derecho con independencia de si es de mayor o menor valía que otros derechos fundamentales”. Reafirman los minoristas disidentes que el engrose de la sentencia plenaria “... se limita a afirmar que la Constitución no establece expresamente el derecho a la vida, pero sin realizar un análisis de la misma a fin de determinar si consagra o no implícitamente este derecho... no obstante que la Suprema Corte ha adoptado un criterio abierto en cuanto al reconocimiento de muchos principios implícitos en la Constitución...”. Continúan el planteamiento con la disparidad en el razonamiento de los mayoristas que aluden a derechos de la mujer que no están expresamente consagrados sino “... que se derivan implícitamente del Artículo 4o. constitucional...”, pero no con el mismo razonamiento al de vivir. Refieren luego a como varias de las periciales desahogadas en el sentido de que “[l]as razones aducidas para despenalizar

el aborto durante las doce semanas ... [el embrión o feto] no ha alcanzado autonomía fisiológica, viabilidad extrauterina y capacidad para percibir el dolor, tener consciencia y funciones cognitivas, no existen ni al término del embarazo, ni al término del primer día de vida ... la vida [es] un proceso continuo que se inicia con la fertilización, y se prolonga a lo largo de toda la existencia ... no [hay]... razones técnico científicas para definir que un feto de doce semanas carezca de atributos humanos ...”. Refieren los minoristas inclusive a que el biólogo Premio Nobel Alfred Kastel, ha afirmado que a partir de la fertilización del óvulo “... comienza una nueva vida; el feto es un ser vivo, un ser humano, un ser completo con un código genético irreplicable”. Con respecto a los tratados internacionales primeramente, la Convención Americana de los Derechos Humanos, hacen ver que la declaración interpretativa más arriba mencionada por cuanto al término “en general” que se insertó en la Convención de manera precedente a que la protección de la vida se da a partir de la concepción, interpretada como una excepción a la obligación de México de proteger la vida desde el momento de la concepción, “... sería atribuirle a esta previsión un significado contrario al expresamente señalado ...”, como ya se explicó más arriba. Además, haciendo un estudio mucho más completo descubre lo que no se contiene en el engrose de la sentencia mayoritaria del Pleno. Refiere como ya se indicó anteriormente en ese contexto a que entre otros, la Convención sobre los Derechos del Niño en su Preámbulo expresamente establece que “... el niño necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después el nacimiento ...”, y para reforzar lo anterior se refieren los disidentes minoristas a la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de la que México es Estado parte en conjunción con la tesis de la propia Suprema Corte de que conforme a sus Artículos 31 y 32 se debe “... adoptar la conclusión que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración ... debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica... [a] su vez la Convención señala [que el contexto] se integra por... el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos...”. Objetan también los disidentes minoritarios que el legislador ordinario pueda imponer limitaciones al derecho a la vida humana, ya que tanto la Constitución como los instrumentos internacionales consagran el derecho a la vida desde la concepción, debido a que si bien podrían limitarlo en su titularidad o en su ejercicio, sólo aplicarían limitaciones en los casos previstos constitucionalmente, sin afectar su núcleo esencial. Por ejemplo, citan entre otros ejemplos, que la libertad de expresión puede limitarse para que se respete la moral, los derechos de terceros, no provoque delito ni perturbe el orden público; el derecho de petición debe ejercerse de manera respetuosa, pacífica y por escrito, y en materia política, solamente corresponde a los ciudadanos; y el de poseer armas se restringe al domicilio, pero excluyendo las prohibidas y las reservadas al uso exclusivo del ejército. Pero añaden que por el contrario, el derecho a la vida humana no tiene límite, ya que atendiendo a su propia naturaleza, un límite implicaría su anulación; su única limitación, que era la pena de muerte en casos expresos, fue eliminada con la modificación a los Artículos 14 y 22 que abolió la pena de muerte. Explican que si bien el derecho a la defensa legítima puede llegar a afectar la vida de las personas, supone que se repela una agresión real, actual, inminente y sin derecho, y no medie provocación dolosa. Critican expresamente la sentencia de la mayoría también por cuanto a que se afirme que la

Asamblea hizo una ponderación al salvaguardar tanto la libertad de autodeterminación de las mujeres, como el derecho a la vida del producto de la concepción, pues según ellos dice basta que la mujer solicite el aborto y se compruebe que está dentro de las doce semanas de embarazo, para que proceda, pero ello implica la completa anulación del derecho a la vida, “... denota una clara contradicción ...”, no satisface los “... requisitos de proporcionalidad y razonabilidad” pues el dictamen sostiene que “... tal derecho no debe anularse...” pero “...se adopta una solución que lo anula por completo ...”. Indican también los minoritarios disidentes que los derechos fundamentales “... ha[n] evolucionado con los movimientos sociales y la transformación de los modelos de Estado: del individualismo se pasó a la formulación de los derechos de índole político, social y económico... que en la actualidad existe una cuarta generación de derechos fundamentales orientados a la preservación de la especie y el mantenimiento de sus condiciones dignas de existencia”. Y siguiendo alguna tesis del Tribunal Constitucional Alemán establecen que es “... obligación del Estado no dejar desprotegidos bienes jurídicos esenciales para la sociedad [y que] [n]o puede quedar... al libre arbitrio del legislador ordinario penalizar o no las conductas que atentan contra valores mínimos esenciales de la sociedad... y que un bien jurídico sea objeto de protección en el ámbito penal... no significa que necesariamente tenga que imponerse una pena privativa de libertad”. Agregan en la misma tónica y con una visión mucho más totalizadora del principio *pro homine*, que la de los mayoritarios, que si bien existe la obligación para el legislador “... de proteger un bien jurídico en el ámbito penal, no significa que se encuentre constreñido a imponer determinada sanción ... queda dentro de su ámbito de valoración atendiendo a las circunstancias del caso y a la regulación que requiera la realidad social, lo que inclusive puede llevarlo a establecer excluyentes de responsabilidad o excusas absolutorias”. Hacen notar en cuanto este punto, que la incongruencia de “la protección legal” que crearon se hace manifiesta en “... el período que corre entre de la fecundación y la implantación del embrión en el endometrio...”. En el mismo sentido resulta particularmente interesante el análisis que hacen los disidentes por cuanto a la ponderación como método interpretativo o integrador del derecho que hizo la Asamblea Legislativa pues reiteran, se incumplió con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que el Pleno de la Corte en su Novena Época determinó de manera cabal, ya que nulifican el de manera absoluta el derecho a la vida del *nasciturus* desde la fecundación hasta finalizar la duodécima semana de gestación “... en razón de que existen alternativas a disposición del legislador para dar debido respeto a los derechos de la mujer sin nulificar el derecho a la vida y salud del concebido, ... [c]arecen pues [agregan] de sustento jurídico los razonamientos en que se apoya la sentencia plenaria para justificar la ponderación que [supuestamente] realizó la Asamblea Legislativa ... [particularmente porque] no se refieren a embarazos forzados, sino a embarazos producto de relaciones sexuales libremente decididas”. Se refieren luego a que es aparente la colisión entre los derechos de la mujer a la sexualidad, maternidad, libre disposición de su cuerpo y el de forjarse un plan de vida propio con los del *nasciturus* a la vida y la salud, pues los tiene por el sólo hecho de ser sin obligación alguna que cumplir con algo para gozar de ellos, en tanto que constitucionalmente la mujer sí tiene obligaciones que cumplir para gozar de los suyos y son el de información y responsabilidad. La pobreza, ignorancia y marginación señalan, no justifica la disposición

de la vida del *nasciturus*, y que la disposición de la vida de este último no corrige esas condiciones de vida de los progenitores. Agregan que la adopción por ejemplo como deber de los ascendientes, tutores y subsidiariamente del Estado ya que en términos del propio Artículo 4o. constitucional que obliga al propio Estado, "... a otorgar facilidades a los particulares para que coadyuben al cumplimiento de los derechos de la niñez". Objetan la resolución plenaria "... pues únicamente afirma que la Asamblea tomó en cuenta el incipiente desarrollo del embrión y la seguridad y facilidad de la interrupción del embarazo sin graves consecuencias para la salud de la mujer [pero], sin analizar la distinción que implica entre los seres humanos en gestación".

Afirman también los disidentes que se vulneran los derechos del padre, "... concretamente los de igualdad del hombre y la mujer ante la ley y el derecho de ambos a decidir sobre el número de hijos... consagrados expresamente en el Artículo 4o. constitucional...". La ponderación reiteran fue en este caso también incorrecta confirman, ya que (i) la vida es condición necesaria para la existencia de todo derecho, el derecho a la vida se encuentra [diríamos nosotros] subyacente en cada una de las garantías, y agregan los disidentes, la privación de cualquier otro derecho puede ser restaurada, y volveríamos a agregar, el ser humano es uno y biológicamente irrepetible; y (ii) como respondiera en las periciales señalan, el doctor Jesús Kumate (recientemente fallecido) afirmó "... a partir de la novena semana se inicia la etapa fetal en la que se manifiestan preponderantemente acciones de crecimiento y no de diferenciación." Reiteran los disidentes (iii) "[l]as consecuencias de la libertad sexual ejercida con irresponsabilidad deben ser asumidas por su causante ... [l]egalizar el aborto para proteger ... ejercicios irresponsables de libertad sexual no hace más que incentivarlos ... si bien, la mujer es la que soporta la mayor carga con estas responsabilidades, existen disposiciones legales mediante las cuales se puede hacer partícipe al padre, pues ambos se encuentran obligados a la manutención de sus hijos ... además de alternativas ... como lo es que interrumpir el embarazo afecta los derechos del padre reconocidos en el Artículo 4o. constitucional ... la responsabilidad debe ser compartida entre los padres ... también lo es el derecho de decidir sobre el número de hijos y su espaciamiento no es único de la madre ... el texto constitucional no hace tal distinción, por lo que el legislador ordinario no la puede realizar".⁷⁰

Enseguida, aunque lo habían hecho con los contraargumentos planteados en su voto disidente de manera general y suficientemente expositiva, pasaron formalmente a refutar en lo que consideraron específico, cada uno de los votos concurrentes de cada uno de los ministros de la mayoría, en aquellos puntos que consideraron debido hacerlo. Subsecuentemente formularon sus conclusiones contravinientes de la sentencia de la mayoría que a continuación resumimos: 1. El derecho a la vida está implícitamente consagrado en la Constitución. 2. El producto de la concepción sí está expresamente protegido por la Constitución, los tratados internacionales y la ley general de salud. 3. Subsisten las jurisprudencias 13/2002 y 14/2002 del Pleno, pues sus criterios no fueron interrumpidos.

70 Ibídem Págs. 1 a 175.

4. Las garantías individuales no pueden restringirse ni suspenderse, sino en los casos y en las condiciones que la propia Constitución establece. 5. La Constitución no establece límite ni restricción alguna al derecho a la vida humana. 6. El legislador ordinario no puede imponer límites al derecho [constitucional de mayor jerarquía] a la vida. 7. El legislador ordinario está obligado a proteger los bienes jurídicos esenciales para la sociedad, entre ellos la vida humana como derecho natural del ser humano. 8. La tipificación del delito de aborto sólo a partir de la décima tercera semana del embarazo computadas a partir de la implantación del embrión en el endometrio desprotegen [implícitamente, aunque técnicamente de manera incorrecta por desconocimiento o ignoramiento intencional de la realidad biológica evolutiva del ser en gestación] totalmente al producto de la concepción en la primera etapa gestacional referida. 9. Esa misma desprotección implica violación al derecho a la vida no previsto en la Constitución. 10. Viola los principios de igualdad y no discriminación. 11. En el supuesto de que el legislador ordinario estuviera facultado para ponderar (con razonabilidad y proporcionalidad) el derecho a la vida, tendría que hacer prevalecer este último sobre los de la mujer a la salud, libertad sexual, maternidad, autodeterminación de su cuerpo y al de forjarse un plan de vida propio, pues lo contrario implicaría anular el derecho a la vida del nasciturus. 12. La Asamblea Legislativa violó los principios de proporcionalidad y razonabilidad, así como el de progresividad de los derechos humanos. 13. Se viola el principio de taxatividad, pues se desprotege de manera absoluta un bien jurídico constitucionalmente protegido. 14. Debió declararse la invalidez (inconstitucionalidad diríamos) de los Artículos 144 y 145 del Código Penal para el (entonces todavía) Distrito Federal.⁷¹

5. Ponderación como Método de Integración del Derecho. En términos generales, si hubiera un punto que pudiera llegar a considerarse de relativa coincidencia entre los Ministros de la Corte que formularon la sentencia de la mayoría y/o la de sus votos concurrentes sería el de que a través de la ponderación, se resolvió la controversia constitucional, e inclusive legislativa, entre “derechos humanos de la misma jerarquía”, el de la madre a decidir sobre su propio cuerpo (por las razones que al respecto se argumentan) y el derecho a la vida. Este tan ahora socorrido método de interpretación del derecho es añejo.

Eduardo García Máynez se refirió al mismo citando a Kelsen, por cierto crítico también del método de la llamada “ponderación de intereses”, a la que el propio Kelsen calificó como una mera formulación, pero no una solución al problema “pues no da la medida objetiva con arreglo a la cual pudieran ser comparados los intereses contrapuestos y resueltos los conflictos entre los mismos”.⁷²

La crítica doctrinaria al método *per se* ha sido más abrumadora que defensiva. Reconoce quien podríamos llamar el padre del argumentismo moderno hispano, que “[e]

71 Ibídem Págs. 176 a 235.

72 García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Trigésima Sexta Edición. Editorial Porrúa S.A. 1984. Pág. 353.

n el mundo latino no han faltado también las críticas en relación con el método de la ponderación” y cita a su vez a Juan José Moreso, quien califica a la ponderación como “... una operación valorativa y esencialmente discrecional; y la explicación de su éxito radica en factores ideológicos...”. Agrega Atienza en lo que llama una síntesis final que “... es extraordinariamente frecuente que nuestros tribunales digan que ponderan o que aplican el principio de proporcionalidad, cuando en verdad no lo hacen o no proceden para ello con una mínima solvencia ...” Refiere luego a una crítica más radical de Juan Antonio García Amado al afirmar que “...[s]i quienes defienden el método ponderativo no comulgan con tan fuertes presupuestos ontológicos y epistemológicos, acaban asumiendo que no se propone más que un esquema posible de justificación de las personales valoraciones que acompañan a la inevitable, y en si no reprochable práctica discrecionalidad judicial... [e]l juicio entonces ya es de pura conveniencia y versará sobre cuál sistema argumentativo es más útil...”. Refiere también Atienza a las críticas europeas al uso de la ponderación por los tribunales constitucionales tanto por Ferrajoli “... desde presupuestos positivistas del derecho” como por Habermas con “... una concepción no positivista del derecho y basada en la noción de discurso...”.⁷³

Aunque disiento de la conclusión de Manuel Atienza en el fondo sobre la sentencia mexicana de la Corte, resulta pertinente acudir al análisis que en forma por demás específica, hace aún más dubitativo en mi opinión, sobre el uso apropiado de la ponderación en la decisión de la Suprema Corte Mexicana que “...que despenalizaba el aborto practicado durante las doce primeras semanas del embarazo ...” se pregunta por qué se cuestionó “... si el derecho a la vida es o no un derecho fundamental de los mexicanos (parece obvio que lo es) simplemente porque no está recogido explícitamente en la Constitución; lo cual contribuyó probablemente a la profusión de votos concurrentes que hacen prácticamente imposible determinar cuál fue la <ratio decidendi> de esa sentencia... ¿no hubiese sido preferible una argumentación de la Suprema Corte en la que se hubiese ponderado el valor de la vida con el de la autonomía de la mujer? ... ¿no hubiese resultado más difícil que en el futuro pudiese considerarse como constitucional una norma de algún Estado, castigando el aborto producido durante las doce primeras semanas del embarazo?”.⁷⁴

Como se vio en el apartado precedente, los ministros disidentes concluyeron que la ponderación hecha por el legislador ordinario y acogido de una u otra manera por los mayoritarios debemos suponer, habría sido incorrecta. Y ello es cierto, pues en la inmediatamente precedente Novena Época, prácticamente los mismos Ministros habían afirmado que “... en todos los casos en que se cuestiona la constitucionalidad de una disposición legal, debe hacerse un juicio razonable a partir de un ejercicio de ponderación para verificar el peso de los fundamentos que pudieran motivar la declaración de invalidez por ser contraria u opuesta a un postulado constitucional”.⁷⁵

73 Atienza Manuel, Curso de Argumentación Jurídica, Editorial Trotta, Madrid 2013 Págs. 254,255, 257, 539.

74 Ibídem Págs. 565 y 568.

75 Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXVII Febrero de 2008 Tesis Aislada P.IV/2008 Núm. de Registro 170280, Pag. 1343.

La ponderación implica primigeniamente “[c]ompensación o equilibrio entre dos pesos”.⁷⁶ Es decir, mantener los dos pesos o derechos humanos (vida y la autonomía/libertad de la mujer) sería la prioridad. Suponiendo sin conceder que le resultara complicado dilucidar al juzgador cuál prevalece, tiene que compensar y equilibrar con respecto de ambos. Bajo ninguna circunstancia podría aniquilar uno a costa del otro. No tendría en tal hipotéticamente concedido escenario, que optar por el aborto, si la madre no quiere al producto, ni someterla a retener el hijo una vez nacido. Ambos derechos pueden transitoriamente coexistir, particularmente si el embarazo fue resultado del ejercicio de la libertad sexual. No se puede simplemente optar por eliminar la consecuencia natural del ejercicio de ese derecho. El juzgador diferiría el que podría subsistir, pero no aniquilaría aquél que de otra manera no podría seguir existiendo. Haría que la mujer y el hombre que habiendo buscado o no el resultado, libremente se colocaron en la condición potencial del embarazo, tuvieran al producto en lugar de privarlo de la vida, y una vez vivo y viable, lo entregaran en adopción, por ejemplo.

En eso radica la esencia de la ponderación como método interpretativo e integrador de la técnica jurídica, en compensar los dos elementos o derechos en juego, en “[i]gualar [al máximo posible] en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra”, en equilibrar, en “[d]isponer y hacer que una cosa no exceda ni supere a la otra, manteniéndolas proporcionalmente (sic) iguales”.⁷⁷

4. LEGISLACIONES ESTATALES Y LEGISLACIÓN FEDERAL

Corresponde ahora hacer un análisis integral acerca de la evolución a nivel nacional de la aún mal llamada despenalización del aborto o interrupción del embarazo, en realidad “... un elemento negativo del delito que confiere un derecho a privar de la vida a un ser vivo llamado a ser [ser] humano en gestación, que excluye la antijuridicidad como elemento negativo del delito... que... implica necesariamente... el ejercicio de un derecho... a la propia madre y a sus colaboradores...”⁷⁸

Hasta ahora nos hemos detenido en el análisis del tema a nivel local del entonces Distrito Federal (hoy Ciudad de México) y su evolución a nivel de su constitucionalidad, evaluado solamente en el caso concreto por la Suprema Corte, en razón de las acciones de inconstitucionalidad interpuestas entonces por autoridades federales, como lo fueron la Procuraduría General de la República y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Corresponde hacer ahora hacer el estudio de lo que ha sucedido a nivel de los Estados integrantes del “pacto federal”.

76 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Décima Novena Edición. Madrid 1970 Pag 1047.

77 Ibídem Págs. 331 y 550.

78 Müggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización, Segunda Parte, en Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho Número 40, 2016 Pág. 392.

A. Legislación Penal Estatal

Se ha reconocido de alguna manera en la sentencia a las acciones de inconstitucionalidad mencionadas, arriba analizada, que la materia del aborto es de competencia estatal. Al día de hoy, no existe uno sólo de los 31 Estados que haya seguido el modelo defeño de legalización absoluta del aborto en las primeras doce semanas del embarazo. Tampoco a nivel federal, el Código Penal Federal ha copiado el ejemplo. Es decir, la única entidad que ha tomado el modelo abortivo absoluto temporal, ha sido y sigue siendo, después de transcurridos más de diez años de haberlo hecho, la Ciudad de México, antes Distrito Federal. “[S]e ubica al Distrito Federal como la única entidad federativa que establece el aborto electivo...”.⁷⁹

Textos tales como “... muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez... del embarazo... de la concepción... hasta antes del nacimiento... antes del tiempo en que el feto pueda vivir...” definen al delito de aborto en los códigos penales en los 31 Estados. Además, nueve Estados contemplan la posibilidad de conmutar o sustituir las penas privativas de libertad por trabajo a favor de la comunidad, tratamiento médico integral, tratamiento psicológico, medidas educativas y de salud, por ejemplo.⁸⁰

Los Estados de Coahuila y Morelos, gobernados el primero en una de las muestras del inicio de la estrategia nepotista atentatoria del sistema democrático, Rubén Ignacio Moreira Valdez, hermano del que fuera el “maestro” gobernador inmediato de ese Estado, y el segundo Graco Ramírez, heredero incesante de la abortante ideología perrediana, pretendieron en su momento adoptar el modelo defeño del también llamado “aborto selectivo”.

Rubén Moreira presentó en el año centenario de la Constitución Política de los EUM, la iniciativa, el segundo intento familiar para la introducción del aborto electivo, mediante su “Decreto que crea el Código Penal de Coahuila de Zaragoza”. La iniciativa moreiriana planteó de manera induciente el tema del aborto a manera de vaivenes a favor y en contra, pero concluye que “... no se trata tan sólo de evitar la cárcel que se antoja del todo irracional,... [s]ino de evitar la innecesaria criminalización que se produce para las mujeres con motivo de los procesos penales...”.⁸¹

Sin embargo, contrario a la argumentación de la iniciativa del gobernador, el viernes 27 de octubre de 2017, el Poder Legislativo del Estado publicó en el Periódico Oficial del propio Estado, en su Sección Tercera el Código Penal de Coahuila de Zaragoza, en

79 Tribe H. Laurence, El aborto: guerra de absolutos. Estudio preliminar de José Ramón Cossio Díaz y otros, Fondo de Cultura Económica. Instituto Nacional de Ciencias Penales 2012, Pág. 72.

80 Pérez Hernández, Cándido. Aborto. La política de un Estado claudicante. Segunda Edición. 2017. Early Institute. Cefim. Págs. 67 a 76.

81 Dictamen de la Comisión de Gobernación, Puntos Constitucionales y Justicia de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado Visible en <http://congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/12/20171026-C%C3%B3digo-Penal-de-Coahuila-de-Zaragoza.pdf>, Págs. 75 a 80.

cuyo Artículo 195 prevé que “Comete aborto quien causa la muerte al producto de la concepción, en cualquier momento del embarazo”.⁸²

B. Legislación Penal Federal

A nivel del Código Penal Federal llamado de 1931, con lo limitado que pueda resultar su aplicabilidad, el texto de su artículo original 329 sigue definiendo al aborto como “... la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez”.⁸³

C. Protección del Derecho a la Vida en las Constituciones Estatales

“[L]a decisión tomada por el Alto Tribunal en la acción de inconstitucionalidad 147/2007 y su acumulada 147/2007 sobre la despenalización del aborto en el Distrito Federal, aparentemente trajo como consecuencia la promulgación de reformas a las constituciones locales para establecer una protección expresa a la vida, ya que en la sentencia que recayó en ellas, se estableció que la Constitución federal (sic) no, protegía expresamente ese derecho”.

Aunque algunas de ellas impugnadas constitucionalmente, pero no declaradas obligatoriamente inconstitucionales por la Suprema Corte como se verá más adelante, y una de ellas subsecuentemente derogada (Chiapas),⁸⁴ “... la mayoría de los congresos de los estados interpretaron que también ellos tienen autonomía para elevar la protección del derecho a la vida desde el momento de la concepción o fecundación al rango de derecho fundamental en sus constituciones locales”.⁸⁵

Fueron en total 18 los Estados, salvo Chihuahua que lo había hecho desde 1994, que entre octubre de 2008 y diciembre de 2010, consagraron la protección de la vida desde su concepción a nivel constitucional local. Los Estados fueron Baja California, Chiapas, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tamaulipas y Yucatán, con Veracruz que lo hace en 2016.⁸⁶ Adicionalmente, para 2012, en Baja California Sur, Estado de México, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, (Veracruz que finalmente la aprobó en 2016) y Zacatecas, se habían presentado iniciativas para incluir el derecho a la vida desde la concepción. Solamente 7 Estados, Campeche, Coahuila (que por cierto incorporó la protección al derecho a la vida subsecuentemente según afirmó la Comisión de los Derechos Humanos al impugnar el Artículo 4o. de la Constitución de Veracruz), Gue-

82 Visible en <http://congresocoahuila.gob/portal/iniciativas-2017>.

83 Diario Oficial, Secretaría de Gobernación, 14 de agosto de 1931 Pág. 70, Talleres Gráfico de la Nación, México D.F., 1931.

84 Ibídem Tribe H. Laurence, El aborto: guerra de absolutos. Estudio preliminar de José Ramón Cossío Díaz y otros, Págs. 74 y 75.

85 Ibídem Pérez Hernández, Cándido y otros. Pág. 40. Idem Tribe H. Laurence. Págs. 74 y 75.

86 Ibídem Pérez Hernández, Cándido y otros. Pág. 41.

rrero, Hidalgo, Michoacán y Nuevo León habían permanecido incólumes ante la sentencia que declaró el aborto electivo legislado en el Distrito Federal dentro de las doce primeras semanas.⁸⁷

Se han presentado infructuosamente, acciones de inconstitucionalidad en contra de las reformas constitucionales que reconocieron el derecho a la vida como derecho fundamental en los Estados de Baja California, San Luis Potosí, Querétaro, Guanajuato, Oaxaca y Veracruz.

En el caso de Baja California, con el voto en contra de los ministros Salvador Aguirre Anguiano, Margarita Beatriz Luna Ramos, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Guillermo Ortiz Mayagoitia, el resto de los siete ministros votaron a favor de la invalidez del Artículo 7 de la Constitución del Estado que había interpuesto la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado, pero se desestimó su invalidez por no haber alcanzado la votación calificada de ocho ministros.⁸⁸ Por lo que se refiere a Querétaro, el Municipio de Arroyo Seco impugnó en cuatro reclamos, el Artículo 2 (y el 24 en una de las impugnaciones) de la Constitución estatal, y se resolvió solamente su inconstitucionalidad únicamente en la esfera competencial del Municipio de Arroyo Seco, pero no se alcanzó la mayoría calificada. En tres de ellos votaron en contra los ministros Margarita Beatriz Luna Ramos, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alberto Pérez Dayán, en una de las mismas se les adhirió el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. En la cuarta impugnación, votaron en contra los ministros José Ramón Cossío Díaz, Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero.⁸⁹ Con respecto a Guanajuato, se impugnó por el Municipio de Municipio de Uriangato el Artículo 1o. de la Constitución estatal, pero se consideraron inatendibles los conceptos de invalidez por mayoría de siete votos, en ausencia de los ministros Olga Sánchez Cordero y Sergio Valls, con el voto en contra de los ministros Arturo Zaldívar y Luis María Aguilar; con relación al derecho a la vida del producto de la concepción, en ausencia de los mencionados, votaron en contra los ministros José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar, Luis María Aguilar y el presidente Juan N. Silva Meza.⁹⁰

Con relación al estado de Oaxaca, por cuanto a conceptos de invalidez del Artículo 12, párrafo sexto de la Constitución estatal considerados inatendibles, fue aprobada por ocho votos, con el voto en contra de los ministros Arturo Zaldívar y Luis María Aguilar, en ausencia de la ministra Sánchez Cordero. Por cuanto al derecho a la vida producto de la concepción, se resolvió que no invade la esfera de competencia del Municipio de

87 Ídem Tribe H. Laurence, El aborto: guerra de absolutos. Estudio preliminar de José Ramón Cossío Díaz y otros.

88 Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro IV, enero 2012, Tomo 1 Pág. 615. Núm. de Registro 23346.

89 Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro XXIV, septiembre 2013, Tomo 1 Pág. 464. Núm. de Registro 24630.

90 Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro XXV, octubre 2013, Tomo 1 Pág. 644. Núm. de Registro 24665.

Asunción de Ixaltepec, en ausencia de los ministros Sánchez Cordero y Sergio Valls, votaron en contra los ministros José Fernando Franco, Arturo Zaldívar, Luis María Aguilar y Juan N. Silva Meza.⁹¹ Por último, con respecto a la acción de inconstitucionalidad (85/2016) del Artículo 4 de la Constitución Política del Estado de Veracruz interpuesta el 22 de septiembre de 2016 por la Comisión Nacional de Derechos Humanos que garantiza "... la vida del ser humano desde el momento de la concepción hasta la muerte natural...", según reporta el acuerdo de 10 de noviembre de 2016 del ministro instructor Javier Laynez Potisek, la Presidenta de la Sexagésima Tercera Legislatura del Congreso de Veracruz, le dio cuenta de pruebas documentales presentadas, lo que la mencionada Comisión reporta en su página "Acciones de Constitucionalidad" como "En trámite ... Pendiente de resolver".⁹²

5. CONCLUSIONES A LA TERCERA PARTE

A. De lo dicho hasta aquí, resulta en razonables al menos, sino es que divergentes, conclusiones de la postura de la Suprema Corte de la aparente mayoría de Ministros que suscribieron la sentencia:

1. Se reconocen como derechos humanos, no sólo los contenidos en la propia Constitución, sino los que están contemplados en los Tratados o Convenciones Internacionales.
2. La Convención Americana de los Derechos Humanos, de la que México es parte, protege "en general" el derecho a la vida desde la concepción.
3. El término "en general" previsto en esa Convención, sólo permite excepciones al derecho a la vida, pero no lo proscribe.
4. La interpretación que México se reservó con respecto a dicha disposición de la Convención, se limitó a reconocer la materia como Estatal, pero no hizo reserva alguna a la protección general prevista en la Convención.
5. Los Estados, y en su caso la entidad federativa entonces denominada Distrito Federal, deben respetar la Convención de la que México es parte, y otras convenciones y tratados, y no apartarse de lo resuelto en las conferencias diplomáticas a las que ha asistido, sino actuar de buena fe, como lo ordena la Convención de Viena. Si acaso poner excepciones concretas a la prescripción general de respeto a la vida.
6. El establecimiento de la justificativa del ejercicio del derecho a la privación de la vida dentro de las primeras doce semanas siguientes al embarazo, no es una

91 Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 1 Pág. 739. Núm. de Registro 24663.

92 [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos controversias constit/documento/2016-11-28 \(y ver también29\)/MP Acincosnt-85-206 0.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos%20controversias%20constit/documento/2016-11-28%20(y%20ver%20tambi%C3%A9n29)/MP%20Acincosnt-85-206%200.pdf)

excepción específica a la regla general de la protección de la vida desde la concepción, sino una proscripción de ese derecho.

7. La ponderación como método interpretativo, particularmente en materia de derechos humanos supuestamente contradictorios, requiere de entre otros principios, equilibrio, proporcionalidad y razonabilidad.
8. Considerar que el derecho de libertad de la mujer para abortar prevalece sobre el derecho a la vida, se aparta de esos tres principios.
9. El de equilibrio supone una compensación mutua, armonía, medida, sensatez, prudencia encaminados a sostener una situación insegura o dificultosa.⁹³
10. El de proporcionalidad implica entre otros, disposición conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo, igualdad de dos razones.⁹⁴ Se debe apartar de la solución que proscriba a cualquiera de los de los derechos “en conflicto”. Debe ser una solución que permita su coexistencia.
11. Razonable se refiere a lo justo, conforme a la razón, consideración de interés superior.⁹⁵
12. De haberse usado tales criterios correctamente en la sentencia de la Corte, habrían discernido que había maneras de no sacrificar un derecho por el otro, que equilibrada, proporcional y razonadamente, ambos podrían subsistir mediante un sacrificio temporal de la madre (nueve meses) para después entregar el producto del embarazo en adopción individualizada o institucional, como tantas de una y otra que existen.
13. Se ha desvalorizado la vida como valor ético (valga la redundancia) por la comodidad y frivolidad sociales, el sacrificio trascendente que es el darse a los demás por la temporalidad placentera, inclusive la derivada de un acto consentido del que se desechan y renuncian unilateralmente las consecuencias.
14. Los gobiernos federal, y de la ahora Ciudad de México al menos, no han cumplido con su obligación constitucional de educar e informar responsablemente a la sociedad en materias sexual y de seguridad, de manera que los destinatarios de la norma puedan tomar una decisión informada, como lo manda la constitución.
15. La desatención del tema por los gobiernos, les acarrearía responsabilidad constitucional.

93 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Décima Novena Edición. Madrid 1970. Pág. 550.

94 Ibidem Pág. 1073.

95 Ibidem Pág. 1107.

16. La sociedad no puede ser en todos los casos rigurosamente penada por los incumplimientos activos y omisivos de las autoridades.
17. Se deben prever sanciones o consecuencias, no exclusivamente ni necesariamente punitivas, sino alternativamente o directamente para quienes no tuvieran la conciencia del gestante, de orden no sólo preventivo, como la adopción y apoyo económico entre otros, como el curativo, el de saneamiento en última instancia de las dolencias propias de la naturaleza humana femenina, tanto físicas y como psicológicas, que el aborto necesariamente genera en el corto y/o mediano plazo, el sometimiento a cursos de verdadera información.

FUENTES DE CONSULTA

Libros y Revistas

Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1968, General Secretariat of the Organization of the American States, Washington, D.C. 1973

Atienza Manuel, *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotta, Madrid 2013

— *Podemos hacer más más. Otra forma de pensar el derecho*. Editorial Pasos Perdidos S.L. Madrid 2013.

Brugger Walter, *Diccionario de Filosofía* Décimo Tercera Edición, Editorial Herder, Barcelona 1983, Versión Castellana J.M. Vélez Cantarell y R. Gabás,

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española. Décima Novena Edición. Madrid 1970

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Décima Segunda Edición, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1988, P-Z.

García Máynez Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. México 1984.

García Ramírez, Sergio, Boletín Mexicano de derecho Comparado, volumen XXXVIII, Núm. 114, septiembre-diciembre 2005, Págs. 1026 a 1036 -nota de pie de página 65-, Universidad Nacional Autónoma de México, Distrito Federal, México.

Müggenburg Carlos, El Aborto y su Despenalización, Primera Parte, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, No. 39, México, 2015.

— El Aborto y su Despenalización Segunda Parte, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, Número 40 México 2016.

La Suprema Corte de Justicia Durante los Años Constitucionalistas (1917-1920), Poder Judicial de la Federación, México, 1995.

Pérez Hernández, Cándido. *Aborto. La política de un Estado claudicante*. Segunda Edición. 2017. Early Institute. Cefim.

Tribe H. Laurence, *El aborto: guerra de absolutos*. Traducción de Dubravka Suznejevic Estudio preliminar de José Ramón Cossio Díaz y otros, Fondo de Cultura Económica. Instituto Nacional de Ciencias Penales 2012.

Tena Ramírez Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1982*, Décimo Primera Edición, 1982, Editorial Porrúa.

Vives Antón Tomás S y Cuerda Arnau María Luisa, *El debate acerca de la Legalización del Aborto*, Tirant lo Blanch, México D.F. 2012

Legislación y Tratados

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”. OEA

Código Civil Federal

Código Penal del Distrito Federal, Gaceta Oficial del Distrito Federal del 26 d abril de 2007

Declaración Universal de los Derechos Humanos <http://www.un.org/es/documents/udhr/index.shtml>, <http://www.org/dil/esp/tratados> B-32 Convención Americana sobre derechos Humanos

Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Diario Oficial de la Federación del 4 de diciembre de 2014.

Ley de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 12 de noviembre de 2015.

Documentos legislativos

Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, Departamento de Secretaria y Comisiones, del Congreso de la Unión, LI Legislatura, Despachado Año Segundo Período Ordinario, Comisiones Unidas de Relaciones Exteriores y Gobernación bajo el Ramo “Secreto”, Diciembre 9 del Año 1980, Índice “P”, “C” y “D”, registrado a fojas 28 del libro respectivo.

Cámara de Diputados, LX Legislatura, Gaceta Parlamentaria, Año XI Palacio Legislativo de San Lázaro, 15 y 24 de abril de 2008

Congreso del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza. Iniciativa de Decreto que crea el Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza suscrita por el Gobernador Constitucional del Estado de Coahuila de Zaragoza, <http://congreso-coahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/12/20171026-C%C3%B3digo-Penal-de-Coahuila-de-Zaragoza.pdf> Págs. 75 a 80 y <http://congreso.coahuila.gob.mx/portal/iniciativas-2017>

Congreso del Estado de Morelos. Gaceta Legislativa. Sesión Ordinaria del 7 de Septiembre de 2015. Año 1 Número 002. Cuernavaca, Morelos

Diario de los Debates del Congreso Constituyente, Período Único, Querétaro 21 de noviembre de 1916. Tomo I.-Num.1

Dictamen de la Comisión de Gobernación, Puntos Constitucionales y Justicia de la Sexagésima Legislatura del Congreso del Estado Visible en <http://congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/12/20171026-C%C3%B3digo-Penal-de-Coahuila-de-Zaragoza.pdf>, Págs. 75 a 80.

Sitios Web

UNICEF <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

SCJN:

<https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/content/aborto-despenalizaci%C3%B3n-del-abort...>

[https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos controversias constit/documento/2016-11-28 \(y ver también29\)/MP Acincosnt-85-206 O.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos%20controversias%20constit/documento/2016-11-28%20(y%20ver%20tambi%C3%A9n%2029)/MP%20Acincosnt-85-206%20O.pdf)

ONU

[https:// documents-dds—ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement)
OpenElement

<http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

Diario Oficial y Jurisprudencia

Diario Oficial. Órgano del Gobierno Provisional de la República. Tomo V, Cuarta Época, Número 30 México, Lunes 5 de Febrero de 1917.

Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931

Diario Oficial de la Federación, 10 de enero de 1936

Diario Oficial de la Federación, 14 de febrero de 1975, Tomo CCCXXVIII,

Diario Oficial de la Federación, 9 de enero de 1981 y 7 de mayo del mismo año

Diario Oficial de la Federación, 7 de mayo de 1981

Diario Oficial de la Federación, 10 de junio de 2011. Primera Sección

Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXIV Materia(s): Común

Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXVII Febrero de 2008 Tesis Aislada

Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro IV, enero 2012, Tomo 1

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, respectivamente Libros XI, XXIV y 41, de Agosto de 2012 Tomo 2, y Abril de 2017 Tomo II

Semanario judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro XXIV, septiembre 2013, Tomos 1 y 3

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, respectivamente Libros XI, XXIV, Abril de 2017 Tomo II

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Pleno, Libro XXV, octubre 2013, Tomo 1

DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO

Por SERGIO CHARBEL OLVERA RANGEL¹

A mis alumnos, para contribuir a la comprensión del tema

RESUMEN: La constitución no es una obra perfecta ni acabada, como toda obra humana, es perfectible, encaminada a dar las bases jurídicas para un estado eficiente; requiere actualización para conservar la finalidad de estructurar al estado, reconocer derechos y dar bases coherentes al sistema jurídico estatal. La constitución, en su integridad, tiene una temporalidad permanente, pero sus normas, en lo individual, pueden dejar de estar en vigor y dar lugar a que otras lo estén. La posibilidad de cambio normativa es posible a través de las normas transitorias; en el sistema jurídico mexicano estas normas cumplen distintas funciones en el ámbito de validez temporal de las normas constitucionales, incluso se ha desnaturalizado su función. Dentro de las imperfecciones de la constitución están las antinomias normativas, las cuales pueden dar lugar a la derogación de normas constitucionales

SUMARIO: 1. CONCEPTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO. 2. LA VIGENCIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES. 3. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES TRANSITORIAS. 4. TIPOS DE NORMAS CONSTITUCIONALES TRANSITORIAS.

1. CONCEPTO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL TRANSITORIO

La constitución es el fundamento de todas las normas de un estado, a partir de su creación se crea formalmente el sistema jurídico estatal. Las constituciones crean a los sistemas jurídicos y son su límite temporal.

Un sistema jurídico se integra por órdenes jurídicos que tienen vigencia en un lugar y tiempo determinado. Un orden jurídico es un conjunto de normas promulgadas y no derogadas, aplicables en un momento determinado. El orden jurídico se identifica con el derecho vigente. Un sistema jurídico se integra por la totalidad de las normas, vigentes o no, es diacrónico, su ámbito de validez temporal se extiende hacia el pasado, el presente y el futuro. Un sistema jurídico es una totalidad de normas que tienen un

1 Profesor titular en la Escuela Libre de Derecho. Maestro en Derecho Constitucional, y en Derechos Humanos y Democracia.

cierto orden, en él no pueden existir normas incompatibles; por ser un sistema excluye la incompatibilidad de las normas, ya que la relación de las normas en un sistema es de compatibilidad.²

El ámbito de validez del sistema jurídico se relaciona con el derecho transitorio, este comprende la determinación de las condiciones bajo las cuales las normas adquieren vigencia, el momento en que estarán vigentes, y el momento en que dejarán de estarlo. Estos, a su vez, son los problemas de la dimensión temporal de las normas jurídicas.

Conforme a lo anterior, el derecho constitucional transitorio es la rama de la disciplina constitucional que estudia el ámbito de validez temporal de las normas fundamentales, lo cual incluye las cuestiones relacionadas con su vigencia.

2. LA VIGENCIA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Una norma vigente es aquella que existe y es reconocida por la autoridad competente en un tiempo y lugar determinado. Vigencia es la existencia actual. La vigencia la define Luis María Díez-Picazo como “la pertenencia actual y activa de una norma al ordenamiento, de manera que es potencialmente capaz de regular todas las situaciones subsumibles en un supuesto de hecho.”³

La vigencia de la norma se relaciona con su obligatoriedad. Si una norma es vigente será obligatoria. Para que una norma sea obligatoria debe ser vigente y no debe haberse declarado su invalidez con efectos generales.⁴ La vigencia es una vocación de validez temporal de la norma, que tiene un inicio, pero no necesariamente un término; la norma puede ser abstracta de forma indefinida.

Una norma sin vigencia no está fuera del sistema jurídico, solo deja de actualizarse su supuesto jurídico (hay excepciones sobre esto), lo cual es distinto a la declaratoria general de invalidez de una norma, que tiene como consecuencia la expulsión de esta. La invalidez es la cualidad que determina la pertenencia de la norma al sistema jurídico.⁵ La falta de vigencia y la invalidez con efectos generales de una norma tienen el mismo efecto consistente en la falta de obligatoriedad para hechos presentes y futuros, lo cual implica la imposibilidad de la actualización de su supuesto normativo por hechos pre-

2 Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 2012, pp. 180 -187.

3 *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, p. 162.

4 Que una norma rija es sinónimo de vigencia, que está en vigor o que tiene vigor; estos términos se refieren a las normas que tienen fuerza obligatoria y que no han sido derogadas o invalidadas.

5 Kelsen, Hans, “Derogation” en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, New York, Ralph A. Mewman, Bob Merrill Company, 1962, p. 339.

Al respecto Carla Huerta señala que la validez es “un criterio de conformidad jurídica de la norma, determinado por el sistema jurídico”. *Conflictos normativos*, 2a ed., México, IIJ-UNAM, 2007, p. 240.

sentes o futuros;⁶ la diferencia entre ambas circunstancias es significativa, la norma sin vigencia pertenece al sistema jurídico y puede producir efectos jurídicos; la norma que es declarada inválida con efectos generales, al ser expulsada del sistema jurídico, no puede producir efectos jurídicos.⁷

Una norma vigente tiene fuerza vinculante en el presente y para el futuro, si tiene vinculatoriedad respecto a hechos pasados será retroactiva, en este caso, para que sea válida, debe tener solo efectos positivos en las personas que, con el hecho pasado, actualizaron su supuesto normativo (artículo 14 constitucional⁸). La retroactividad es una característica de la norma vigente que es posterior a un hecho al cual le atribuye consecuencias jurídicas.

La retroactividad es distinta a la ultraactividad.⁹ El concepto de ultraactividad surge de la distinción que realizó Paul Roubier entre retroactividad, la aplicación inmediata de la nueva norma y la supervivencia de la norma derogada,¹⁰ la ultraactividad se refiere a esta última situación, al de las situaciones en curso que se deben regir por una norma derogada. Lo anterior implica una habilitación para que la abstracción de la norma siga subsistiendo en virtud de hechos posteriores a su derogación, es decir, la posibilidad de que su supuesto normativo se siga actualizando, lo cual implica una vigencia parcial de la norma derogada (esto es posible porque la norma derogada no es expulsada del sistema jurídico). Por lo anterior, la distinción entre retroactividad y ultraactividad consiste en que en la primera una norma vigente se actualiza por hechos pasados y, en la segunda, hechos presentes actualizan una norma derogada.

El conjunto de normas que integran el derecho vigente (orden jurídico) es parte de un sistema normativo, cuya característica principal es la diacronía; a ese orden jurídico, la constitución le da unidad y congruencia a través de los valores, principios y reglas que prevé.

La vigencia en el tiempo de las normas constitucionales genera un ámbito de validez temporal indeterminado del sistema jurídico por lo que respecta a su terminación.

6 Por ello, el maestro García Máynez, en relación con el tema, afirma: “Todo precepto vigente es formalmente válido. Las expresiones *vigencia* y *validez formal* poseen en nuestra terminología igual significado.” *Introducción al Estudio del Derecho*. 55ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 40.

7 Otra distinción relevante es entre vigencia y positividad. La vigencia es un atributo formal; la positividad corresponde a la eficacia de las normas (a su aplicación y observación), independientemente de que sea vigentes o no.

8 El precepto es el siguiente: “Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.”

9 La distinción entre ultraactividad y retroactividad tomó importancia en la doctrina jurídica con la Sentencia del Tribunal Superior de la ciudad de Buenos Aires, expediente: 32/99, del 4 de junio de 1999.

10 Roubier, Paul, “Les conflits de lois dans le temps (Théorie de la non-rétroactivité des lois)”, *Revue néo-scholastique de philosophie*, t. I, vol. 32, núm. 27, Paris, 1930, p. 369.

3. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES TRANSITORIAS

Las funciones de las normas son distintas, a pesar de ello, poseen una estructura lógica común: supuesto jurídico y consecuencia jurídica. Es posible clasificarlas, principalmente, por la materia que regulen, su función y su fuente. En el presente trabajo las normas se clasifican en atención a su función y a su permanencia, la clasificación es la siguiente: normas de función permanente (o normas permanentes) y normas de función transitoria (o normas transitorias).

Las normas de función permanente pueden regular todas las materias en el sistema jurídico, y su vigencia y positividad es indeterminada.

La denominación norma transitoria es alusiva, del adjetivo se infiere que su función principal es dar transito al ámbito de validez de otras normas del sistema jurídico. La positividad de las normas transitorias se relaciona con el cumplimiento de su función, la de dar transito al ámbito de validez de otras, una vez que lo hacen su supuesto jurídico ya no se actualiza.

La norma transitoria tiene como principal consecuencia jurídica el modificar el ámbito de validez temporal de normas; los sujetos a los que va dirigida la norma son las autoridades y particulares que deben acatar la transición. Son transitorias por su función, no por su estructura. Las normas transitorias prevén reglas relativas a la vigencia de normas permanentes (excepcionalmente también se pueden referir a normas transitorias), son secundarias y no tienen autonomía, están vinculadas a las normas a las que les darán transito; esto es lo propio de las normas transitorias.

Las normas transitorias establecen atribuciones para hacer operantes normas permanentes;¹¹ no pueden conceder atribuciones novedosas a las autoridades, hacerlo excedería a su función, lo que les privaría de su carácter transitorio. Son normas que al cumplir su función dejan de ser positivas; esto es consecuencia de su limitada abstracción, al actualizarse el supuesto jurídico y darse la consecuencia cesa su fuerza normativa; su supuesto jurídico ya no volverá a actualizarse y generar consecuencias.

11 Esta función de las normas transitorias remite a la clasificación de normas de Hart, para el cual, a la par de la existencia de normas (primarias) que prescriben conductas, existen normas secundarias que regulan el procedimiento de creación y aplicación de las normas primarias; para el citado jurista inglés, las normas secundarias pueden ser reglas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación, en estas últimas se encuadran las normas transitorias. *El Concepto del Derecho*, trad. de Genero R. Carrio, Argentina, Abeledo-Perrot, 1992, pp. 99 y ss.

En términos similares, Von Wright, denomina a las normas cuyo contenido son conductas, normas de primer orden; y normas de segundo orden a aquellas que su contenido es el acto de dar o cancelar determinadas normas de primer orden, estas últimas no deben tener el contenido de las primarias, en estas últimas también se encuentran las transitorias. *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Terreros, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 197 y 198.

La función de las normas transitorias de dar vigencia a las normas permanentes de un cuerpo normativo o de una reforma, tiene como consecuencia lógica el que sean las primeras en cumplirse. Son normas de carácter prescriptivo que exigen un cumplimiento preferente sobre las normas permanentes. La existencia de normas transitorias es por la necesidad de cambio en los sistemas jurídicos, para lo cual se requiere una transición entre normas que dejen de estar en vigor y otras que inicien su vigencia, esto a través reglas que buscan preservar la congruencia del sistema jurídico estatal.

Las normas transitorias entran en vigor desde el momento de su publicación. Es posible que se cumplan con posterioridad, depende de lo que prevean. A ellas no les son aplicables las reglas de la *vacatio legis*.

Las normas transitorias, al igual que las permanentes, pueden ser reformadas, para lo cual se debe seguir el mismo procedimiento que para su creación, siguiendo el principio de autoridad formal de la ley.¹² Los efectos que generaron las normas transitorias ya no pueden ser revertidos, al respecto, Carla Huerta, afirma: “los artículos transitorios pueden ser reformados a menos que hayan producido sus efectos, es decir, la entrada en vigor de una norma y la derogación ya no pueden ser modificados”¹³.

Las normas transitorias, por excepción, pueden prever derechos¹⁴ y obligaciones para los particulares o facultades y obligaciones para las autoridades, pero eso solo para el caso de conservación de determinadas consecuencias jurídicas creadas, por ejemplo: continuar la tramitación de procedimientos. Por su carácter temporal es impropio que las transitorias contengan derechos, facultades y obligaciones permanentes, ya que esto es propio de las normas permanentes. Establecer en las normas transitorias derechos, facultades y obligaciones sin que sean temporales es una mala técnica legislativa, contraria al principio de seguridad jurídica, porque sería complicado su conocimiento al encontrarse en un apartado de los ordenamientos jurídicos que no les corresponde.¹⁵

Los ordenamientos jurídicos, por lo general, tienen dos apartados en cuanto a las funciones de las normas: la parte de normas permanentes y el apartado de normas transitorias. Por una mala técnica legislativa, algunas normas transitorias pueden encontrarse en el apartado de normas permanente y viceversa.

Las normas transitorias y las permanentes que forman parte de un mismo ordenamiento jurídico tienen igual jerarquía, porque son aprobadas por la misma autori-

12 Conforme a la teoría del derecho de obligado se puede afirmar que la autoridad que tiene competencia para expedir una norma también la tiene para eliminarla del sistema jurídico. Esto es a lo que se le conoce como el principio de autoridad formal de la ley.

13 Huerta Ochoa, Carla “Artículos transitorios y derogación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV, núm. 102, México, IIJ-UNAM, septiembre-diciembre 2001, p. 824.

14 En esos casos los derechos consisten en preservar o conservar los derechos.

15 Es común que no todas las normas transitorias se publiquen en las leyes subidas en páginas oficiales o en editoriales comerciales, independientemente de que la lectura de las normas transitorias es necesaria, para conocer la vigencia de las permanentes.

dad mediante el mismo procedimiento; su carácter complementario no les priva de la jerarquía que le corresponde al ordenamiento jurídico que las contiene. Confirma lo anterior los siguientes criterios jurisprudenciales: ARTÍCULOS TRANSITORIOS. FORMAN PARTE DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO RESPECTIVO Y SU OBSERVANCIA ES OBLIGATORIA;¹⁶ RECURSO DE REVISIÓN. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ES COMPETENTE PARA CONOCER DE AQUEL EN EL QUE SE CONTROVIERTE LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN ARTÍCULO TRANSITORIO DE LA CONSTITUCIÓN,¹⁷ en esta última se precisa lo siguiente:

...las normas transitorias forman parte de la Constitución y su contenido va encaminado a precisar circunstancias de índole temporal relacionadas, entre otras, con la eficacia, vigencia, aplicación, aclaración, precisión, derogación y abrogación de las normas propiamente constitucionales.

Los artículos transitorios, tanto los del texto original de la Constitución de 1917 como los de los decretos de reformas constitucionales, son fundamentales, porque su creación y reforma se sujeta a la colaboración de poderes previsto en el artículo 135 constitucional¹⁸. Como se señaló su estructura normativa es la misma, lo que cambia es su función. Al respecto, también son relevantes los siguientes criterios jurisprudenciales: FACULTAD O COMPETENCIA OBLIGATORIA A CARGO DE LOS CONGRESOS ESTATALES. SU OMISIÓN ABSOLUTA GENERA UNA VIOLACIÓN DIRECTA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (ARTÍCULOS PRIMERO Y SEGUNDO TRANSITORIOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE);¹⁹ y CONGRESO DEL ESTADO DE TLAXCALA. EL INCUMPLIMIENTO DEL MANDATO CONSTITUCIONAL EXPRESO IMPUESTO POR EL PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL EN LOS ARTÍCULOS PRIMERO Y SEGUNDO TRANSITORIOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE A LOS ARTÍCULOS 17 Y 116, CONFIGURA UNA OMISIÓN LEGISLATIVA ABSOLUTA.²⁰

Los artículos transitorios formalmente son parte de la constitución, y forman parte de la base del sistema jurídico estatal y de su ámbito de validez temporal. El principio de supremacía constitucional solo es posible si la fuerza normativa de la constitución se despliega en todas sus partes.

16 [TA]; 9a. época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; t. XIV, octubre de 2001; p. 1086. VI.2o.A.1 K.

17 [TA]; 9a. época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; t. XXV, mayo de 2007; p. 1187. 2a. XXXIV/2007.

18 En lo sucesivo, cuando no se mencione el ordenamiento jurídico al que pertenece el artículo, se estará citando un precepto de la Constitución de 1917.

19 [J]; 9a. época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; t. XXIII, febrero de 2006; p. 1365. P./J. 13/2006.

20 [J]; 9a. época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; t. XXIII, febrero de 2006; p. 1250. P./J. 14/2006.

Las normas transitorias de rango constitucional, al determinar la vigencia de normas constitucionales, implícitamente determinan la vigencia de las normas secundarias que desarrollan a esos preceptos supremos.

4. TIPOS DE NORMAS CONSTITUCIONALES TRANSITORIAS

Las consecuencias jurídicas que produce la actualización de las normas transitorias pueden consistir en: establecer el inicio de vigencia de normas, derogar o abrogar normas, establecer la aplicación temporal de normas, atribuir consecuencias jurídicas temporalmente, o en la combinación de estos supuestos. Conforme a esas posibilidades, se sugiere las siguientes denominaciones de cada uno de los tipos de normas constitucionales transitorias:

1. Normas constitucionales transitorias que establecen la entrada en vigor de normas.
2. Normas constitucionales transitorias derogatorias.
3. Normas constitucionales transitorias abrogatorias.
4. Normas constitucionales transitorias habilitantes.
5. Normas constitucionales transitorias atributivas.

4.1. Normas constitucionales transitorias que establecen la entrada en vigor de normas

Son las que, al actualizarse su supuesto jurídico, otorgan vigencia a una nueva norma.

Otorgar vigencia a normas sin condicionamientos es lo habitual para este tipo de normas transitorias; algunas de estas sujetan la vigencia de normas permanentes a la realización de una condición suspensiva, práctica que es contraria al principio de certeza jurídica, porque puede no cumplirse la condición y ser necesaria la vigencia de la norma para regular una determinada situación.

En este apartado se propone un estudio sistemático y a través de ejemplos de este tipo de normas transitorias, en función de la forma en como otorgan vigencia a las normas permanentes. La clasificación es la siguiente:

1. Normas constitucionales transitorias que establecen una fecha de entrada en vigor de normas.
2. Normas constitucionales transitorias que establecen la entrada en vigor de la norma desde el día de la publicación del decreto de reformas.
3. Normas constitucionales transitorias que establecen que la entrada en vigor de la norma sea en una fecha posterior a la publicación del decreto de reformas.

4. Normas constitucionales transitorias que prevén una condición suspensiva para la entrada en vigor de la norma.

4.1.1. Normas constitucionales transitorias que establecen una fecha de entrada en vigor de normas

Los ejemplos para este tipo de normas son los siguientes:

1. Artículo primero transitorio del texto original de la Constitución de 1917:

Artículo Primero. Esta Constitución se publicará desde luego y con la mayor solemnidad se protestará guardarla y hacerla guardar en toda la República; pero con excepción de las disposiciones relativas a las elecciones de los Supremos Poderes Federales y de los Estados, que desde luego entran en vigor, no comenzará a regir sino desde el día 1o. de Mayo de 1917...

2. Artículo único transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 20 de agosto de 1928: “Esta ley entrará en vigor el día primero de enero de mil novecientos veintinueve.”²¹

3. Artículo único transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 13 de diciembre de 1934: “Las presentes reformas constitucionales entrarán en vigor el día primero de diciembre del presente año”.

Este precepto constituyó un absurdo porque el decreto se publicó el 13 de diciembre, lo que imposibilitaba la disposición de que entrara en vigor el 1° de diciembre de 1934. Las autoridades con facultades para reformar a la constitución no tuvieron en cuenta lo tardado que puede ser el procedimiento legislativo.

No es adecuada la práctica legislativa de prever una fecha exacta para la entrada en vigor del decreto de reformas porque el procedimiento de creación normativo puede extenderse más allá de la fecha prevista en el transitorio para que el decreto entre en vigor. Este inconveniente lo tuvo en cuenta el legislador mexicano, y en posteriores reformas se remedió la práctica al prever de forma expresa que la entrada en vigor se daría en fecha posterior a la publicación del decreto; no obstante, el cuidado que después se tuvo, el error se repitió en el siguiente caso:

4. Artículo primero transitorio del decreto de reformas constitucionales del 15 de diciembre de 1934: “La presente reforma entrará en vigor el día 15 de diciembre del año en curso.” Se preveía que la reforma se publicaría con anticipación a la fecha que establecía el transitorio para la entrada en vigor del decreto, pero se publicó justo el mismo día previsto para su entrada en vigor, por lo cual entró en vigor ese mismo día.

21 La práctica legislativa de denominar *ley* al decreto de reformas, se presentó por primera vez en el artículo tercero del primer decreto de reformas constitucionales publicado el 20 de agosto de 1928.

5. Artículo único transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 28 de marzo de 1951: “La adición al artículo 131 de la Constitución General de la República, entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el ‘Diario Oficial’ de la Federación.”

El decreto de reformas citado adicionaba al artículo 131, pero también el artículo 49, sin embargo, el transitorio no previó la entrada en vigor de este último, por lo cual este entró en vigor de forma sincrónica al momento de la publicación del decreto.

4.1.2. Normas constitucionales transitorias que establecen la entrada en vigor de la norma desde el día de la publicación del decreto de reformas

Los ejemplos para este tipo de normas son los siguientes:

1. Artículo único transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 27 de abril de 1933.

Este es el primer fundamento en donde el texto constitucional menciona al Diario Oficial de la Federación, el texto es el siguiente: “Esta ley comenzará a regir desde la fecha de su publicación en el ‘Diario Oficial’”, lo que constituye el primer fundamento constitucional de este medio oficial de difusión

2. Artículo único transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 27 de noviembre de 1961.

4.1.3. Normas constitucionales transitorias que establecen que la entrada en vigor de la norma sea en una fecha posterior a la publicación del decreto de reformas

Los ejemplos para este tipo de normas son los siguientes:

1. Artículo único transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 24 de octubre de 1942: “La presente Ley entrará en vigor el día 1º del mes siguiente al en que se sea publicada en el ‘Diario Oficial’ de la Federación.”

Este precepto resolvía los inconvenientes comentados para los decretos publicados el 13 y 15 de diciembre de 1934.

2. Artículo único transitorio del tercer decreto de reformas constitucionales publicado el 30 de diciembre de 1946: “Esta Ley entrará en vigor diez días después de su publicación en el ‘Diario Oficial’ de la Federación.”. A pesar de que fueron publicados tres decretos de reforma constitucional ese mismo día en el Diario Oficial de la Federación, el segundo de ellos no contenía artículos transitorios (estos casos se analizan más adelante).

3. Artículo único transitorio del segundo decreto de reformas constitucionales publicado el 2 de diciembre de 1948: “La presente adición a la fracción I del artículo 27

de la Constitución General de la república entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el 'Diario Oficial'." A pesar de que ese día se publicaron dos decretos, el primero de ellos no contenía artículos transitorios.

4. Artículo primero transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 19 de febrero de 1951:

Las reformas a los artículos 94, 97 párrafo primero, 98 y 107, entrarán en vigor a los noventa días siguientes al de su publicación en el 'Diario Oficial' de la Federación. Sin embargo, dentro de esos noventa días, deberá procederse al nombramiento de los Ministros Supernumerarios, de los nuevos Magistrados de los Tribunales Colegiados de Circuito y de todos los Magistrados de los Tribunales Unitarios de Circuito y de los Jueces de Distrito, con arreglo a las disposiciones que establece la Constitución y estas reformas.

La segunda parte del precepto preveía el mandato de cumplir con la reforma constitucional dentro de los noventa días de la *vacatio legis*, lo cual implicó que la norma tuvo efectos antes de su entrada en vigor, eso le dio una vigencia parcial durante la *vacatio*.

4.1.4. Normas constitucionales transitorias que prevén una condición suspensiva para la entrada en vigor de la norma

1. Artículo primero transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 20 de agosto de 1928: "La reforma del artículo 52 constitucional entrará en vigor al verificarse las elecciones para integrar la Cámara de Diputados del XXXIV Congreso de la Unión, en el año de 1930."

2. Artículo primero transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 25 de octubre de 1967: "Estas reformas entrarán en vigor al mismo día que entren en vigor las reformas a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y a la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, que habrán de expedirse como consecuencia de estas reformas." Este artículo transitorio tiene una incongruencia porque sujeta la vigencia de normas constitucionales a la expedición de las leyes que se fundamentan en esas mismas normas constitucionales. Lo anterior es posible porque las normas constitucionales reformadas y no vigentes son válidas, y pueden ser el fundamento de las normas secundarias; aun cuando es posible jurídicamente, es contrario al principio de seguridad jurídica.

Hubo decretos de reformas constitucionales que no tuvieron artículos transitorios, los casos fueron los decretos publicados en el Diario Oficial de la Federación en las siguientes fechas: 8 de julio de 1921, 24 de noviembre de 1923, 22 de enero de 1927, 24 de enero de 1928, 20 de agosto de 1928 (estos decretos, corresponden del primero al quinto decreto de reformas a la Constitución de 1917, fue hasta el artículo sexto transitorio del primer decreto de reformas constitucionales publicado el 20 de agosto de 1928 cuando por primera vez se incluyeron artículos transitorios a estos decretos), 6

de septiembre de 1929, 7 de febrero de 1931, 19 de diciembre de 1931, 4 de noviembre de 1933, el primero y segundo decreto del 18 de enero de 1934, 13 de enero de 1935, 6 de diciembre de 1937, 12 de agosto de 1938, 31 de diciembre de 1938, 11 de septiembre de 1940, 9 de noviembre de 1940, el primero y segundo decreto del 14 de diciembre de 1940, 17 de noviembre de 1942, 18 de noviembre de 1942, 8 de enero de 1943, 10 de febrero de 1944, 21 de abril de 1945, segundo decreto del 30 de diciembre de 1946, primero y segundo decreto del 12 de febrero de 1942, 29 de diciembre de 1947, primer decreto del 2 de diciembre de 1948, 10 de febrero de 1949 y 17 de febrero de 1953. Estas entraron en vigor en forma sincrónica.

Además de los supuestos anteriores, hubo decretos de reformas constitucionales que a pesar de tener artículos transitorios no incluyeron transitorios que establecieran la entrada en vigor de las normas permanentes que reformaron, es el caso de los publicados en las siguientes fechas: 29 de abril de 1933, 10 de enero de 1934, y 22 de marzo de 1934. Estas entraron en vigor en forma sincrónica.

Hay un caso de una norma transitoria que hace referencia a la entrada en vigor de la reforma, pero sin mencionar el momento de su entrada en vigor, es el caso del decreto del 21 de septiembre de 1944: “ARTÍCULO PRIMERO.- Dentro de los treinta días siguientes al en que entre en vigor esta reforma constitucional, el C. Presidente de la República hará...”.

Como se mencionó, la entrada en vigor de las reformas al texto constitucional se rige por lo previsto en las normas transitorias de los respectivos decretos de reforma. La cuestión por resolver se presenta cuando no existen normas transitorias que prevean la entrada en vigor de las normas constitucionales.

La doctrina mexicana considera que los principios que regulan la vigencia de las normas del sistema jurídico mexicano son las previstas en la legislación civil (normatividad secundaria). Estas no son aplicables para la entrada en vigor de la Constitución de 1917 ni de sus reformas. Uno de los ámbitos de validez del ordenamiento fundamental no puede estar sujeto a la legislación secundaria; las siguientes interrogantes y sus respuestas permiten comprender esta postura: ¿Qué pasaría si no existieran las normas de la legislación secundaria civil que prevén la entrada en vigor de normas? Si no existieran disposiciones que determinaran la entrada en vigor de normas ¿qué reglas aplicarían para la entrada en vigor de las normas constitucionales? Para responder a estas interrogantes es necesario realizar el siguiente análisis:

El periodo que media entre la publicación de la ley y su entrada en vigor se conoce en la teoría del derecho como *vacatio legis*; es un término durante el cual quienes deben cumplir la norma pueden enterarse de su contenido, prever como obedecerla y, en su caso, conocerla para luego cuestionarla jurídicamente²². Transcurrido ese plazo la

22 Betegón, Jerónimo; y otros, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 254.

norma obliga a todos los sujetos que regula su supuesto jurídico, y regirá el principio de: la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento (artículo 6º del Código Civil Federal). Conforme al Código Civil, hay dos sistemas de iniciación de la vigencia de la norma: el sucesivo y el sincrónico.

En el sistema sincrónico la norma entra en vigor en un mismo tiempo en todo el territorio en que ha de regir, en específico el día fijado por la disposición transitoria, con tal de que su publicación sea anterior (artículo 4º del Código Civil Federal).

El sistema sucesivo se presenta en los casos en que no existen disposiciones transitorias que prevean la entrada en vigor de la norma. En el sistema jurídico mexicano, el artículo 3º del Código Civil Federal²³ prevé la solución en dos hipótesis: la primera, en el lugar en donde se publica la norma, la *vacatio legis* será de 3 días; la segunda, en lugares distintos al de la publicación de la norma, la *vacatio legis* se da al sumar a los 3 días mencionados en el primer supuesto un día por cada 40 kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad; esta hipótesis es anacrónica en razón del desarrollo actual de las vías y medios de comunicación.

La regla de la entrada en vigor sucesiva de las normas, prevista en la legislación civil, establece un tiempo adicional por cada determinada distancia en relación con el lugar en donde se realiza la publicación, por ejemplo: una ley federal publicada en el Diario Oficial de la Federación en la Ciudad de México entraría en vigor varias semanas después en Tijuana. Esta regla implica una expansión progresiva, similar a la de una sustancia viscosa que se vierte en un recipiente, progresivamente el recipiente quedará cubierto de la sustancia, lo cual está en relación directa con la extensión del recipiente y con la movilidad del elemento viscoso; de la misma manera se consideró que para que una norma entre en vigor en los lugares en que esta no se publique, la entrada en vigor será conforme a un criterio de expansión, en consideración al tiempo de desplazamiento de quienes portan la información y en relación con la extensión del territorio; se consideró que la medida temporal sería de 40 kilómetros por día.

Antes de la entrada en vigor del *Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común y para toda la República en Materia Federal* publicado en 1928, regía el *Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California* del 31 de marzo de 1884, el cual no consideraba una distancia de 40 kilómetros por día sino de 20 kilómetros²⁴. De considerarse aplicables esas normas, se tendría que concluir que las re-

23 Artículo 3º del Código Civil Federal “Las leyes, reglamentos, circulares o cualesquiera otras disposiciones de observancia general, obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el Periódico Oficial.

En los lugares distintos del en que se publique el Periódico Oficial, para que las leyes, reglamentos, etc., se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior, transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad”.

24 Artículo 4º del Código Civil de 1984 “ Para que se reputen promulgadas y obligatorias la ley, reglamento, circular o disposición general, en los lugares en que no reside la autoridad que hace la promul-

formas constitucionales publicadas el 8 de julio de 1921, 24 de noviembre de 1923, 22 de enero de 1927, 24 de enero de 1928, 6 de septiembre de 1929, 7 de febrero de 1931 y 19 de diciembre de 1931, que son previas al 1º de octubre de 1932 (fecha de entrada en vigor del Código Civil de 1928), en virtud de que no previeron normas transitorias de entrada en vigor, entraron en vigor en función de 20 kilómetros por día, y las posteriores reformas que no regularon el inicio de su vigencia, ya bajo la obligatoriedad del Código de 1928, entraron en vigor sucesivamente en función de 40 kilómetros por día. Esto representaría un absurdo normativo, la norma fundamental quedaría sujeta a lo previsto por la legislación secundaria.

En el supuesto de que la Constitución de 1917 no haya previsto su entrada en vigor ¿qué normas aplicarían para su entrada en vigor? Para el 5 de febrero de 1917 las reglas del sistema sucesivo de entrada en vigor de las normas se preveían en el artículo 4º del Código Civil de 1884, éstas no podían considerarse aplicables; por seguridad jurídica la Constitución tenía que entrar en vigor de forma sincrónica en todo el territorio nacional.

Si el sistema de entrada en vigor sucesivo está en función de que las personas conozcan la norma ¿qué pasaría en el supuesto de que la población se concentre en el centro del estado mexicano y el restante territorio este deshabitado? a pesar de su inmensa extensión territorial, la norma constitucional no sería vigente en plenitud hasta que la expansión llegue a cubrir todo el territorio, incluyendo los mares nacionales. Bajo la anterior lógica, la regla también debería de aplicar para la extensión territorial vertical, es decir, hacia el subsuelo y el espacio aéreo.

Conforme al sistema sucesivo la reforma constitucional que modifique los límites territoriales no entraría en vigor en todo el territorio sino hasta que se cumpliera con plenitud la expansión, a pesar de que sea una disposición que no requiera de su conocimiento y cumplimiento para su eficacia. Por ejemplo, si Guatemala se anexa al territorio nacional por virtud de lo dispuesto en el artículo 73, fracción I, y la consecuente reforma al artículo 43 que se publique en el Diario Oficial de la Federación en la Ciudad de México sin que contenga disposiciones transitorias sobre su inicio de vigencia, entraría en vigor en Guatemala semanas después de su publicación; para los habitantes de la Ciudad de México ese país será parte de la Unión Federal desde el día de la publicación de la reforma, pero en ese mismo día Guatemala todavía no sería parte del estado mexicano sino hasta que la expansión llegue a su territorio. Lo anterior, originaría una incongruencia normativa indeseable. La reforma que prevea la anexión de un nuevo estado debe entrar en vigor en forma sincrónica en todo el país incluyendo al territorio anexado.

gación, se computará el tiempo a razón de un día por cada veinte kilómetros de distancia; si hubiere fracción que exceda de la mitad de la distancia”.

Otro caso que demuestra la irregularidad del sistema sucesivo es el caso de que una reforma constitucional prevea supuestos adicionales para obtener la nacionalidad mexicana, por ejemplo, que se aumente una fracción al inciso A) del artículo 30 para prever que son mexicanos por nacimiento: “Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos fuera del territorio nacional, de padre mexicano nacido fuera del territorio nacional, o de madre mexicana nacida fuera del territorio nacional.” Una persona que se encuadre en el supuesto de esta nueva norma que resida en la Ciudad de México el día de la publicación de la reforma constitucional (que no prevé su entrada en vigor) será nacional desde ese día, pero si esa persona tiene que viajar en avión ese mismo día a Tijuana en donde la norma todavía no es vigente, no podrá considerarse nacional en ese territorio, dejará de ser nacional ese mismo día y recobrá la nacionalidad hasta que la norma entre en vigor en Tijuana o cuando regrese a la Ciudad de México. ¿Qué pasa si la persona que se encuadra en la norma y que debiera obtener la nacionalidad está en el extranjero? ¿El sistema sucesivo aplica solo para el territorio nacional o para la totalidad del territorio mundial? Por seguridad jurídica la norma debe entrar en forma sincrónica porque atribuye una calidad a una persona no importando el lugar en el que este se encuentre. La norma debe entrar en vigor en un mismo tiempo para todas las personas previstas en ella, en el caso, para los que sean hijos de padres mexicanos nacidos fuera del territorio nacional.

Si una reforma constitucional, que no prevea su entrada en vigor, cambia la forma de gobierno republicana por un régimen monárquico, en aplicación del sistema sucesivo se llegaría a la conclusión de que parte del territorio estaría inmerso en un sistema monárquico y parte en una república. Se podrá argumentar que no podría implementarse el régimen monárquico hasta que se cambie toda la estructura para ello, ante esta interpretación, habrá que tener presente que una cosa es la entrada en vigor de la norma y otra es su eficacia, que se cumpla y observe.

Una reforma a la constitución implica un cambio sustancial al sistema jurídico, por lo tanto, no se rige por las reglas y principios de las normas derivadas. No hay problema en que las normas secundarias se rijan por el sistema de entrada en vigor sucesivo porque estas no modifican sustancialmente el sistema jurídico, a pesar de ello no es un sistema conveniente.

El sistema sucesivo para que las normas entren en vigor es deficiente y obsoleto, no prevé supuestos como los analizados en los que se modifican los ámbitos de la validez que regula la constitución, ni distingue entre aquellas normas de eficacia inmediata de aquellas que requieren ser cumplidas por el sujeto obligado.

En la actualidad, ya no tiene razón de ser la entrada en vigor sucesiva de las normas; ahora se puede conocer la publicación de una norma de forma inmediata en todo el territorio gracias a los avances en comunicaciones y vías de comunicación. El estado debe garantizar que toda reforma normativa se pueda conocer a un mismo tiempo por toda la población.

Las normas constitucionales deben entrar en vigor de forma simultánea en todo el territorio o para todos los sujetos previstos en la norma, porque no puede existir un sistema jurídico a medias.²⁵ Si un particular se ve afectado por el desconocimiento de la norma, puede alegar la teoría de la expansión normativa, pero sería en un caso particular, por ejemplo: una persona agraviada por la situación de lejanía en relación con el lugar en el que se publica la norma; sin embargo, sería muy cuestionable el argumento del desconocimiento de la norma constitucional. No es correcto sujetar a la norma constitucional a la parcialidad de su entrada en vigor. En la vigencia de la Constitución de 1917 no se tiene noticia de que se haya impugnado una reforma constitucional por su entrada en vigor sucesiva.

La legislación secundaria no debe ser depositaria de las normas que rigen la vigencia y derogación de las normas constitucionales de un sistema jurídico. Las normas que rigen la vigencia de las normas no son exclusivas de la materia civil, derivan de principios de la lógica para lograr la congruencia normativa. La regulación de la vigencia de las normas corresponde a la teoría general del derecho y debe ser regulada en las normas fundamentales.

La regulación de la entrada en vigor de las normas es un componente básico del ámbito de validez temporal del sistema jurídico mexicano, la constitución debe ser el ordenamiento jurídico que regule los elementos básicos de los ámbitos de validez de las normas en un sistema jurídico. Por esta razón es conveniente que al artículo 135 se le adicione un párrafo tercero en los siguientes términos: “Las adiciones o reformas a la Constitución entrarán en vigor diez días después de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, salvo disposición en contrario. Esta regla es aplicable para todas las normas generales que se expidan conforme a esta Constitución.”

4.1.5. Normas constitucionales transitorias que prevén una condición resolutoria para la derogación de normas

El ejemplo de este tipo de normas es el artículo segundo del decreto de reformas constitucionales publicado el 5 de diciembre de 1960: “ARTÍCULO SEGUNDO.- Entretanto se expida la respectiva ley reglamentaria, continuará en vigor el Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión en cuanto no se oponga a la presente.”

25 Al respecto es relevante la siguiente tesis aislada del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro: REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO REQUIEREN DE VACATIO LEGIS Y ANTE LA AUSENCIA DE DISPOSICIÓN EXPRESA SOBRE SU FECHA DE ENTRADA EN VIGOR, DEBE ESTARSE A LA DE SU PUBLICACIÓN EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, SALVO QUE POR SU CONTENIDO NO SEAN EXIGIBLES DE MANERA INMEDIATA., en la parte conducente establece: “Es decir, la publicación de un decreto de reformas constitucionales es una garantía objetiva del propio ordenamiento, destinada a fijar de forma auténtica y permanente el contenido de una norma y garantizar, en consecuencia, la seguridad y certeza jurídicas, por lo que la propia Constitución dispone que la publicación se haga “inmediatamente”, en aras de que la voluntad del Constituyente Permanente -en el sentido de que se ha reformado el texto constitucional- no se diluya ni obstaculice en el tiempo, sino que de manera objetiva y pronta empiece a tener efectividad.” [TA]; 9a. época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; t. XIX, marzo de 2004; p. 309. 1a. XXVII/2004.

4.2. Normas constitucionales transitorias derogatorias

Este tipo de normas transitorias ponen fin a la vigencia de una o varias normas de un sistema jurídico. Con su entrada en vigor quedan actualizadas sus consecuencias derogatorias y con ello concluye su positividad. A través de estas normas no solo se deroga la norma fundamental sino también las normas que le sean derivadas, a menos que los artículos transitorios del decreto de reforma constitucional habiliten la ultraactividad de las normas secundarias o la vigencia parcial de algunas normas.

Existen casos en los que la norma derogatoria no prevé expresamente la derogación de normas sino lo hace de forma indirecta, un ejemplo de ello es el artículo decimocuarto transitorio del texto original de la Constitución de 1917, que preveía: “Queda suprimida la Secretaría de Justicia y de Instrucción Pública y Bellas Artes.”, lo que implicó que la normatividad de esas secretarías, que se encontraban en la legislación secundaria, quedó derogada. A partir de ese artículo transitorio la legislación secundaria no podía válidamente crear esas secretarías, para volverlas a incorporar al sistema jurídico se requirió una reforma constitucional, esa se expidió el 8 de julio de 1921, en esta se derogó la mención de la Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes, pero se dejó subsistente la derogación de la Secretaría de Justicia.

Una vez señaladas las anteriores modalidades, se profundizará sobre el tema de la derogación y sus efectos en las normas constitucionales.

La constitución, como base del sistema jurídico, permite la creación, modificación y extinción de normas, para ello se establecen procesos y se faculta a determinadas autoridades legislativas, judiciales y administrativas; esas posibilidades permiten que el sistema sea dinámico.

El proceso dinámico de creación de normas implica, a su vez, la posibilidad de dejarlas sin vigencia. La mayoría de las creaciones normativas implican la derogación de normas anteriores, porque así se prevé expresamente o por la incompatibilidad que aquellas generan con estas.

Es necesario distinguir entre abrogación (*abrogatio*) y derogación (*derogatio*). Distinción que surgió en la jurisprudencia romana. Ambas son formas de terminación de vigencia de una norma jurídica. La primera se refiere a la eliminación total de un cuerpo normativo, la segunda a la supresión de una o varias disposiciones de un texto normativo.

La derogación es el efecto de dejar sin vigencia a una o varias normas. La abrogación es el efecto de dejar sin vigencia a la totalidad de un ordenamiento jurídico.

La derogación y abrogación, por lo general, se prevén en la normatividad transitoria por su función de regular el paso ordenado del ámbito temporal de validez de las normas, y pueden precisar el tratamiento que debe darse a las consecuencias jurídicas que

surgieron durante la vigencia de las normas derogadas o abrogadas, en cumplimiento al principio de seguridad jurídica.²⁶

La derogación y abrogación representan un cambio en el sistema jurídico por la sustracción de normas.²⁷ La abrogación de las constituciones se realiza tácitamente cuando se expide un nuevo texto constitucional.²⁸

El efecto de la derogación es la pérdida de la vigencia de la norma, no tiene por efecto expulsar a la norma derogada del sistema jurídico, sino de acotar su ámbito de validez temporal en el sistema jurídico, a diferencia de las normas inválidas que son expulsadas del sistema.²⁹

Las consecuencias jurídicas creadas durante la vigencia de la norma derogada no dejan de tener efectos. En el sistema jurídico las normas validas, estén vigentes o no, pueden generar efectos jurídicos. Por excepción, se puede prever la eficacia parcial de la norma derogada para determinados momentos y efectos; este es el caso de las normas transitorias habilitantes que se analizarán más adelante.

Se puede derogar la norma o el enunciado normativo. Por ejemplo, un enunciado normativo se puede repetir en dos o más textos en el orden jurídico, pero la norma que contienen es la misma, de tal manera que al derogar alguno de los enunciados la norma no pierde su vigencia. Es posible que se derogue un enunciado que no sea normativo, en este caso no se deroga una norma sino una expresión lingüística descrita en un ordenamiento jurídico. Aquí se estudia solo la derogación de normas, en específico las constitucionales.

Para lograr la estabilidad en el sistema jurídico una norma constitucional solo queda reformada o derogada por otra de idéntica jerarquía que sea creada por el mismo procedimiento.³⁰

26 MIGRACIÓN. EL ARTÍCULO DÉCIMO TRANSITORIO DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EXACTA APLICACIÓN DE LA LEY EN MATERIA PENAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 14, PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIX, abril de 2013, t. 1; p. 584. 1a./J. 118/2012 (10a.).

27 Alchourrón, Carlos y Bulgin, Eugenio, "Sobre el concepto de orden jurídico" en *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 400.

28 La Constitución de 1917 reformó a la del 5 de febrero de 1857 en todos sus artículos, lo que implica que materialmente sea otra constitución, formalmente es la derogación íntegra de todos los preceptos de la de 1857 (sin que formalmente sea abrogación). La mayoría del contenido normativo de los preceptos no sufrió alteración; fue un caso en que la derogación operó sobre los enunciados normativos y no sobre las normas. En su mayoría, la derogación implicó la sustitución de enunciados normativos por otros coincidentes.

29 Las normas derogadas son parte del sistema jurídico por la posibilidad de su aplicación ultraactiva, en virtud de la habilitación temporal que le otorgan los artículos transitorios.

30 La derogación puede presentarse entre normas de la misma jerarquía normativa, o entre normas subordinadas. En el sistema jurídico estatal las normas constitucionales no están subordinados jerárquicamente a otras, por lo tanto, el segundo supuesto no aplica.

La derogación de una norma constitucional ocasiona la de las normas secundarias que de ella derivan, a menos que en la norma derogatoria se prevea que las normas secundarias seguirán vigentes en lo que no se oponga a la nueva normatividad fundamental. La derogación entre normas de la misma jerarquía normativa es posible debido a que las normas están dentro de la competencia de la autoridad emisora y sujetas a idéntico procedimiento legislativo de creación y modificación. El fundamento que posibilita la derogación de normas constitucionales es el denominado principio de autoridad formal de la ley, este ordena seguir el mismo procedimiento que se siguió para la creación de la norma, el texto del precepto es el siguiente: “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.” (artículo 72, fracción F).³¹

En el sistema jurídico mexicano no tiene cabida la costumbre derogatoria, para que una norma general pierda su vigencia se requiere que otra norma general la derogue. También, una norma desprovista de eficacia no pierde su vigencia. Los anteriores supuestos son conformes con el principio que prevé el artículo 10 del Código Civil Federal, cuyo texto es el siguiente: “Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.”, este principio preserva la integridad del sistema jurídico.

Tampoco las normas generales pueden derogarse a través de la jurisprudencia (salvo las propias normas jurisprudenciales, conforme al principio de autoridad formal de la ley), no existe la jurisprudencia derogatoria. Si una jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación declara la inconstitucionalidad de una norma o cambia su sentido a través de la interpretación, esa norma no se deroga, porque la norma al seguirá actualizándose, será obligatoria para las personas a las que se destina y seguirá aplicándose por las autoridades competentes. La jurisprudencia, en nuestro sistema jurídico solo es obligatoria para los tribunales que prevé el artículo 217 de la Ley de Amparo, así, por ejemplo, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma a través de jurisprudencia solo obligará a los tribunales a desaplicarla en los casos que resuelvan; la jurisprudencia no obliga a las restantes autoridades, por lo que podrán aplicarla. Para que opere la pérdida de la vigencia de la norma declarada inconstitucional en jurisprudencia se requiere su declaratoria general de inconstitucional, en cuyo caso opera la invalidez de la norma (proveniente de una facultad jurisdiccional) y no su derogación (proveniente de una facultad legislativa).

De conformidad con el artículo 9° del Código Civil Federal, la ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare de forma expresa o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior, de lo que se deducen dos clases de derogación: a) expresa, cuando se declara en una norma transitoria la

31 Este precepto es aplicable porque los procedimientos de reforma a la constitución siguen, en cuanto a la participación del Congreso de la Unión, las reglas de la actuación separada y sucesiva de las cámaras, previstas en los artículos 71 y 72.

supresión de normas preexistentes y, b) tácita, cuando queda sin vigencia una norma jurídica al emitirse una nueva que la sustituya o que contenga preceptos contradictorios, resulta de la incompatibilidad de contenidos de dos normas; hay una sustitución de la norma derogada por una nueva. Esta distinción es la base del estudio sobre la derogación.

4.2.1. Tipos de derogación, expresa y tácita

La derogación expresa se genera por la decisión de la autoridad competente para dejar sin vigencia a una norma, en la cual se pueden señalar las normas que quedarán sin vigencia o indicar que quedarán sin vigencia las normas incompatibles con las creadas. Esto se realiza por medio de una norma transitoria que precisa el objeto de la derogación.

La derogación expresa se presenta en dos modalidades: la expresa determinada, en la que se hace explícito en una norma transitoria las normas que quedarán derogadas; la expresa indeterminada, en la que la norma transitoria prevé que quedará derogada la norma que se opongan a la nueva norma.

La derogación tácita de la norma se presenta si lo dispuesto en una nueva norma es incompatible con una anterior sin que exista una norma transitoria que prevea la derogación por esa incompatibilidad.³² La derogación tácita y la expresa indeterminada tienen las siguientes características:

1. La nueva norma que deroga a la anterior (derogante) entra en vigor cesando los efectos de la derogada, pero no cesan las relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la norma precedente, porque las consecuencias que crearon fueron válidas (esto es así porque no se expulsa del sistema jurídico).
2. Se presenta independientemente de que exista una norma transitoria que prevea la derogación expresa determinada, debido a que puede darse la incompatibilidad de la nueva norma con anteriores.
3. La nueva norma es la norma-negación de la norma cancelada.³³ La norma derogante constituye la antítesis de la norma derogada. Rige el principio jurídico: norma posterior deroga a la anterior. Subsistirán las normas que no sean incompatibles con las de nueva creación.

32 PUBLICIDAD EXTERIOR DEL DISTRITO FEDERAL. LOS ARTÍCULOS DÉCIMO PRIMERO Y DÉCIMO SEGUNDO TRANSITORIOS DE LA LEY RELATIVA DETERMINAN EXPRESAMENTE LA EFICACIA Y VIGENCIA DE LAS LICENCIAS O AUTORIZACIONES EXPEDIDAS CON BASE EN EL DEROGADO REGLAMENTO PARA EL ORDENAMIENTO DEL PAISAJE URBANO DE LA ENTIDAD, PARA CONTINUAR CON LA INSTALACIÓN DE ANUNCIOS PUBLICITARIOS EN LA VÍA PÚBLICA. Localización: [TA]; 9a. época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; t. XXXIV, septiembre de 2011; p. 2189. I.7o.A.806 A. Registro No. 161 018

33 Von Wright, Georg Henrik, *op. cit.*, p. 197

4. La derogación se presenta independientemente de que la norma afectada este en el mismo ordenamiento que el de la norma derogante; la derogación se hace extensiva a cualquiera de las normas del sistema jurídico estatal que resulten incompatibles, salvo que la expresa indeterminada se prevea otra cosa.³⁴

5. No es claro cuáles normas quedan sin vigencia,³⁵ por lo tanto, se requiere de una declaración judicial que proceda de una interpretación en la que se identifique qué normas preexistentes son incompatibles con la norma derogante. Esa incertidumbre crea consecuencias jurídicas alternativas, lo que genera una indeterminación lógica de la norma aplicable.³⁶

En la derogación expresa, indeterminada o tácita - que implican que la voluntad posterior del creador de la norma deroga a la anterior, prevalece la última voluntad, esto da sentido a un estado democrático.³⁷ Lo anterior se fundamenta en los principios de la lógica aristotélica:

1. Principio de identidad. Establece que todo objeto es idéntico a sí mismo. Significa que una cosa es una cosa.
2. Principio de no contradicción. Es imposible que algo sea y no sea al mismo tiempo y en el mismo sentido. Implica que es posible que el objeto pueda ser algo

34 IMPEDIMENTO. LAS CAUSAS PREVISTAS EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, NO DEROGAN LAS ESTABLECIDAS EN LA LEY DE AMPARO. Localización: [TA]; 9a. época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; t. XXVI, octubre de 2007; p. 3179. I.4o.C.20 K.

35 Un ejemplo de lo anterior es el artículo noveno transitorio del decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011; al respecto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia emitió el siguiente criterio:

“DECRETO DE REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. PARA ESTABLECER SI UNA NORMA FUE DEROGADA POR SU ARTÍCULO NOVENO TRANSITORIO, ES NECESARIO UN ESTUDIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS POR AUTORIDAD JURISDICCIONAL COMPETENTE.

El citado precepto establece que se derogan todas las disposiciones que contravengan al decreto mencionado, lo que evidencia la existencia de una cláusula de derogación expresa indeterminada, en tanto ordena la derogación de ciertas disposiciones pero sin especificar cuáles son. Así, frente a la norma constitucional que deroga todas las disposiciones que se le opongan, el legislador ordinario debe ejercer sus facultades para modificar o derogar todos los ordenamientos que considere contravengan el numeral fundamental y, en tanto no lo haga, tales normas gozan de la presunción de vigencia y validez constitucional. Ahora bien, ante una real o supuesta omisión del legislador ordinario en derogar una norma que se considera contraviene los derechos humanos que, a partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 reconocen la Constitución y los tratados internacionales de la materia, es necesario el estudio de constitucionalidad de normas por autoridad jurisdiccional competente, pues ello supone el contraste entre la norma cuestionada y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.” [TA]; 10a. época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 4, marzo de 2014; Tomo I; Pág. 224. P. V/2014 (10a.).

36 La posibilidad de la indeterminación lógica del sistema lo estudian de forma amplia Alchourrón y Bulygin en “Sobre el Concepto de Orden Jurídico”, *op. cit.*, pp. 393-408.

37 García Pelayo señala que en la Edad Media era a la inversa, prevalecía el derecho anterior sobre el posterior. En “La idea medieval del Derecho” en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, *Revista de Occidente*, Madrid, 1968, pp. 89 y ss.

ahora y no sea algo después, pero no al mismo tiempo. Significa que una cosa no es dos cosas a la vez.

3. Principio de tercero excluido. Todo tiene que ser o no ser. Significa que una alternativa es falsa y otra verdadera y que no cabría una tercera posibilidad.

Estos principios son aplicables en el ámbito jurídico para determinar la vigencia de las normas. Su aplicación garantiza la seguridad jurídica. Los principios de la lógica aristotélica al ser aplicables al ámbito jurídico representan principios generales del derecho, por lo que son aplicables a todas las materias, por ello la legislación civil no es depositaria exclusiva del principio: “norma posterior deroga a la anterior”.

En contra de la aplicación de los principios de la lógica, Ulises Schmill, sostiene lo siguiente:

El principio **lex posterior** sólo puede operar en caso de que esté positivamente establecido y se restringe sólo a aquellas normas que se encuentran en la misma grada o nivel normativo. Una ley posterior puede derogar a una ley anterior, sólo en el caso de que así lo establezca o exista una norma legal o constitucional que así lo determine. No es un principio que sea evidente o de derecho natural, para aquellos que aceptan estas doctrinas. Tampoco puede derivarse de la naturaleza de las cosas o de los órdenes jurídicos.³⁸

La anterior postura no es correcta, porque la derogación tácita y la expresa indeterminada, si bien su efecto no es inmediato, operan a través de una declaración judicial sin necesidad de una norma expresa como lo sugiere Ulises Schmill. Al respecto son relevantes las siguientes jurisprudencias: DEROGACIÓN TÁCITA DE LA LEY ANTERIOR POR LA POSTERIOR. OPERA EN EL APARENTE CONFLICTO DE LOS ARTÍCULOS 424 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y 44 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, AMBOS ORDENAMIENTOS DEL DISTRITO FEDERAL;³⁹ y CONFLICTO DE LEYES. ES INEXISTENTE CUANDO OPERA LA DEROGACIÓN TÁCITA DE LA LEY ANTERIOR POR LA POSTERIOR.⁴⁰

La constitución, al ser la base del sistema jurídico, debe guardar congruencia como ordenamiento jurídico, ya que sus irregularidades permean en todo el sistema jurídico. La constitución es obra del ser humano, como tal, no esta exenta de incongruencias, para salvar estas en ese ordenamiento fundamental son aplicables los principios de derogación provenientes de la lógica.

38 Smill Ordóñez, Ulises, “La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, España, 1996, p. 250.

39 [J]; 9a. época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; t. XVIII, diciembre de 2003; p. 1221. I.4o.P. J/7.

40 [J]; 9a. época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; t. VIII, julio de 1998; p. 5. P./J. 32/98.

El fundamento de la *facultas abrogandi* de las normas constitucionales y legales federales es el artículo 72, fracción F⁴¹, por virtud del cual estas solo se podrán derogar por normas que hayan seguido el mismo procedimiento que para su creación. La derogación es una garantía de la seguridad jurídica.

No existe un mandato expreso que obligue al legislador a expedir normas que guarden congruencia con las demás normas, ese mandato esta implícito en la obligación de “guardar la Constitución” porque, esta, al ser la base del sistema jurídico requiere de una configuración coherente, esquema que deben seguir los demás componentes jurídicos del sistema jurídico. El citado mandato, al no ser expreso sino implícito, carece de eficacia, es desatendido por la falta de pericia y el poco trabajo técnico del legislador. Por lo anterior, la constitución y todos los componentes del sistema jurídico no están exentos de vicios de incongruencia. Ante esta realidad la función jurisdiccional tiene el papel de remediar esos vicios y preservar la congruencia e integridad del sistema jurídico.

La obligación de dar congruencia e integridad al sistema jurídico, comenzando por la constitución, corresponde, en primer lugar, a las autoridades que ejercen la función legislativa; ante las carencias en el cumplimiento de ese mandato, las autoridades que ejercen la función jurisdiccional son las depositarias de esa obligación.

Se entiende por integridad del sistema jurídico el constituir un todo normativo conforme a las bases constitucionales y a los parámetros de validez que de esta derivan. La congruencia del sistema jurídico implica una relación lógica entre sus componentes.

A la función jurisdiccional se le ha reconocido un papel muy débil para lograr la congruencia e integridad del sistema jurídico, en ella solo reconoce la facultad de desaplicar la norma que resulte incongruente en la resolución de casos concretos. La desaplicación de la norma incongruente es un reconocimiento parcial de la derogación de esta, aplicable solo para el caso concreto en el que se resuelve; para preservar la congruencia e integridad del sistema jurídico se requiere que la resolución jurisdiccional emita una declaratoria con efectos generales para todo el sistema jurídico de que la norma ha quedado derogada, con esto se garantizaría la seguridad jurídica que debe proporcionar el sistema jurídico.

La falta de una declaratoria general de derogación de la norma incongruente, a manera de precedente, generaría discrecionalidad en la desaplicación de la norma en cada caso que se resuelva, lo cual no puede ser así porque la norma materialmente ya no es vigente y no puede ponderarse su aplicación para casos concretos.

La derogación tácita y la expresa indeterminada requieren de una resolución jurisdiccional para que operen,⁴² para que la congruencia e integridad jurídica del sistema ju-

41 Este fundamento es aplicable para los dos tipos de derogación, la expresa y la tácita.

42 Esta es una diferencia con la invalidez, ya que en ésta siempre se requiere una declaración judicial para que deje de tener vigencia la norma inválida.

rídico se garanticen en función de una resolución que declare la derogación esta tiene que tener efectos generales. Las autoridades competentes para realizar una declaratoria general de derogación son los tribunales constitucionales por una simple razón: a ellos les corresponde la regularidad del sistema jurídico con base en la constitución y, con esta misma base, les corresponde preservar que el sistema jurídico sea congruente e íntegro, esto último es parte de la regularidad horizontal de la constitución.

Se requiere un procedimiento para realizar una declaratoria general de derogación de la norma anterior incompatible, porque no lo hay; así como existe un procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad debe existir uno de declaratoria general de derogación.

En el caso de la derogación expresa determinada las normas quedan sin vigencia cuando lo disponga la norma transitoria derogatoria, cuyas consecuencias jurídicas se producen de forma automática y general. En la derogación expresa indeterminada las normas quedan sin vigencia cuando lo disponga la norma transitoria derogatoria, pero, los efectos, por seguridad jurídica, operaran hasta que haya una declaratoria jurisdiccional. En la derogación tácita, al no existir norma transitoria que determine la derogación, operará hasta que se dé la declaratoria jurisdiccional.

El juez debe fundar y motivar la solución que dé a la antinomia. Incluso, puede, a través de la interpretación⁴³, evitar una antinomia; hay casos en donde el significado literal basta para salvar la antinomia.

En la derogación expresa hay una norma derogatoria que determina la derogación de la norma, en la tácita no. En la expresa determinada no se genera el fenómeno de la antinomia.

Para que se dé la derogación expresa indeterminada y la tácita es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

1. Que exista contradicción en las consecuencias jurídicas de las normas, existiendo identidad en sus supuestos jurídicos.⁴⁴ Si los supuestos jurídicos son distintos no se genera una antinomia porque las normas se actualizarán conforme a requisitos distintos.
2. Que las normas se encuentren dentro del mismo nivel jerárquico, o que la norma derogante sea de jerarquía superior a la derogada.
3. Que las normas entren en vigor en distinto tiempo. Por lo tanto, para determinar cuál será la norma derogante y cuál la derogada, se recurre al principio *lex pos-*

43 Puede ser la interpretación conforme o pro persona.

44 En el campo de la lógica indicativa, la "contradicción" se genera por enunciados que por su mera forma siempre son falsos y se caracterizan porque niegan lo que simultáneamente afirman.

terior derogat priori. Queda en vigor la norma posterior y se deroga la anterior. Si la incongruencia se presenta en normas que entran al mismo tiempo en vigor ninguna será válida.

La derogación expresa indeterminada y la tácita se originan a partir de un conflicto de incongruencia entre normas jurídicas que se resuelve al determinar cuál prevalece en el ámbito de validez temporal del sistema jurídico. La vigencia de las normas que guardan una relación de incongruencia es una contraposición lógica.

Toda norma jurídica del sistema jurídico estatal esta sujeta a la derogación, ya sea expresa o tácita, esto incluye a las normas constitucionales. Las normas constitucionales solo pueden ser derogadas por normas del mismo rango fundamental.

Esta la jurisprudencia de rubro DEROGACIÓN TÁCITA DE LA LEY ANTERIOR POR LA POSTERIOR. OPERA EN EL APARENTE CONFLICTO DE LOS ARTÍCULOS 424 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y 44 DE LA LEY ORGÁNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA, AMBOS ORDENAMIENTOS DEL DISTRITO FEDERAL⁴⁵ y en los otros criterios jurisprudenciales que se citan en este apartado se hace referencia a la inaplicabilidad de la norma anterior, lo cual es insuficiente para preservar la congruencia e integridad del sistema jurídico. Adicionalmente, los efectos de la jurisprudencia no son derogatorios, solo obligan a los juzgadores, conforme a lo dispuesto por el artículo 217 de la Ley de Amparo, a desaplicar la norma en los casos que concretos, sin embargo, la norma continúa vigente, se podrá seguir actualizando y las restantes autoridades la podrán aplicar. En el sistema jurídico mexicano la facultad de derogar normas legislativas no corresponde al poder judicial de la federación, este solo puede declarar la decisión del legislador de hacer prevalecer la voluntad actual sobre la posterior. Los efectos de la declaración jurisdiccional no son constitutivos sino declarativos. Es preciso que exista una declaratoria general de derogación para dotar de seguridad jurídica a los gobernados.

La derogación expresa indeterminada y tácita tienen la complejidad de la interpretación. El significado de una norma puede plantear dudas sobre su incompatibilidad con la norma anterior.

4.2.2. La derogación expresa indeterminada y tácita de normas constitucionales

La constitución es la base del sistema jurídico estatal, como ordenamiento jurídico, debe ser congruente porque de él depende la congruencia e integridad del sistema jurídico.

En el ordenamiento constitucional, las antinomias son el resultado de la sobrerregulación, la falta de técnica legislativa y el nulo estudio al realizar reformas constitucionales.

45 [J]; 9a. época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; t. XVIII, diciembre de 2003; p. 1221. I.4o.P. J/7.

Todo sistema jurídico debe responder al principio de congruencia. Las antinomias son vicios que deben solucionarse, en un sistema jurídico son reprochables las contradicciones.

La antinomia es un problema de incompatibilidad entre normas dentro de un sistema jurídico, lo que genera un problema de eficacia y seguridad jurídica al aplicar las normas.

Los principios de la lógica son aplicables a los enunciados normativos, pero en el principio de contradicción aplicable en el derecho no es propio hablar de que los enunciados son o no verdaderos, sino que son válidos o inválidos.⁴⁶ Una contradicción normativa es una contradicción lógica.

Al existir jerarquías en el sistema jurídico las contradicciones se pueden presentar entre normas de distinto nivel jerárquico o del mismo nivel.

Las contradicciones entre normas de distinto nivel jerárquico normativo se resuelven conforme al principio de “norma superior deroga a la inferior”, la aplicación de este principio, como lo prevé su propio enunciado, genera una derogación de las normas inferiores que se contrapongan a las superiores; la norma afectada no se convierte en inválida, solo pierde su vigencia y, de no darse el caso de una derogación expresa determinada, requerirá la declaración jurisdiccional de dicha derogación. La resolución de esas contradicciones permite garantizar la integridad y congruencia del sistema jurídico, por ello, en este caso, también se requiere de una declaratoria general de derogación. El principio de “norma superior deroga a la inferior”, esta también inmerso en un problema que se origina en el ámbito de validez temporal del sistema jurídico, porque, para que sea aplicable, se requiere que la norma superior sea posterior a la norma inferior que resulte afectada, de ser a la inversa el principio ya no aplicará, no será un tema de derogación sino de invalidez de la norma, porque la norma inferior que sea expedida con posterioridad a una norma superior a la que contradice será inválida por violentar la regularidad normativa vertical.

Para resolver las antinomias se debe tener presente que son anomalías dentro de un sistema normativo que se rigen por el principio de congruencia, por lo que una de las normas en conflicto debe eliminarse. Es decir, después de identificarse el problema se debe resolver qué norma debe subsistir.

Para solucionar las contradicciones normativas existen tres principios: *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*.⁴⁷ Al respecto Nino⁴⁸, señala lo siguiente:

46 Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, IIJ-UNAM, 1979, p. 214.

47 Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Fernando Carrión, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994, pp. 165-168.

48 Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 11ª ed., Barcelona, Ariel, 2003, p. 275.

El principio *lex superior* indica que entre dos normas contradictorias de diversa jerarquía debe prevalecer la del nivel superior. *Lex posterior* estipula que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad. El principio de *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de referencia sea más general.

El principio de norma especial prevalece sobre la general o *Lex specialis*⁴⁹ no resuelve un problema concerniente al ámbito de validez temporal de la norma sino a su aplicabilidad, no es un caso de derogación ni de invalidez sino de qué norma debe aplicarse a un caso concreto en virtud que una regula la situación de forma específica. Es un problema que se resuelve al preferir la actualización del supuesto jurídico de la norma especial sobre la general, de tal manera que aquella resulta aplicable.

Las antinomias entre normas supremas pueden presentarse en dos supuestos: que las normas que se contrapongan se expidan en distinto tiempo o que se expidan en un mismo momento.

Tratándose de contradicción de normas que reconozcan derechos humanos o garantías, habrá que distinguir lo siguiente:

1. Si la norma posterior es regresiva en relación con la anterior, es decir, que desconozca un derecho humano o garantía previstos en la norma anterior, o que reconozca estos con menor protección al gobernado, la norma posterior será inválida por trasgredir el principio de progresividad. Pasa de ser un tema de derogación a uno de invalidez. La invalidez prevalece sobre la derogación.
2. Si la norma posterior es progresiva en relación con la anterior, es decir, que reconozca un derecho humano o garantía no previsto o prohibido expresamente por la norma anterior, o que los reconozca con mayor protección al gobernado, opera el principio de norma posterior deroga a la anterior, no tendrá vicios de validez por su contenido que es acorde con el principio de progresividad. Por lo tanto, la norma anterior quedará derogada.

Si las normas entran en vigor en un mismo momento no será un caso de derogación. A las normas en conflicto que sean expedidas en un mismo decreto de reformas constitucionales no se les puede aplicar el principio de norma posterior deroga a la anterior. En este supuesto hay que distinguir dos posibilidades:

1. La existencia de una incompatibilidad total. Si son normas que reconozcan derechos humanos o garantías, la norma que no sea garantista o lo sea en menor grado que la otra será inválida por violar el principio de progresividad, deberá

49 En el sistema jurídico mexicano se encuentra previsto en forma expresa en el artículo 11 del Código Civil Federal y en sus análogos locales, en los siguientes términos: “Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.”

prevalecer la de mayor protección a los derechos humanos y sus garantías. Es un tema de invalidez de la norma regresiva. Si se trata de normas en conflicto de la parte orgánica, ninguna de las normas en conflicto será válida, se requiere expedir una posterior reforma que aclare el punto; esto es lo correcto conforme al principio de seguridad jurídica.

2. Si la contradicción no es totalmente incompatible, la de menor envergadura se entenderá como restricción o excepción.

En ambos casos no es un tema de derogación sino de validez.

Lo ideal es el buen trabajo legislativo que redunde en una constitución sin contradicciones e incongruencias, que los textos sean claros y sea bien empleado el lenguaje.

4.3. Normas constitucionales transitorias abrogatorias

Estas normas transitorias ponen fin a la vigencia de un ordenamiento jurídico en su totalidad. Al igual que las normas transitorias derogatorias, pierden su positividad cuando se actualiza su supuesto jurídico.⁵⁰ Un ejemplo es el artículo único del decreto de reformas constitucionales publicado el 10 de enero de 1934, el texto de este precepto es el siguiente: “Se abroga la Ley de 6 de enero de 1915, sus reformas y demás disposiciones legales que se opongan a la vigencia de la presente reforma.” Ese precepto abrogó una ley que era vigente desde la vigencia de la Constitución de 1857, esto fue posible porque la Constitución de 1857 y la de 1917 pertenecen a un mismo sistema jurídico.

Las normas transitorias abrogatorias no pueden tener efectos formales sobre la propia constitución como ordenamiento jurídico, ya que no existe fundamento jurídico ni interpretación válida que permita que una norma derivada de un decreto de reformas constitucionales pueda abrogar la totalidad de la constitución, eso implicaría la abrogación del sistema jurídico y su sustitución por el creado por la nueva constitución. Lo que es factible es la reforma de la totalidad de la constitución sin que esto implique una abrogación de la totalidad de la constitución.

La Constitución de 1917 reformó a la del 5 de febrero de 1857 en todos sus artículos, lo que implica que materialmente sea otra constitución, formalmente es la derogación integral de todos los preceptos de la de 1857 (sin que formalmente sea abrogación). La mayoría de las normas previstas en las disposiciones no sufrió alteración; en esos casos, se derogaron los enunciados normativos, pero no las normas. En su mayoría, la derogación implicó la sustitución de enunciados normativos por otros coincidentes.

50 Las normas transitorias derogatorias y las abrogatorias son de eficacia inmediata, al cumplir su función (al dar tránsito de validez temporal de normas) termina su positividad.

Aparentemente, el problema para sostener que la Constitución de 1917 es formalmente una reforma de la de 1857 es que no se siguió el procedimiento para reformar a esta constitución, previsto en su artículo 127 (similar al vigente artículo 135 constitucional). A pesar de que en estricta técnica jurídica no se siguió el procedimiento de reforma previsto en el texto constitucional de 1857, la revolución triunfante cumplió con el mandato de la permanencia constitucional previsto en el artículo 128 (similar al vigente artículo 136 constitucional). Este precepto contiene la orden de inviolabilidad y permanencia de la Constitución de 1857, la norma prevé que la constitución no perderá su vigencia a pesar de que alguna rebelión interrumpa su eficacia.

La creación de la Constitución de 1917 representa el ejercicio del derecho de la revolución iniciada en 1910, consistente en el restablecimiento del sistema jurídico creado por la Constitución de 1857. El producto de la revolución de 1910, formalmente, es una reforma de la Constitución de 1857, que se realizó a través de un procedimiento expreso creado por los dirigentes revolucionarios. Materialmente, como ya se señaló, es una nueva constitución.

4.4. Normas constitucionales transitorias habilitantes

Las normas constitucionales transitorias habilitantes son de los siguientes tipos:

1. Las que autorizan la retroactividad o la ultraactividad de normas;
2. Las que tienen por objeto posibilitar la aplicación de normas constitucionales sin necesidad de ser detalladas por la legislación secundaria;

4.4.1. Normas constitucionales transitorias habilitantes que autorizan la retroactividad o la ultraactividad de normas

La ultraactividad, como ya se mencionó, implica la aplicación de la norma derogada,⁵¹ lo cual, por lo general, se autoriza para evitar la vulneración de derechos adquiridos, en especial en materia procesal;⁵² y la retroactividad se autoriza, por lo general, para prever excepciones al artículo 14, primer párrafo, constitucional.

Normas transitorias habilitantes que autorizan la retroactividad de normas

Los ejemplos de este tipo de normas transitorias habilitantes son las siguientes:

1. El artículo décimo transitorio del texto original de la Constitución de 1917, el texto de este es el siguiente:

51 Esto es posible porque, como ya se mencionó, la norma derogada no es expulsada del sistema jurídico.

52 En estos casos, este tipo de normas transitorias deja de tener positividad una vez que han cesado los hechos que pueden actualizar a las normas derogadas.

Artículo Décimo. Los que hubieren figurado en el Gobierno emanado de la rebelión, contra el legítimo de la República, o cooperado a aquélla, combatiendo después con las armas en la mano, o sirviendo empleos o cargos de las facciones que han atacado al Gobierno Constitucionalista, serán juzgados por las leyes vigentes, siempre que no hubieren sido indultados por éste.

2. El artículo tercero transitorio del texto original de la Constitución de 1917, el texto de este es el siguiente:

Artículo Tercero. El próximo período constitucional comenzará a contarse, para los Diputados y Senadores, desde el primero de septiembre próximo pasado, y para el Presidente de la República, desde el 1o. de Diciembre de 1916.

Este artículo prevé un ejemplo peculiar de retroactividad porque habilitó el inicio de los efectos de un período presidencial en un tiempo anterior al de su entrada en vigor.

El proyecto de constitución presentado por el Primer Jefe, Venustiano Carranza al Congreso Constituyente de Querétaro, el 1º de diciembre de 1916, ya incluía este transitorio en los siguientes términos: “Art. 3º- El próximo período constitucional comenzará a contarse para los diputados y senadores desde el 1º de septiembre próximo pasado, y para el presidente de la República, desde esta fecha.”

La peculiaridad de la habilitación retroactiva que esta norma transitoria autoriza es la generación de consecuencias jurídicas del período presidencial en una fecha anterior a la entrada de vigor de la Constitución de 1917, esto implica retrotraer los efectos jurídicos a un tiempo en que era vigente la Constitución de 1857, lo cual fue posible en virtud de que se trata de un mismo sistema jurídico.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1857, el período constitucional del Presidente de la República era de 6 años (reforma publicada el 6 de mayo de 1904). Sin embargo, después del asesinato de Francisco I. Madero, el período de la revolución constitucionalista se vio inmerso a un descontrol en los asensos al poder ejecutivo federal, lo que impidió el respeto de los tiempos para la sucesión presidencial. Las elecciones convocadas por Venustiano Carranza el 9 de abril de 1917 para la elección de la XXVII Legislatura del Congreso⁵³ y para Presidente de la República, en donde él resultó electo presidente, formalmente comenzaron en las fechas previstas en el artículo tercero transitorio del texto original.

53 Se realizó en esa fecha porque el Congreso debía tener un período extraordinario de sesiones que comenzaría el 15 de abril de 1917 para erigirse en Colegio Electoral, con el fin de hacer el cómputo de votos y calificar las elecciones de Presidente de la República (artículo sexto transitorio del texto original de la Constitución de 1917). Las elecciones se convocaron conforme a la legislación que expidió en cumplimiento del artículo noveno transitorio del texto original de la Constitución de 1917.

Normas transitorias habilitantes que autorizan la ultraactividad de normas

Los ejemplos de este tipo de normas transitorias habilitantes son las siguientes:

1. El artículo octavo transitorio del texto original de la Constitución de 1917, el texto de este es el siguiente: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolverá los amparos que estuvieren pendientes, sujetándose a las leyes actuales en vigor.”

Este artículo prevé la aplicación de normas creadas antes de la promulgación de la Constitución que conservaron una vigencia relativa, esto es válido porque la Constitución de 1917 pertenece al mismo sistema jurídico creado bajo la Constitución de 1857.

2. Artículo quinto transitorio del decreto de reformas constitucionales, publicado el 19 de febrero de 1951, el texto de este es el siguiente:

ARTÍCULO QUINTO.- Las Salas correspondientes de la Suprema Corte de Justicia resolverán los amparos directos, penales o del trabajo, por violaciones cometidas durante la secuela del procedimiento, que se hayan promovido con anterioridad a la fecha en que entren en vigor las presentes reformas y que, en lo sucesivo, de acuerdo con la fracción VI del artículo 107, serán de la competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Esta norma prevé que las Salas de la Suprema Corte seguirán aplicando las normas derogadas para resolver los amparos que se hayan promovido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la reforma.

4.4.2. Normas constitucionales transitorias habilitantes que tienen por objeto posibilitar la aplicación de normas constitucionales sin necesidad de ser detalladas por la legislación secundaria

Un ejemplo de este tipo de normas es la contenida en el artículo decimoprimer transitorio del texto original de la Constitución de 1917, el texto de este es el siguiente:

“**Artículo Decimoprimer.** Entre tanto el Congreso de la Unión y los de los Estados legislan sobre los problemas agrario y obrero, las bases establecidas por esta Constitución para dichas leyes, se pondrán en vigor en toda la República.”

4.5. Normas constitucionales transitorias atributivas

Son las que atribuyen, derechos, facultades u obligaciones temporales. Por ejemplo, la facultad para que alguna autoridad realice nombramientos a cargos que son necesarios para implementar las reformas que entrarán en vigor; un ejemplo de obligaciones es la de expedir leyes o reglamentos, en donde se puede establecer un plazo de cumplimiento.

A través de este tipo de normas se han otorgado facultades extraordinarias para legislar, los ejemplos de estos casos son los siguientes:

1. Normas constitucionales transitorias que atribuyen facultades legislativas adicionales al Congreso de la Unión.
2. Normas constitucionales transitorias que atribuyen facultades extraordinarias para legislar al Presidente de la República.
3. Normas constitucionales transitorias que atribuyen facultades extraordinarias para legislar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
4. Normas constitucionales transitorias que atribuyen derechos a los particulares.

4.5.1. Normas constitucionales transitorias que atribuyen facultades legislativas adicionales al Congreso de la Unión

A través de este tipo de normas se han atribuido al Congreso de la Unión facultades para legislar adicionales a las previstas en las normas permanentes, por ejemplo, el artículo sexto transitorio del texto original de la Constitución de 1917, el cual ordenaba al Congreso de la Unión a expedir la Ley Orgánica de los Tribunales de Circuito y de Distrito y la ley Orgánica de los Tribunales de Distrito y Territorios, las cuales tendrían que publicarse con la anticipación necesaria para que antes del 1° de julio de 1917, los magistrados y jueces, nombrados por la Suprema Corte con fundamento en esas leyes, tomaran posesión de su encargo. Aquí se prevé de forma implícita un plazo para la expedición de dichas leyes: el del período extraordinario de sesiones al que sería convocado el Congreso para expedir esas leyes y erigirse en Colegio Electoral.

Un ejemplo reciente es el artículo quinto transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 27 de enero de 2016, el texto del precepto es el siguiente:

Quinto.- El Congreso de la Unión deberá emitir la legislación reglamentaria para determinar el valor de la Unidad de Medida y Actualización, dentro de un plazo que no excederá de 120 días naturales siguientes a la fecha de publicación del presente Decreto.

4.5.2. Normas constitucionales transitorias que atribuyen facultades extraordinarias para legislar al Presidente de la República

Hay normas transitorias que previeron excepciones adicionales a los casos previstos en los artículos 29 y 131 para que el Legislativo se deposite en un solo individuo:

1. Artículo noveno transitorio del texto original de la Constitución de 1917, el texto de este es el siguiente: “**Artículo Noveno.** El C. Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, queda facultado para expedir la ley electoral, conforme a la cual deberán celebrarse, esta vez, las elecciones para integrar los Poderes de la Unión.”

2. Artículo decimoquinto transitorio del texto original de la Constitución de 1917, el texto de este es el siguiente: “**Artículo Decimoquinto.** Se faculta al C. Encargado del Poder Ejecutivo de la Unión para que expida la ley de responsabilidad civil aplicable a los autores, cómplices y encubridores de los delitos cometidos contra el orden constitucional en el mes de febrero de 1913 y contra el Gobierno Constitucionalista.”

Los dos ejemplos son normas particulares que otorgaron facultades extraordinarias para legislar. Los artículos transitorios pueden prever excepciones importantes a principios constitucionales, como lo es el de división de poderes; esto no es lo correcto.

4.5.3. Normas constitucionales transitorias que atribuyen facultades extraordinarias para legislar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El ejemplo de este tipo de normas transitorias es el artículo sexto transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 19 de febrero de 1951, el texto de este es el siguiente: “Queda facultada la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para dictar todas las otras medidas transitorias que sean necesarias, para la efectividad e inmediato cumplimiento de las presentes reformas.” Las medidas podían consistir en mandatos generales, que debían obedecer las autoridades a las que van dirigidas.

4.5.4. Normas constitucionales transitorias que atribuyen derechos a los particulares

Un ejemplo de este tipo de normas es la contenida en el artículo decimosegundo del texto original de la Constitución de 1917, que preveía un derecho preferencial y que constituye una norma particular:

Artículo Decimosegundo. Los mexicanos que hayan militado en el Ejército Constitucionalista, los hijos y viudas de éstos, y las demás personas que hayan prestado servicios a la causa de la Revolución o a la Instrucción Pública, tendrán preferencia para la adquisición de fracciones a que se refiere el artículo 27 y derecho a los descuentos que las leyes señalarán.

4.6. Normas constitucionales transitorias impropias

Por una mala técnica legislativa en algunos artículos transitorios se prevén normas que no son transitorias, ya sea porque son el fundamento de normas secundarias (lo cual implica que su vigencia es permanente) o porque contienen normas sustantivas de carácter permanente, algunos ejemplos son los siguientes:

1. Artículo primero transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 16 de enero de 1952: “El Estado de Baja California tiene la extensión y límites que tenía el Territorio de Baja California Norte, y”.

2. Artículo cuarto transitorio del decreto de reformas constitucionales publicado el 2 de julio de 2015:

CUARTO. El Congreso de la Unión, las Legislaturas de los Estados y la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, deberán prever los recursos necesarios para la debida implementación, funcionamiento y desarrollo del sistema de justicia para adolescentes. Las partidas para tales propósitos deberán señalarse en los presupuestos de egresos correspondientes.

Algunas de las denominadas reformas estructurales del último sexenio, como la de materia educativa del 26 de febrero de 2013, materia de telecomunicaciones del 11 de junio de 2013, materia de energía del 20 de diciembre de 2013, materia político-electoral del 10 de febrero de 2014, incluyen un amplio contenido de artículos transitorios con normas permanentes que desnaturalizan la función de las normas transitorias. Lo anterior es una práctica que se debe erradicar, porque transgrede la certeza y seguridad jurídica al estar en un apartado poco explorado por los aplicadores y destinatarios de las normas.

FUENTES DE CONSULTA

Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, "Sobre el concepto de orden jurídico" en *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 393-408.

Betegón, Jerónimo; y otros, *Lecciones de teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 2012.

Díez-Picazo, Luis María, *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*. 55ª ed., México, Porrúa, 2003.

García Pelayo, "La idea medieval del Derecho" en *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, *Revista de Occidente*, Madrid, 1968.

Kelsen, Hans, "Derogation" en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound*, New York, Ralph A. Mewman, Bob Merrill Company, 1962.

— *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, IIJ-UNAM, 1979.

Hart, Herbert Lionel Adolphus. *El Concepto del Derecho*, trad. de Genero R. Carrio, Argentina, Abeledo-Perrot, 1992.

Huerta Ochoa, Carla, "Artículos transitorios y derogación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV, núm. 102, México, IIJ-UNAM, septiembre-diciembre 2001.

— *Conflictos normativos*, 2a ed., México, IIJ-UNAM, 2007.

Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 11ª ed., Barcelona, Ariel, 2003.

Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Fernando Carrión, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1994.

Roubier, Paul, “Les conflits de lois dans le temps (Théorie de la non-rétroactivité des lois)”, *Revue néo-scholastique de philosophie*, t. I, vol. 32, núm. 27, Paris, 1930, pp. 369 y 370.

Smill Ordóñez, Ulises, “La derogación y la anulación como modalidades del ámbito temporal de validez de las normas jurídicas”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, España, 1996, pp. 229 -258.

Von Wright, Georg Henrik, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Terreros, Madrid, Tecnos, 1970.

EFICACIA Y EFICIENCIA EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR, A TRAVÉS DE ESTÁNDARES

POR A. CECILIA OROZCO IBARRA

RESUMEN: El papel que juega la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Estado Constitucional de Derecho es fundamental en la implementación del funcionamiento de las reformas estructurales como la que se implementa a partir de la reforma constitucional en materia de competencia económica y telecomunicaciones de 2013 la cual tiene como eje central fomentar el crecimiento económico del país. Es primordial, pues a través del establecimiento de estándares que dirijan una política judicial adecuada contribuye al establecimiento de lo que la propia Corte llama modelo de estado regulador, en el que converge un nuevo diseño institucional, incluyendo a nuevos actores del esquema funcional de distribución de poderes, Órganos Constitucionales Autónomos con función regulatoria (COFECE e IFT), que descansa en la premisa de que esos órganos, por su autonomía y aptitud técnica, son idóneos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que puede dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se requiera, las cuales constituyen reglas indispensables para lograr que ciertos mercados y sectores alcancen resultados óptimos irrealizables bajo la ley de la oferta y la demanda, con lo cual al introducirse el modelo de estado regulador en la Constitución, se apunta a un nuevo parámetro de control para evaluar la validez de los actos y normas de los Órganos Constitucionales Autónomos, quienes tienen el encargo institucional de regular técnicamente ciertos mercados o sectores de manera independiente únicamente por referencia a racionalidades técnicas especializadas, al gozar de una nómina propia de facultades regulatorias, cuyo fundamento ya no se encuentra en la ley ni se condiciona a lo que dispongan los poderes clásicos.¹ En ese sentido, los estándares que establezca la SCJN pueden funcionar como puente para implementar la reforma estructural teniendo como reto establecer un sano equilibrio entre Estado y mercado, a través de una regulación e intervención que atienda causas legítimas de política pública, favoreciendo inversión y libre empresa, pero en un ambiente de equidad de mercado, es decir, buscar un mercado cuyas fallas sean corregidas por el Estado, y un Estado cuyas fallas sean atemperadas por esquemas que eleven eficacia y eficiencia de instituciones y políticas públicas, para lo cual se tiene que dar deferencia técnica al órgano especializado que tiene la mejor información, experiencia y pericia para resolver estos asuntos y debe gozar de discrecionalidad en su área, y el Poder Judicial, que

1 Tesis jurisprudencial P./J. 46/2015 (10a.), registro de IUS 2010881, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 26, Enero de 2016, Tomo I, Pag. 339.

debe ser respaldo y a su vez garante de la razonabilidad de las determinaciones alcanzadas por los reguladores, sin abusar de activismo judicial.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. RELACIÓN ESTADO-ECONOMÍA. 3. CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN Y EL MODELO DE ESTADO. 4. ESTÁNDARES EN LA REVISIÓN JUDICIAL. 5. ESTÁNDARES DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR. 6. APLICACIÓN PRÁCTICA POR LA SEGUNDA SALA DE LA SCJN. 7. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se piensa en fortalecer la economía del país, forzosamente debe pensarse en temas de competencia económica. Reducir la desigualdad requiere de una decidida y fortalecida promoción de la competencia, la eficiencia en el gasto, la superación de la pobreza y el combate a la corrupción necesitan que se eliminen las barreras a la competencia. La política de competencia es un instrumento que promueve la democracia de los mercados, y aporta al bienestar social.

Cuando se piensa en cambios, se piensa en nuevas interpretaciones y resulta indispensable hablar de argumentación jurídica.

En 2013 se dio una de las reformas constitucionales más ambiciosas en el ámbito de competencia económica y telecomunicaciones; como sabemos, se crearon dos órganos constitucionales autónomos con nuevas facultades y con facultades regulatorias. Una reforma ambiciosa que busca alinear incentivos que permitan el crecimiento económico del país, atraigan la inversión y contribuyan al bienestar social.

En la actualidad, hay consenso en ver a la Constitución Mexicana como una norma jurídica, y por ende sujeta de interpretación jurídica, y que el último intérprete de la misma es precisamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Podemos afirmar que, como estableció Holmes hace ya varios siglos atrás, “La Constitución es lo que la Corte dice que es”. Al respecto, es de recordarse que las consecuencias de una norma jurídica se manifiestan en el patrimonio de una persona, en condiciones de desarrollo socio político de una sociedad.

Las estructuras constitucionales, garantes de la División de Poderes en una democracia liberal, fueron discutidas, diseñadas y perfeccionadas por jueces instruidos en el estudio de la ley; en este sentido, la jurisprudencia ha establecido importantes avances en la teoría de Estado pues precisamente mediante el establecimiento de estándares se ha reflexionado sobre el diseño organizacional y funcional del Estado como una cuestión de política judicial analizando tanto los mecanismos regulativos como los consensos económicos que hacen visible la materialización de este modelo de Estado, y no es que deba elegir mirar hacia el modelo de Estado o atender el discurso de los Derechos Humanos, sino que los Derechos Humanos, al ser el parámetro del control,

convergen, junto con el modelo de Estado, al realizarse el fallo judicial en la que se establecen estándares para su implementación.

El Estado mexicano ha optado por la implementación de un nuevo modelo de Estado y una implementación de políticas públicas a nivel constitucional en la cual, mediante la Reforma Constitucional en materia de Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones de 2013, se constitucionalizó la materia de la función regulatoria, de los órganos reguladores y de reglas y principios especiales, en particular las reglas aplicables a la revisión judicial y sus propósitos de eficiencia económica.

Todos estos conceptos jurídicos indeterminados contenidos en los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos conceden, por naturaleza, espacios importantes de discrecionalidad a la autoridad para la aplicación de “conceptos jurídicos indeterminados” caso por caso.

Al respecto, el Poder Judicial tiene una función crítica al controlar la validez de las políticas públicas, los Órganos Jurisdiccionales son un actor clave de las iniciativas de promoción de la Competencia y es una buena práctica en muchas jurisdicciones que las autoridades de Competencia, los reguladores y las secretarías de Estado traten de acercar los conceptos económicos y de la Competencia a los órganos jurisdiccionales a través de ellas.

En este sentido, el Poder Judicial, sin incurrir en determinaciones técnicas que no le corresponden, debe velar por un correcto enfoque de las políticas públicas, pues como se ha dicho anteriormente, las sentencias emitidas por el Poder Judicial ha influido al llevar acabo, por ejemplo, la implementación del Estado regulador sujeto a la figura del crecimiento de independencia que le dio desde el 2006 a la entonces Comisión Federal de Telecomunicaciones (en adelante Cofetel) en la acción de inconstitucionalidad 26/2006; en este sentido, la manera de dar significado y continuidad a esta políticas por medio del Poder Judicial es mediante el esclarecimiento de conceptos jurídicos indeterminados, sin llevar a cuestiones técnicas que son competencia propiamente del regulador, pero estableciendo directrices claras.

Estas directrices claras se pueden llevar a cabo mediante el establecimiento de estándares, pues los estándares permiten la planificación de modificaciones a su operación con el propósito de hacerla más independiente, transparente, eficaz, uniforme y predecible en beneficio de los consumidores, los participantes de mercado y la economía mexicana en general.

2. RELACIÓN ESTADO-ECONOMÍA

Estado y economía son un binomio indisoluble que, aunque con altas y bajas a lo largo del desarrollo de las sociedades modernas nunca han sido ajenos uno al otro. Durante décadas nos hemos planteado la interrogante de cuál debe ser el papel del Estado en la economía.

El Estado ha ido adaptándose a las necesidades sociales. Por esa razón existió una evolución de la antigua *Política de Pobres* inglesa, a los postulados pro-*Estado Benefactor*, que fueron tan criticados por Milton Friedman en favor del libre mercado y el adelgazamiento estatal que se caracterizaron por defender la contracción económica del Estado, auspiciar la libertad de mercado y fomentar el individualismo, su andamiaje teórico fueron argumentos esencialmente económicos que buscaban reducir el gasto estatal a lo esencial para garantizar la seguridad, la soberanía del Estado y el sistema jurídico normativo.

El liberalismo, como respeto del proyecto de los demás, tiene múltiples aplicaciones y es un punto de partida vital para comprender las ideas de la libertad. En el liberalismo, las instituciones importan, y la economía de mercado, basada en derechos de propiedad, estado limitado y mínimos niveles de coacción, es una institución en sí misma que alinea incentivos individuales y sociales, promoviendo la mejora de todos.

La economía no es un juego de suma cero, siempre y cuando las instituciones cumplan con su función; sin embargo, si las instituciones que prevalecen no son éstas, entonces las situaciones de suma cero sí serán frecuentes.

En términos generales, alrededor del mundo, las últimas décadas han marcado una clara transición de la relación de los Estados y la economía pasando el Estado de un rol de proveedor a un rol secundario pero importante como regulador de la economía. En México desde la década de los 40's a los primeros años de la década de los 80's transitamos por un Estado con un rol protagónico en la economía en que se cerró el comercio al mercado interno, se centralizó la economía y el Estado tenía la propiedad de los activos; posteriormente, en la década de los 80's transitamos a una apertura comercial que requería de un Estado con un rol menos protagónico en el que su función fue delegándose más hacia la de un supervisor para así poder congeniar con el mercado exterior al que se estaba abriendo. En este sentido, para que una economía de libre mercado produzca resultados sociales óptimos es fundamental que el Estado establezca las reglas del juego y que cuente con autoridades capaces de aplicarlas, que tutelen objetivos públicos fundamentales, que hagan respetar los derechos de propiedad, corrijan las fallas del mercado, protejan al consumidor y así propicien y promuevan la libre competencia. A este rol del Estado lo llamamos modelo de estado regulador, que consiste en abstenerse de invertir cuando ello no contribuya a objeto público alguno y actuar de manera efectiva, idónea y proporcional cuando exista una justificación legítima.

Las relaciones entre el Estado y el mercado ocupan un capítulo importante en las ideologías políticas. Desde una perspectiva económica, el Derecho, el Estado de Derecho y su resultado: la seguridad jurídica, cumplen una función importante pues contribuyen a un clima propio para la inversión al brindar estabilidad y certeza. Un marco regulatorio adecuado es capaz de generar un ambiente que propicie el crecimiento económico por medio de mayor certidumbre para la inversión privada, asimismo, una

regulación eficiente alinea los incentivos de las empresas para proveer servicios o productos de buena calidad y a precios competitivos.

A partir de 2006 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) fue fortaleciendo a la entonces Cofetel ratificando las atribuciones que ya tenía mediante la resolución de casos específicos (amparos, acciones y controversias) como la acción de inconstitucionalidad 26/2006² en la que la SCJN reconoció que la Cofetel tenía características especiales que la diferenciaban de la tradicional concepción de órgano desconcentrado, al tener por ley autonomía técnica, operativa, de gasto y de gestión, la controversia constitucional 7/2009,³ en la cual el Pleno de la SCJN reconoció a la Cofetel como autoridad administrativa única y máxima en materia de radiodifusión, y una noción de autonomía más evolucionada, la controversia constitucional 74/2010.⁴

El *Pacto por México* señala como parte de los compromisos 37 y 40, el fortalecimiento de la Comisión Federal de Competencia y el reforzamiento de la autonomía de la Comisión Federal de Telecomunicaciones. Tales compromisos políticos se tradujeron en la Reforma Constitucional de 2013 en el que convirtieron a dichas comisiones en Órganos Constitucionales Autónomos.⁵

Un problema histórico de los reguladores mexicanos, particularmente visible en la extinta Cofetel, había sido la parálisis regulatoria vía la excesiva judicialización de las decisiones administrativas. Los tiempos de revisión eran muy largos y las oportunidades para aniquilar la medida o dilatar su aplicación de forma indefinida enormes, lo que quita el poder práctico al regulador.⁶

El modelo de estado regulador en México se desprende de los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es entendido como *un modelo de estado que hace compatible la existencia de órganos reguladores desvinculados de los poderes clásicos para atender técnicamente segmentos especializados de política pública, de una manera compatible con el compromiso de la Constitución con el principio de autogobierno democrático*⁷.

2 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, resuelta el 6 de mayo de 2007.

3 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia Constitucional 7/2009, resuelta el 24 de noviembre de 2009.

4 Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia Constitucional 74/2010, resuelta el 15 de noviembre de 2011.

5 Presidencia de la República, *Pacto por México*, México, 2 de diciembre de 2012.

6 Faya Rodríguez, Alejandro, *De la COFETEL al IFETEL: la historia de un violento péndulo*, México, CIDAC, 2013, p. 31. Disponible en <http://www.cidac.org> <http://reddecompetencia.cidac.org>. Consultado el 19 de junio de 2018.

7 García Sarubbi, David, "Modelo de estado regulador: su aparición en la jurisprudencia nacional" en *Art. 105. Dilemas de Control Constitucional*, 2016, núm. 1, p. 67.

3. CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN Y EL MODELO DE ESTADO

Al estar ante un modelo implementado construccionalmente tenemos que hablar de control judicial de la Constitución, el cual solo tiene cabida en un entendimiento de la Constitución en términos normativos, y no como un mero pacto político. En México, a raíz de la Reforma Judicial de 1994, el control judicial de la Constitución empezó a jugar un papel protagónico, y más la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que como órgano contra mayoritario por excelencia es el guardián de la Constitución.

El constitucionalismo fue concebido, y es visto como aquella ideología, o tecnología que hace posible el gobierno moderado y la limitación del poder. Los jueces, de acuerdo con la nueva arquitectura institucional del Estado democrático, tienen que convertirse en garantes de la normatividad de la Constitución, pero ahora defensores de las minorías frente a las demandas del pueblo. Siendo los jueces constitucionales los directos responsables de garantizar que el poder público o privado tenga límites y no se exacerbe.

Por disposición constitucional, las actuaciones de los Órganos Constitucionales Autónomos con función regulatoria son impugnables vía juicio de amparo indirecto y, como cualquier órgano que participa en el esquema de división funcional de poderes, puede verse inmiscuida en una controversia constitucional o en una acción de inconstitucionalidad, lo que nos lleva directamente al ámbito de competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Reforma Constitucional es muy ambiciosa en cuanto a conceptos técnicos, es una nueva regulación, plagada de un cúmulo de indeterminaciones semánticas de conceptos tales como agente económico preponderante, agente con poder sustancial, insumo esencial. Se estima que, a su vez, su regulador es la autoridad con los mejores conocimientos y especialistas para decidir lo que más conviene al interés público.

El Poder Judicial tiene una función clave al controlar la validez material de las políticas públicas. Como atinadamente establece Richard Fallon, el control judicial está justificado no porque los jueces sean mejores para interpretar, sino porque mediante litigios específicos se pueden identificar riesgos que no pudieron ser vistos por el legislador.⁸

Por lo tanto, los Órganos Jurisdiccionales son un actor importante en la promoción de la competencia y es una buena práctica en muchas jurisdicciones que las autoridades de competencia, los reguladores y las secretarías de Estado traten de acercar los conceptos económicos y de la competencia a los órganos jurisdiccionales a través de ellas.

Para hablar del control judicial de la Constitución debemos de entender la Constitución en términos normativos, y no como un mero pacto político. Para afirmar lo

8 Richard H. Fallon, "The core of an uneasy case for judicial review", *Harvard Law Review*, Vol. 121, No. 7, 2008, pp. 1700-1710.

anterior nos debemos remitir al antiguo debate entre Schmitt y Kelsen, que data de la tercera década del siglo XX, entre si la Constitución debe ser entendida como norma jurídica o como una mera decisión política.⁹ Es de explorado Derecho que este debate, después de la Segunda Guerra Mundial, se decantó por entender a la Constitución como norma jurídica con la aparición de los tribunales constitucionales. Por su parte en el sistema norteamericano esto tuvo su desarrollo de forma diferente con la doctrina del *Judicial Review* mediante la emblemática sentencia de Marbury vs. Madison en la que se enunciaron los principios básicos del control de constitucionalidad. Por su parte, en México la concepción de la Constitución como norma jurídica tuvo la siguiente evolución:

La Constitución puede tener dos entendimientos, uno político en el que se entiende ésta como un texto meramente político en el cual, si bien pueden existir reglas jurídicas, estas son muy limitadas y son aquellas que están formuladas en forma que permiten una subsunción por parte del juez. Carl Schmitt nos enuncia que tenemos valores, principios y conceptos políticos, que están en la Constitución, que no admiten una subsunción porque tienen que ver con la determinación de conceptos morales, y por ende no son Derecho, por lo tanto no le corresponden a los tribunales. En México, al parecer de 1917 a 1994, había un entendimiento preponderantemente político de la Constitución y sólo por excepción un entendimiento normativo enfocado en las garantías individuales; pero desde 1994 a la fecha se ha venido fraguando un entendimiento de la Constitución preponderantemente jurídico, o normativo, y marginalmente político, pues actualmente se acepta que la mayor parte de las disposiciones constitucionales son Derecho y sólo por excepción tenemos ciertas cuestiones políticas.

De lo anterior podemos afirmar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el guardián de la Constitución. Es decir, si la Constitución es norma jurídica, y por excepción norma política, entonces la división clásica de la Constitución entre parte dogmática y orgánica se diluye, pues si la Constitución es norma jurídica, es justificable. En este sentido, es importante destacar que en las sentencias se resuelven casos sobre la base de lo dispuesto en las normas jurídicas, especialmente, la Constitución, cuando se trata de órganos terminales como la Suprema Corte de Justicia de la Nación que a la luz del caso concreto dotan de significado a las reglas jurídicas, que generalmente tienen indeterminación semántica. En esta operación es en la que tiene cabida el conjunto de estándares normativos prescritos por el ordenamiento jurídico. Por lo que podemos afirmar que la Constitución es un conjunto de enunciados normativos que tienen que interpretarse para que produzcan normas, es decir las normas son los productos de los procesos interpretativos, lo que está contenido en las sentencias.

Si la Constitución es Derecho, entonces es criterio de validez y puede ser criterio de validez en tres vertientes en cuanto establece procedimientos, competencias y conteni-

9 Herrera, Carlos Miguel, "La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución" en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), octubre-diciembre de 1994, núm. 86, p. 195-227.

dos. La Corte ha ido explorando estos tres criterios de validez, en los que ha integrado como un parámetro de control. A partir de la Reforma de 2011, hubo un cambio en el concepto de Derechos Humanos y esto significó un cambio en el parámetro de control para pasar del constitucionalismo clásico a un neoconstitucionalismo.

En ese sentido, dado que el Derecho se formula como enunciados normativos, las normas se dan mediante la interpretación de esos enunciados normativos que tienen indeterminación semántica como vaguedades, ambigüedades y conceptos esencialmente controvertidos.

Dejando esto establecido, es claro que es útil la conceptualización que hace Ricardo Guastini sobre el lenguaje jurídico, pues, si asimilamos que la Constitución es norma jurídica, es susceptible de interpretación el análisis de la disociación entre enunciados normativos (“disposiciones”) y significados (“normas”); es claro que la disposición y la norma son dos conceptos distintos, pero que en la práctica viven de manera conjunta en cada precepto legal, y que el control de constitucionalidad no puede prescindir ni de una ni de la otra, pues las sentencias que declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una disposición inciden, ya sea de forma directa o indirecta, sobre su contenido normativo. Por ello, la distinción entre disposición y norma es un recurso procesal de gran utilidad para la conservación y composición del ordenamiento jurídico, en ese sentido no puede entenderse que el objeto del control de constitucionalidad sea exclusivamente la disposición, o la norma.

Cuando el Tribunal Constitucional ha de valorar la constitucionalidad de uno o varios preceptos legales, ineludiblemente ha de interpretarlos, al igual que ha de interpretar la Constitución.¹⁰

Si la Constitución es Derecho, hay que ver cómo se aplica la Constitución (distinción entre disposición normativa y norma). En respuesta a la problemática establecida por Carl Schmitt, en esta línea argumentativa, se entiende que todo el Derecho está formulado a manera de disposiciones normativas y es la interpretación de estas disposiciones lo que nos genera una norma. Esto es así porque toda disposición normativa es un enunciado lingüístico que tiene, al menos, tres problemas de interpretación semántica, ambigüedad, vaguedad y conceptos esencialmente controvertidos; entonces, es la resolución de esos problemas semánticos lo que te da la norma. Contrario a lo establecido por Schmitt, no hay una diferencia de estructura lógica entre los principios, valores y las reglas, pues los tres se formulan como enunciados lingüísticos, entonces, todo el Derecho es interpretable.

Bajo la misma línea argumentativa, la Constitución, asumiendo que hay enunciados normativos y que las normas se obtienen cuando se interpretan los enunciados, debe

10 Díaz Revorio, Francisco Javier. *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003, p.78.

indicar cuál es el parámetro de control que fija la misma para dicho ejercicio, el cual lo encontramos en el artículo 1º constitucional,¹¹ mismo que nos delimita el parámetro de control constitucional a todos los enunciados normativos que estén en la Constitución, así como las jurisprudencias del Poder Judicial de la Federación, pero también los Tratados Internacionales, en materia de Derechos Humanos, mismos que también son enunciados normativos que forman parte del parámetro de control junto con la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante IDH).¹²

Refuerza la argumentación anterior la teoría de Mitchell Berman, en la cual establece que, bajo la distinción entre disposición normativa y norma, lo que tenemos que hacer es extraer significados y estándares de escrutinio (los dos outputs) de solución de indeterminación semántica, esto explica por qué hay condiciones razonables de aplicación judicial de lo que Schmitt denominaba principios o valores que no admiten subsunción.

Tenemos una Constitución que es Derecho, si es Derecho, es un criterio de validez o parámetro de control; siendo Derecho, se formula a través de enunciados normativos que se plantean en lenguaje natural, que tienen indeterminación semántica; de esos enunciados normativos extraemos normas y esas normas para implementarlas requieren de estándares o lineamientos que indiquen como deben ser implementados.

Como habíamos señalado en párrafos anteriores Guastini estableció que aceptar la naturaleza jurídica de la Constitución conlleva reconocer que el Derecho se formula por enunciados lingüísticos y eso es lo que tenemos como Derecho escrito, esas disposiciones lingüísticas, por estar formuladas en lenguaje natural, tienen problemas de indeterminación semántica, por tanto deben de ser interpretadas para que tengamos una norma; al respecto, es importante señalar que no hay una relación unívoca entre disposición y norma, más aún, puede haber normas sin disposición, como son las normas que se extraen implícitamente de toda la Constitución –ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad–

La Interpretación es el proceso de extracción de significados de las disposiciones normativas, lo que según el autor se lleva a cabo en dos etapas. Una primera etapa que admite predicados de verdad y falsedad y consiste en detectar enunciados normativos, a la que llama científica, y la política, que consiste en la elección del significado correcto descartando los restantes.¹³

11 Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos...

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

12 Como se desprende de las siguientes sentencias emitidas por la SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación): varios 912/2010, la Contradicción de tesis 293/2011, Contradicción de tesis 21/2011.

13 Guastini, Ricardo, "Interpretación y construcción jurídica" en *Isonomía*, octubre de 2015, núm. 43, p. 11-48, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363643925005>, consultado 05/06/2018.

Este modelo básico ha sido retomado y mejorado por diversos teóricos, por ejemplo Ronald Dworkin, en su “Teoría interpretativa del Derecho”, quien identifica una etapa pre interpretativa en la cual, al igual que en el modelo básico de Guastini, se detectan los enunciados normativos, y posteriormente una a la que denomina propiamente interpretativa en la que trata de averiguar cuál es el sentido de la práctica social; lo importante a destacar de esta teoría es que, como nos señala el teórico norteamericano en su parte pre interpretativa, además de la detección de los enunciados normativos debe existir un acuerdo inicial de qué prácticas son jurídicas de la manera que los juristas puedan posteriormente argumentar sobre la mejor interpretación, es decir, en la detección de candidatos a normas hay que ver previamente si ya fue resuelto por jurisprudencia o criterio vinculante y, asimismo, acudir a las prácticas convencionales para la elección de candidatos, lo que Dworkin identifica en dos pasos a seguir: un primer paso, que es la adecuación con el sistema jurídico, en el cual se busca que el candidato a norma sea consistente con el sistema y no cree problema de instancia o incoherencia con el sistema jurídico al que aspira a ser insertado, y un segundo paso, en el cual, de entre los candidatos que cumplen con el paso anterior, se selecciona al que justifica de mejor manera el sistema.¹⁴

Berman nos plantea que el modelo simple, propuesto en párrafos anteriores, en el cual arroja un significado como interpretación constitucional, es incompleto pues, en realidad, al llevar a cabo la labor interpretativa, y su posterior aplicación al caso concreto, el juzgador arroja dos resultados, lo que él denomina la tesis de las dos salidas (u outputs).¹⁵

Su modelo presupone que, entre la interpretación del significado y la aplicación, se construye un estándar o marco de implementación que permite identificar cuándo ese significado se cumple, o no, en el caso concreto.

En ese sentido, Berman propone que la labor de un juez constitucional no es únicamente una labor interpretativa y de aplicación, sino que, además, las sentencias emiten reglas que dan guía a los juzgadores para en posteriores sentencias sepan cómo aplicarla, es decir reglas mediadoras de implementación, a esas reglas les podemos llamar estándares o test.¹⁶

Respecto al tema de la creación de derecho por parte de los jueces, véase la polémica entre Kelsen, Atria, Hart, McCormick y Ruiz Manero en el texto: Bulygin, Eugenio, “Los jueces ¿crean Derecho?” en *Isonomía*, abril 2003, núm. 18, p. 7-25.

14 Dworkin, Ronald, *El imperio de la Justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clase de la teoría y práctica*, trad. Claudia Ferrari, Barcelona, GEDISA, 1988, p. 90-91.

15 Berman, Mitchell N., “Constitutional decision rules” en *Virginia Law Review*, marzo de 2004, vol. 90, núm. 1, p. 38.

16 Berman, Mitchell N., “Constitutional constructions and constitutional decision rules: thoughts in the carving of the implementation space” en *Constitutional Commentary*, marzo de 2010, vol. 27, p. 62.

Entender la revisión constitucional en una forma simple de dos pasos: en primer lugar, interpretar la Constitución para producir normas de aplicación general que denominamos Derecho Constitucional; en segundo lugar, aplicar esas normas generales a los hechos de un caso particular para llegar a una determinación sobre el caso es acertada, pero incompleta pues es solamente una parte - una determinación acerca de si la ley o la acción cuestionada está constitucionalmente permitida o no-, lo que sería sólo un resultado o “output”, pero las sentencias constitucionales arrojan dos resultados, o dos outputs, pues los Jueces Constitucionales elaboran las doctrinas para administrar o implementar las normas constitucionales que son producto de un proceso adecuadamente denominado “interpretación”. Esto es, las sentencias tienen como resultado la creación de dos normas complejas que median entre la constitución y el fallo: la norma legal interpretada y la doctrina creada por la corte que permite la implementación.

En el modelo de las dos salidas de Berman se tienen los productos, la interpretación de la disposición constitucional, y además se crean reglas judiciales que van dirigidas a establecer una guía para los juzgadores para saber mediar entre la interpretación y su aplicación, para la creación de estas reglas no se utiliza la interpretación, contrario a la interpretación, que va dirigida al público en general, los estándares van dirigidos principalmente a los juzgadores.¹⁷

Como nos menciona Mitchell Berman, todas las sentencias arrojan dos resultados: entre la interpretación del significado y la aplicación, se construye un estándar o marco de implementación que permite identificar cuándo ese significado se cumple, o no, en el caso concreto. También se le conoce como la teoría de los dos outputs, pues los jueces constitucionales elaboran las doctrinas para administrar o implementar las normas constitucionales que son producto de un proceso adecuadamente denominado “interpretación”. Esto es, las sentencias tienen como resultado la creación de dos normas complejas que median entre la constitución y el fallo: la norma legal interpretada y la doctrina creada por la corte que permite la implementación.

En ese sentido, Berman propone que la labor de un juez constitucional no es únicamente una labor interpretativa y de aplicación, sino que, además, las sentencias emiten reglas que dan guía a los juzgadores para en posteriores sentencias sepan cómo aplicarla, es decir reglas mediadoras de implementación, a esas reglas les podemos llamar estándares.

En el modelo de las dos salidas de Berman se tienen los dos productos, la interpretación de la disposición constitucional, y además se crean reglas judiciales que van dirigidas a establecer una guía para los juzgadores para saber mediar entre la interpretación y su aplicación. Para la creación de estas reglas no se utiliza la interpretación, contrario a la interpretación, que va dirigida al público en general, los estándares van dirigidos principalmente a los juzgadores.¹⁸

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Berman, Mitchell N., “Constitutional constructions and constitutional decision rules: Thoughts on the Carving of Implementation Space”, en *Constitutional Commentary*, marzo de 2010, vol. 27, p. 39-69.

En ese sentido consideramos que Berman nos recuerda las razones por las cuales la interpretación constitucional convoca inevitablemente temas centrales como las visiones sobre las bases de la autoridad de la Constitución. Este autor, al hablar de interpretación e implementación, muestra cómo distinguir conceptualmente varias piezas dentro de la aplicación constitucional, lo que puede ayudarnos a tener una visión más adecuada de lo que es legítimo o ilegítimo en materia interpretativa, así como sentar las condiciones para percibir, por ejemplo, que las razones por las cuales algunos se oponen a reglas de decisión, o cuándo se debe tener una visión más abierta a interpretaciones extrajudiciales que pueden colaborar en la implementación de una Constitución. Lo que, sin duda, nos invita a reflexionar con mayor profundidad sobre el *status* de la doctrina interpretativa o estándares de la Suprema Corte.

4. ESTÁNDARES EN LA REVISIÓN JUDICIAL

Estos estándares o directrices uniforman la política judicial, le dan sentido, eficiencia y calidad a las sentencias; asimismo, sirven para controlar que el Poder Judicial no caiga en un exceso de activismo judicial que termine por ser un obstáculo para la implementación de reformas, para lo cual se requiere una deferencia técnica, como las que ha establecido la Corte, y los tribunales especializados, lo que permite que pueda funcionar la reforma en los términos en que fue planteada y planeada, es decir permitir al regulador intervenir de manera eficaz y efectiva sin enfrentarse a un problema de parálisis regulatoria derivado de un retraso en la revisión judicial y al mismo tiempo que los agentes económicos y los órganos del Estado tengan la certeza de que el Poder Judicial velará por la racionalidad en la implementación de políticas públicas, así como el respeto de Derechos Fundamentales, el debido proceso y la propiedad.

La lógica de la adjudicación constitucional sostiene que las normas interpretadas regulan a los actores no judiciales, mientras que las reglas de decisión constitucional les dicen a las Cortes cómo decidir si esas normas son cumplidas. Esta es una disposición en forma de regla particularmente clara, pero no únicamente, pues tanto la norma interpretada como la doctrina construida están dirigidas y pueden ser aplicadas tanto por las cortes como a los actores judiciales cuando estamos hablando de reglas profilácticas que está dirigida a los legisladores y funcionarios del poder ejecutivo por igual, y también lo están los niveles de escrutinio que constituyen la doctrina constitucional construida judicialmente.

Es una metodología que le indica a los jueces como resolver los casos para saber cuándo esos significados que todos tiene claro son vulnerados y los estándares atienden a una razón de eficacia y eficiencia pues reducen al mínimo y de mejor forma los errores totales en la adjudicación, minimizan los errores calificados, entre falsos positivos y falsos negativos.

No deben confundirse los estándares, que son reglas dirigidas a juzgadores para mediar entre la interpretación y la aplicación, con el establecimiento de reglas profilácticas.

Una regla profiláctica es una regla de creación judicial que puede ser violada bajo circunstancias en las cuales la regla constitucional que protege no es violada, es una doctrina creada por los jueces que extralimita la interpretación judicial de la norma constitucional, es decir, que la doctrina puede ser violada incluso cuando la verdadera norma constitucional no lo sea,¹⁹ un claro ejemplo de estas normas son los denominados “Miranda Rights” en el que los jueces: Clarence Thomas, y Scalia al redactar su voto disidente en la sentencia de *Dickerson v. United States*, 530 U.S. 428 (2000) establecieron:

la corte hoy insiste en que la decisión *Miranda* es “constitucional”, que tiene una “base y un origen constitucional”, que “estaba basada en la constitución”, y que “estableció una regla constitucional”. este es un, dijo, juego de palabras; pero lo que hace que una decisión sea “constitucional” en el sentido que importa aquí –en el sentido que no pueda ser reemplazado por la legislación del congreso como la sección 3501– es la determinación que la constitución contiene el resultado que la sentencia establece, pero que la ley ignora²⁰[énfasis añadido].

Es decir, son reglas impuestas por la Corte para dar mayor protección a un Derecho y vinculan a funcionarios, legisladores y público en general. Estas reglas están ligadas con el rechazo al activismo judicial, pues son por muchos académicos consideradas ilegítimas, porque imponen, sobre las ramas del gobierno nacional, y de los Estados, obligaciones que exceden lo que la Constitución dispone. Sin que sea el objetivo de este trabajo abordar sobre el tema del activismo judicial, y hasta dónde está permitido que los jueces creen Derecho, se consideró preciso hacer la distinción entre estándares y reglas profilácticas para identificarlas como género y especie, pues no todo estándar es una regla profiláctica. En ese sentido, pues si bien ambas se crean mediante el ejercicio de adjudicación, que llevan a cabo los jueces constitucionales, atienden, sin embargo, a fines distintos pues los estándares no tienen la función de maximizar la tutela de un Derecho, sino que van únicamente dirigidos a los jueces y a las personas que siguen de cerca la labor de la Corte, pues la idea misma de los estándares apunta a que la metodología utilizada -el tipo de preguntas, elementos fácticos, consideraciones de los expertos- es esencial para arribar al mejor resultado entre los posibles, a que maximiza de la mejor manera el mandato constitucional, que es, al final del día, el objetivo último de la revisión judicial.²¹

Los estándares dicen la metodología de cómo resolver choques entre principios, pero el Estándar es una metodología para resolver casos de si se cumple o no un significado.

19 Israel, Jerold H, Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, trad. Juan Luis Gómez Colomer, et. al., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 503-685.

20 *Apud* Berman, Mitchell N., “La doctrina colombiana de la conexidad como regla constitucional de decisión” en Zamora Fabra, Jorge Luis, García Jaramillo, Leonardo, (coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, 2015, p. 376.

21 Sirva de ejemplo la creación jurisprudencial de los denominados *Miranda Rights*, véase: Caminker, Evan H., “Miranda and some puzzles of ‘Prophylactic’ Rules” en *U. Cin. L. Rev.*, 2001, vol. 70, no. 1, p. 24.

Por ejemplo, el Estándar de protección dual no dice qué se entiende por cada una de las disposiciones en juego, sino cómo resolver el choque o coalición entre estos dos derechos. Es decir, el Estándar no dice la interpretación propiamente hablando de las disposiciones constitucionales, sino que tiene que ver con un proceso muy distinto, en el que no se extraen contenidos, sino que se crean metodologías acorde al principio y fin de ese contenido, pero la metodología es para hacerlo aplicable u operable en casos concretos.

Los estándares pueden ser aplicables para un derecho en específico o pueden ser transversales; por ejemplo, el derecho a la no autoincriminación es un estándar exclusivo de un enunciado normativo y los transversales son metodológicamente generales, que nacieron principalmente para respaldar la validez de las leyes y se fue incorporando para la validez de los actos. Los estándares transversales sirven para enunciados normativos cuya estructura lógica es la de los principios, en oposición a las reglas

Para que un estándar sea vinculante tiene que cumplir con ciertos requisitos, por ejemplo, en el caso de amparo están plasmados en jurisprudencia, en el caso de controversias constitucionales requiere únicamente votación calificada para que sea vinculante.

Solamente mediante estándares es como se puede entender el dialogo jurisprudencial pues puede ser que los enunciados normativos tengan diferentes indeterminaciones semánticas de constitución a constitución y la extracción de significados varíe, pero los estándares tienen que ver con una racionalidad judicial donde no importan los enunciados normativos.

En todas las sentencias hay estándares implícitos, o explícitos, pues siempre se requiere una metodología, y es lo que permite llegar a consensos en las Cortes pues esta metodología de estándares es aceptada por casi todos los ministros de la Corte.

En el Derecho Comparado, y en el Derecho Constitucional Mexicano, podemos encontrar muchos estándares que van desde el escrutinio estricto, intermedio, ordinario, el test de deferencia Chevron, el test de proporcionalidad español, el de real malicia por mencionar algunos.

Incluso, como señala Vicky Jackson, los estándares son perfectibles pues en el Derecho norte americano, en el que la autora encuentra a raíz de una investigación en varios países, se puede afirmar que, contrario a lo que existe en otras latitudes, en la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos hay lo que la autora llama una *Cultura de Autoridad*, en contraposición a una *Cultura de la Justificación*, donde la legitimidad de la acción gubernamental depende de sus razones, los Estados Unidos de América tienen una *Cultura de Autoridad*, en la que la única pregunta es si el actor gubernamental tiene jurisdicción.²² El discurso norteamericano generalmente no distingue entre el

22 Jackson, Vicki C., "Thayer, Holmes, Brandeis: conceptions of judicial review, factfinding and proportionality" en *Harvard Law Review*, 2017, vol. 130, p. 2367.

Derecho y las justificaciones para infringirlo, aunque existan intentos por hacer lo contrario.²³

En ese sentido la autora propone el uso de un estándar transversal parecido al de la proporcionalidad de Robert Alexy. Jackson afirma haber sustentado que la revisión de proporcionalidad impone una transparencia de disciplina en la adjudicación de derechos constitucionales, mientras que en algunas áreas acerca a la ley a la justicia constitucional construyendo puentes entre las Cortes y las Legislaturas.²⁴

Como se puede ver, no hay una sola forma de hacer estándares, no todo está dicho, los estándares tienen que ver con un tema de política judicial, con el modelo de estado.

Sin embargo, Mitchell Berman establece algunos factores, que él ha observado, que siguen los jueces para la creación de estándares en los Estados Unidos –taxonomía de estándares–.

Hay factores analíticamente distintos a considerar por el juez al crear una regla de decisión constitucional, según Berman:

- a) Preventivos o disuasivos, que eviten que un derecho se viole de manera sistemática y evitar el abuso de autoridad.
- b) Tutelares o protectores que son el anverso de los preventivos, pues es para proteger a los más desventajados en un proceso.

Están son las dos especies de un género más amplio de consideraciones que podemos llamar guías de promoción.

- c) Factor institucional, que sirve para preservar o fomentar la autoridad moral de la Corte reduciendo el desgaste entre poderes, es decir, protege la división de poderes como el Estado regulador o los estándares de deferencia administrativa.
- d) Sustantivos, que sirven para optimizar la operación constitucional de normas y políticas y hacerlas inteligibles.
- e) Fiscalizador, que busca reducir los gastos privados y gubernamentales del litigio
- f) De administración judicial, buscan minimizar errores contenciosos o errores ponderados de adjudicación tomando en consideración una diferencia entre los falsos positivos y los falsos negativos – sobreproteger o desproteger- buscar la eficiencia de la adjudicación judicial.

23 Young, Katharine G., „Proportionality and equality“ en Jackson, Vicki C., Tushnet, Mark, (eds.) *Proportionality. New frontiers, new challenges*, Toronto, Cambridge University Press, 2017, p. 250.

24 Jackson, Vicki C., “Constitutional Law in an age of proportionality” en *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, núm. 8, p. 3094, 3097-98, 3102-05, 3147-48.

La adopción de un estándar es una cuestión de política judicial de valoración de los cuatro principios subyacentes en cada constitución de que se trate,²⁵ pues el papel de la Corte es ser el guardián de la Constitución y, por ende, debe propugnar por que se cumplan los pre-compromisos y aislarlos de las decisiones democráticas cuando éstos sean contrarios a los valores de la democracia sustancial.

5. ESTÁNDARES DEL MODELO DE ESTADO REGULADOR

El modelo de Estado regulador que se sustenta en los enunciados normativos de los artículos 25 y 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que como nos señala García Sarubbi: *“es un modelo de estado que hace compatible la existencia de órganos reguladores desvinculados de los poderes clásicos para atender técnicamente segmentos especializados de política pública, de una manera compatible con el compromiso de la Constitución con el principio de auto-gobierno democrático, el cual exige que las decisiones más importantes en la sociedad sean tomadas por representantes populares sujetos a elecciones periódicas.”*²⁶

Tiene que ver con un tema contemporáneo de teoría del Estado. Si admitimos que la Constitución es Derecho, tenemos que recordar que las consecuencias de una norma jurídica se manifiestan en el patrimonio de una persona, en condiciones de desarrollo socio político de una sociedad, el carácter coactivo de un orden jurídico va más allá de abstracción de modelos económicos y de estadística pues es posible verificar un proceso por el cual se pretende encuadrar el ser en el deber ser.

Las estructuras constitucionales, garantes de la división de poderes en una democracia liberal, fueron discutidas diseñadas y perfeccionadas por eruditos en el estudio de la ley. Contrario a lo que sostiene Rodríguez Maldonado, no existe un olvido de teoría del Estado por la jurisprudencia derivado del enfoque que se le ha dado al discurso de los Derechos Humanos, pues precisamente mediante el establecimiento de estándares se ha reflexionado sobre el diseño organizacional y funcional del Estado como una cuestión de política judicial analizando tanto los mecanismos regulativos como los consensos económicos que hacen visible la materialización de este modelo de Estado y no es que deba elegir mirar hacia el modelo de Estado o atender el discurso de los Derechos Humanos, sino que los Derechos Humanos, al ser el parámetro del control, convergen, junto con el modelo de Estado, al realizarse la adjudicación judicial en la que se establecen estándares para su implementación.²⁷ En el estado regulador, los insumos básicos para realizar su función son las libertades y sus capacidades correcti-

25 En el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Federalismo, División de Poderes, Democracia y Derechos Humanos.

26 García Sarubbi, David, „Modelo de estado regulador: su aparición en la jurisprudencia nacional” en *Art. 105. Dilemas de Control Constitucional*, 2016, núm. 1, p. 67.

27 Rodríguez Maldonado, Armando David, *Poder Ejecutivo y Estado Administrativo. El caso comparado de México y los Estados Unidos*, México, Tirant lo Blanch., 2014, *passim*.

vas, constructivas y creadoras. En tal sentido, y recogiendo lo dicho por Vanberg²⁸, el orden del mercado, en tanto que definido por su marco institucional, es una cuestión de elección constitucional.

Vistas las Reformas Constitucionales como decisiones para resolver problemas sociales, que comparten la lógica de la política pública, se está ante un proceso de reforma constitucional por políticas, lo que sin duda va a impactar en la interpretación sistemática de la Constitución.

El Estado es un generador de regulaciones dirigidas a los agentes económicos, y a la vez es un ejecutor de tales regulaciones; no se está ante una Constitución neutral de economía de mercado en el entendimiento más liberal. La normativa, la narrativa jurisprudencial y el discurso constitucional están permeados por el Estado social y sus consideraciones a la igualdad social, la protección a los consumidores, el acceso a los productos de primera necesidad y, más recientemente la presencia de una dualidad mercancías/derechos. En este sentido, si apreciamos la regulación de conductas por el lado de la oferta, las libertades económicas consideradas como derechos fundamentales, estarían sujetas a sus principios de interpretación y aplicación; si se consideran sólo como libertades o derechos es probable que entren en conflicto o en tensión en zonas de confluencia.

Sin que se llegue a pensar que la definición de modelo de Estado sea algo que se abstraiga de la Democracia, sino que únicamente se tiene una esperanza en los jueces como canal institucional que juega un papel fundamental en la implementación de dicho modelo de Estado adoptado por la democracia, que, como guardián de la Constitución, coadyuva con las demás ramas de gobierno para modificar problemas estructurales de política pública tomando en consideración a estos nuevos actores constitucionales autónomos.²⁹

El estándar de estado regulador se inició con los órganos de la administración pública dependientes del Ejecutivo y tuvo un posterior desarrollo en 2014, con la creación de los Órganos Constitucionales Autónomos.

La primera etapa es explicativa del principio de división de poderes en la democracia, misma que se fue flexibilizando en razón de buscar una eficiencia en la implementación de ciertas políticas públicas estructurales para el Estado en el que la fundamentación y motivación cedió paso a justificaciones técnicas, para posteriormente en una segunda etapa, en la que se busca un justo equilibrio entre el principio de legalidad y el princi-

28 Vanberg, Viktor J., "Mercados y regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional" en *Isonomía*, octubre de 2002, núm. 17, p. 79-116. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n17/1405-0218-is-17-00079.pdf>. Consultado el 09/06/2018.

29 Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, "Reingeniería constitucional: Administración Pública" en *El Universal*, Sección Opinión, 22/05/2018. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/jose-ramon-cossio-diaz/nacion/reingenieria-constitucional-administracion-publica>. Consultado 09/06/2018.

pio de eficiencia con nuevos jugadores con facultades diferenciadas de los demás órganos de gobierno, que sin embargo, suelen ser tangenciales y que, a mi juicio, aún está en construcción. El estado regulador es el compromiso entre el principio de legalidad y el principio de eficiencia. Son los factores para determinar el equilibrio justo entre el principio de división de poderes y la democracia.

En el caso de México, la doctrina del estado regulador es un modelo transversal que se remonta a los primeros precedentes de fundamentación y motivación; sin embargo, el cambio o flexibilización de éstos se fue construyendo desde la Primera Sala con dos precedentes: ADR 3508/2013 y ADR 4371/2013, entendiendo una evolución en la forma del Estado policía o Derecho Administrativo Sancionador, en el cual aplican todas las garantías en su máxima intensidad contra la arbitrariedad de ese Estado policía, en el cual encontramos reserva de ley. El principio de legalidad en su máxima expresión pasó a un esquema más flexible en el cual encontramos al Estado planificador que atiende a las necesidades regulatorias del Siglo XXI, que busca el justo equilibrio en la eficiencia de la implementación de las políticas públicas, incluso en el caso de la regulación en materia de telecomunicaciones, podemos advertir cómo desde que se resolvió la acción de inconstitucionalidad 26/2006 se fue forjando la autonomía del regulador, lo que sentó las bases para la creación mediante la Reforma Constitucional de 2013 de Órganos Constitucionales Autónomos con funciones diferenciadas de los tres clásicos Poderes de la Unión. Lo que ha obligado a la Corte a modificar y replantearse sus estándares.

Un problema histórico de los reguladores mexicanos, particularmente visible en la extinta Cofetel, había sido la parálisis regulatoria vía la excesiva judicialización de las decisiones administrativas. Los tiempos de revisión eran muy largos y las oportunidades para aniquilar la medida o dilatar su aplicación de forma indefinida enormes, lo que quita el poder práctico al regulador.³⁰

El sistema judicial mexicano se caracteriza por dar un énfasis desmesurado al aspecto formal y, en cambio, descuida o elude resolver los conflictos en su esencia. El problema se exacerba ante materias complejas. Esto aunado a la falta de especialidad generaba criterios dispersos o contradictorios y propiciaba una forma de trabajo ineficiente, donde no se concentraba ni se aprovechaba el conocimiento como lo expuso el estudio de la OCDE que fue tomado en consideración para el *Pacto por México*.³¹

30 Faya Rodríguez, Alejandro, *De la COFETEL al IFETEL: la historia de un violento péndulo*, México, CIDAC, 2013, p. 31. Disponible en <http://www.cidac.org> <http://reddecompetencia.cidac.org>. Consultado el 19 de junio de 2018.

31 OCDE, *La resolución de asuntos de competencia por órganos de jurisdicción especializada y general: Balance de experiencias internacionales*, México, Secretaría de Economía, 2016, p. 1-120. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/Resolucion-competencia-organos-de-jurisdiccion-especializada-y-general-2016.pdf>. Consultado el 20 de junio 2018.

Es también importante hacer notar que las leyes de telecomunicaciones y competencia conceden, por naturaleza, espacios importantes de discrecionalidad a la autoridad para la aplicación de “conceptos jurídicos indeterminados” caso por caso, por lo que pueden existir diversas maneras de ver un mismo asunto.³²

Hoy, a cinco años de la Reforma Constitucional que materializa la existencia de tribunales especializados en temas económicos cuyo rol es no sustituir el criterio técnico de la autoridad reguladora, sino meramente controlar desvíos de poder y actuaciones caprichosas o arbitrarias, lo que no es menor al estar ante una reforma que fue muy extensa y se elevaron a rango constitucional numerosos conceptos de índole técnica, lo que hace patente la necesidad de estándares claros que se emitan en la sentencias.

La interpretación judicial en México va sentando algunas guías sobre la deferencia al regulador, en cuestiones meramente técnicas, que ciertamente continuarán construyéndose con decisiones futuras de los Órganos Jurisdiccionales, con esquemas más claros en los Tribunales Colegiados de Circuito Especializados en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, lo que plantea niveles de discrecionalidad entendiendo las pautas dadas por el Congreso.³³

Actualmente, como nos menciona el ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, la Suprema Corte enfrenta los siguientes desafíos: ¿Cómo controlar la validez material de las políticas públicas? Lo que plantea un reto enorme para el modelo Constitucional Democrático ante el incremento de intervención regulatoria del Estado mediante Órganos Constitucionales Autónomos en sectores y mercados donde son los órganos técnicos no elegidos democráticamente los que deben dirimir en primer término.³⁴

En ese sentido, es imperioso establecer un balance necesario para que se dé un control propicio de estos órganos técnicos, a los cuales la Constitución les dio la tarea de regular sectores clave para la economía, para lograrlo es necesario profundizar en temas de suma importancia como la deferencia, la discrecionalidad y su control y, por supuesto, la otra cara de la moneda: el activismo judicial, para así establecer cuál es la relación entre el debilitamiento y fortalecimiento de cada uno de los Poderes, sus consecuencias e impacto en el Estado constitucional de Derecho.

La interpretación judicial en México define directrices respecto al regulador en atención a su deferencia, esto es un proceso continuo que descansa sobre las futuras resoluciones de los Órganos Jurisdiccionales. A manera de ejemplo, podemos citar al Primer Tribunal Colegiado Especializado en Materia de Competencia Económica Radiodifusión

32 Faya Rodríguez, Alejandro, *De la COFETEL al IFETEL: la historia de un violento péndulo*, México, CIDAC, 2013, p. 31. Disponible en <http://www.cidac.org> <http://reddecompetencia.cidac.org>. Consultado el 19 de junio de 2018.

33 Álvarez, Clara Luz, *Telecomunicaciones y Radiodifusión en México*, México, UNAM, 2018, p. 356-359.

34 Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, “Prólogo” en Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un Juez*, trad. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, FCE, 2017, p.26.

sión y Telecomunicaciones, que en el amparo en revisión 65/2014, resolvió que cuando el IFT (Instituto Federal de Telecomunicaciones) cuente con facultades discrecionales de naturaleza técnica, el escrutinio debe de ser bajo, en tal sentido, los tribunales deben limitar su actuar a corregir acciones arbitrarias o abusivas; por su parte, la SCJN, al resolver la controversia constitucional 117/2014, determinó que los jueces constitucionales deben respetar las facultades de apreciación del IFT y preservar las decisiones que hayan hecho cuando se inserten en el ámbito regulatorio de competencia del IFT. Al respecto cobra relevancia el voto concurrente del ministro Gutiérrez Ortiz Mena, quien propone que el escrutinio judicial verificará si: 1) Busca realizar las finalidades del IFT (apropiado funcionamiento de sectores de telecomunicaciones y radiodifusión y adecuado ejercicio de la libertad de expresión e información en estos sectores); 2) Estaba racionalmente relacionada con alguna de dichas finalidades; y 3) No era desproporcional respecto de otros bienes constitucionalmente protegidos.

La complejidad se incrementa y puede variar, sobre todo cuando ante la nueva regulación nos encontramos frente a un cúmulo de indeterminaciones semánticas de conceptos tales como agente económico preponderante, agente con poder sustancial, insumo esencial, y se estima que el regulador es la autoridad con los mejores conocimientos y especialistas para decidir lo que más conviene al interés público. Sin embargo, esto no resta de la necesidad de que exista un control judicial efectivo de los actos, normas e incluso las omisiones del regulador. ¿Cuál debe ser el estándar de control judicial? ¿Qué tanta deferencia debe o no darse? ¿En qué supuestos?

En ese sentido, los estándares son una herramienta muy eficiente para coadyuvar en la implementación y revisión de políticas públicas. El modelo de estado regulador consiste principalmente en estándares construidos por la Corte para mediar entre la interpretación que se está haciendo del artículo 28 y del 73 de la Constitución y la aplicación a los casos concretos, esto es así pues es preciso recordar que, a diferencia del debate norteamericano, donde la creación de Derecho se entiende confiada a los jueces principalmente, en el caso mexicano el monopolio de la producción de leyes tradicionalmente le es conferido al legislador, como sucede en todos los sistemas de corte romano-germano-canónico, como el nuestro, y este monopolio se fue diluyendo poco a poco; sin embargo, queda un reducto del mismo, lo que hace lógico que la mayoría de los conflictos se den con la facultad regulatoria o de producción de normatividad. También se han presentado casos de confrontación del artículo 28 con la facultad coordinadora del Ejecutivo entre órdenes de gobierno, como lo fue el caso del amparo en revisión 952/2016 del índice de la Primera Sala.

Los estándares que se deben construir para el estado regulador considero tienen que, no únicamente ser uno en caso de deferencia, sino que acorde a sus funciones cuasi legislativas, cuasi ejecutivas y cuasi judiciales, se debe construir un estándar para cada una de ellas; nada está dicho aún, como demuestra la Segunda Sala a su juicio, el parámetro de control del estado regulador no establece en sí mismo un abandono total del estándar del Estado policía, pues al continuar estos Órganos Constitucionales

Autónomos con facultades de investigación y sanción, sus actuaciones deben estar delimitadas con los estándares del Derecho Administrativo Sancionador.

Al respecto no debe pasar desapercibido que estamos ante una nueva ingeniería constitucional que contempla la teoría de la división funcional de poderes es decir, la visión funcionalista de la ingeniería constitucional de pesos y contrapesos a la luz de una cultura de respeto a las reglas y a la Democracia, que tanto el IFT como la Comisión Federal de competencia (en adelante COFECE) trabajan con conceptos jurídicos indeterminados a los que ellos les tienen que dar significado, pues se encuentran ante un vacío legal, lo que permite un margen más amplio de discrecionalidad, mismo que debe estar ajustado a racionalidad para no caer en arbitrariedad.³⁵

6. APLICACIÓN PRÁCTICA POR LA SEGUNDA SALA DE LA SCJN

Como referimos en anteriores párrafos, una muestra más de la importancia de los estándares que fija la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de estado regulador la encontramos en un asunto resuelto por unanimidad a finales del año pasado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el cual, bajo la ponencia del ministro Medina Mora, estableció un Estándar para el ejercicio de las facultades de investigación establecidas por disposición normativa del artículo 28 constitucional para la Comisión Federal de Competencia Económica.

El asunto lo podemos resumir de la siguiente manera:

- Dentro del mercado privado de medicamentos, uno de los elementos claves es la distribución, en la cual existen únicamente dos empresas que dominan ese mercado de distribución, a saber Nadro y Marzam;
- En 2015 la Comisión Federal de Competencia autorizó la compra de grupo Marzam por parte de un fondo holandés, mismo que fue radicado en el expediente CNT-074-2015, concentración que fue aprobada sin condicionamiento alguno;
- Gracias a los '*Panama Papers*' se supo que Marina Matarazzo, esposa del dueño de Grupo Nadro, Pablo Escandón Cusi, había financiado la compra de la empresa Marzam, por parte de un fondo holandés, a Genomma Lab;
- Ante la inexistencia de un procedimiento específico para este tipo de situaciones, la COFECE se aventuró a iniciar un procedimiento para verificar el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia, mismo que inició por medio de su secretario técnico;

35 Cfr. Álvarez, Clara Luz, "Regulatory State and Judicial Decisions in Telecommunications in Mexico" en *The Law, State and Telecommunications Review*, mayo 2018, vol. 10, núm. 1, p. 15-36. Álvarez, Clara Luz, "Preponderant Agent, what is that?", en *Journal of Law and Regulation*, mayo 2015, vol. 1, núm. 1, p. 23-36.

- De conformidad con el artículo 65 de la Ley Federal de Competencia Económica no se pueden investigar concentraciones que hayan obtenido resolución favorable por parte de la Comisión, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa o se incumplan los condicionamientos a los que fue sujeta;³⁶
- Sin embargo, dada la información pública obtenida de una nota periodística, y tomando en consideración el mandato constitucional conferido a dicha comisión de investigar, prevenir y sancionar, establecido en el artículo 28, párrafo veinte, fracción VII, constitucional, aunado a lo establecido por los artículos 12, fracción XXVI, 126 y 127, fracción III de la Ley Federal de Competencia Económica vigente, el secretario técnico de la comisión optó por abrir un expediente para verificar el cumplimiento de la normatividad en materia de competencia con respecto a la información obtenida en el escándalo de los *'Panama Papers'*.

Contra el inicio de dicho expediente, y contra el primer requerimiento de información, como era de esperarse, promovieron amparo indirecto, mismo que curiosamente, bajo un criterio de interpretación consistente en que la competencia a la que hace referencia el acuerdo general 22/2013 del Consejo de la Judicatura Federal atendía a que los quejosos fueran sujeto de las leyes que regulan los actos emitidos por la Comisión Federal de Competencia Económica o el Instituto Federal de Telecomunicaciones, según lo establecido por el Juez Decimocuarto de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito, como se desprende a foja 9 de la sentencia del A.R. 217/2017 del índice de la Segunda Sala de la SCJN.³⁷ Lo cual, por razones obvias, no quedó firme; sin embargo, como la SCJN asumió competencia originaria se abocó al estudio de fondo y no ordenó reponer el procedimiento.

Lo interesante de este punto es que, como se estableció en la sentencia de la Segunda Sala, ya existía un estándar para resolver esta cuestión, mismo que fue establecido en las jurisprudencias 84/2016 de esta Segunda Sala, y 119/2015 en la que se estableció que, de conformidad con lo establecido por el artículo 28 constitucional, así como al

36 Ley Federal de Competencia Económica:

Sección IV De las Concentraciones que No Pueden ser Investigadas

Artículo 65. No podrán ser investigadas con fundamento en esta Ley, las concentraciones que hayan obtenido resolución favorable por parte de la Comisión, excepto cuando dicha resolución se haya obtenido con base en información falsa o bien cuando la resolución haya quedado sujeta a condiciones posteriores y las mismas no se hayan cumplido en el plazo establecido para tal efecto.

Tampoco podrán ser investigadas las concentraciones que no requieran ser previamente notificadas a la Comisión, una vez transcurrido un año de su realización.

37 Señaló que era competente, atendiendo a la naturaleza material del acto, y prescindiendo de la calidad de la autoridad que lo haya emitido, pues la *litis* consiste en determinar si las autoridades actuaron dentro del marco de legalidad para solicitarle información a la quejosa como agente económico, ya que estimar lo contrario implicaría prejuzgar sobre el fondo del asunto y presuponer que la quejosa se encuentra en alguna de las hipótesis previstas en la Ley Federal de Competencia Económica.[Énfasis añadido]

acuerdo general 22/2013 del Consejo de la Judicatura Federal, por medio del cual se crearon los Juzgados y Tribunales Colegiados Especializados en la Materia, el Constituyente instauró un régimen especial de impugnación que justificó la creación de dichos órganos, como previamente quedó asentado en conflicto competencial 1/2014 resuelto por esta Segunda Sala.³⁸ En ese sentido, si bien no fue motivo de sanción, el Juez de Distrito, por inobservar la jurisprudencia, sí estableció la Sala que, si bien la Jurisprudencia 84/2016 fue publicada en el Seminario Judicial de la Federación con fecha posterior a la celebración de la audiencia constitucional, la sentencia fue elaborada con posterioridad, lo que demuestra que el Juez de Distrito se encontraba en aptitud de tomar en consideración el citado criterio para la elaboración de la sentencia en cuestión.³⁹

La parte medular de la sentencia consistió en dilucidar si las nuevas facultades establecidas en los enunciados normativos contenidos en el artículo 28 constitucional, para el nuevo Órgano Constitucional Autónomo Comisión Federal de Competencia Económica, implicaba libertad de configuración de sus procedimientos para llevar a cabo el mandato constitucional de verificar, prevenir y sancionar prácticas monopólicas, concentraciones prohibidas y velar por el desarrollo eficiente de los mercados. Para lo cual, la Segunda Sala debía establecer si dicha facultad constitucional estaba delimitada a los procedimientos establecidos por el legislador ordinario, o si, por el contrario, la comisión podía realizar actos de molestia para verificar el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia mediante procedimientos establecidos por la propia comisión.

Como se dijo en párrafos anteriores, la evolución de los estándares del Estado regulador fue flexibilizándose, desde el establecimiento del Derecho Administrativo Sancionador, atendiendo a razones de eficacia y eficiencia, como se vio en el amparo directo en revisión 3508/2013 del índice de la Primera Sala de la SCJN e incluso en el amparo en revisión 1121/2016 del índice de la Segunda Sala de la SCJN que se resolvió el 25/10/2017 poco menos de un mes antes de que resolvieran el asunto en comento.⁴⁰ Sin

38 Jurisprudencia 119/2015, de rubro: “*ÓRGANOS JURISDICCIONALES EN MATERIA ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADOS EN COMPETENCIA ECONÓMICA, RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES. SON COMPETENTES PARA CONOCER DE LOS JUICIOS DE AMPARO O SUS RECURSOS CUANDO EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN LA DECISIÓN ADOPTADA RESPECTO DE UNA SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN*”.

Jurisprudencia 84/2016 de rubro: “*TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN MATERIA ADMINISTRATIVA ESPECIALIZADOS EN COMPETENCIA ECONÓMICA, RADIODIFUSIÓN Y TELECOMUNICACIONES. SON COMPETENTES PARA CONOCER, ENTRE OTROS SUPUESTOS, DE LOS ACTOS RECLAMADOS A LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA O AL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES*”.

39 Foja 27 de la sentencia emitida por la Segunda Sala en el Amparo en Revisión 217/2017

40 La Segunda Sala, bajo la ponencia del Ministro Laynez, resolvió que el artículo 298 de la LFT en la parte impugnada, si bien establece una sanción que debe necesariamente ser complementada con otro precepto normativo que describa la conducta (artículo 155 de la Ley), se trata de una cláusula abierta –esto es, se encuentra dentro de los alcances tanto del legislador como de la autoridad reguladora.

embargo, como nos explica la Segunda Sala en este asunto, este Órgano Constitucional Autónomo goza de libre configuración regulatoria, acotada a su objeto establecido constitucionalmente, pero, cuando se trata de procedimientos de investigación que implican actos de molestia a particulares, y que pueden culminar en una sanción, se encuentran sujetos a desplegar sus facultades únicamente en términos de los procedimientos establecidos por el legislador. Como se desprende de lo siguiente:

A efecto de cumplir con las facultades que constitucional y legalmente tiene conferidas, la Comisión cuenta con la atribución de investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

En otras palabras, la Comisión Federal de Competencia Económica podrá iniciar investigaciones para cumplir con el objeto que constitucional y legalmente tiene conferido, pero únicamente a través de los cauces y procedimientos que expresamente establezca la normativa aplicable.

Es por ello que la Ley Federal de Competencia Económica establece un **procedimiento específico de investigación**⁴¹, así como un **procedimiento seguido en forma de juicio** cuando se hubiese emitido previamente un dictamen de probable responsabilidad.

...

Lo anterior no implica que la Comisión tenga una facultad absoluta para investigar cualquier conducta, sino que en atención al principio constitucional de seguridad jurídica, **ésta debe entenderse acotada a la naturaleza constitucional y legal de dicha autoridad, así como al marco legal que establece sus atribuciones.**

En otras palabras, **la Comisión Federal de Competencia Económica podrá iniciar investigaciones para cumplir con el objeto que constitucional y legalmente tiene conferido, pero únicamente a través de los cauces y procedimientos que expresamente establezca la normativa aplicable.**

...

...la actuación procedimental de la Comisión Federal de Competencia Económica se encuentra delimitada a las atribuciones que establece de manera expresa la normativa, ante lo cual, las investigaciones que realice la autoridad estarán referidas forzosamente a las facultades que le fueron dotadas por el Constituyente y por el legislador.

Es constitucional la complementariedad normativa dentro del derecho administrativo sancionador, que exige la sistematización del ordenamiento entre el precepto que prescribe la conducta y aquel que define la sanción. Aclara, que dichos efectos no implican el ejercicio de potestad legislativa, sino de un ejercicio de integración normativa.

- 41 Contenido en el Título I del Libro Tercero, artículos 66 a 79 de la Ley Federal de Competencia Económica.

...la Comisión Federal de Competencia Económica podrá requerir a agentes económicos y personas relacionadas con algún hecho que sea de su conocimiento y, por tanto, imponer si es necesario las medidas de apremio a que alude la ley de la materia, **siempre y cuando sea a través de los procedimientos previstos expresamente en la Ley Federal de Competencia Económica.**

Por su parte, parece alejarse del modelo de estado regulador que habían construido ambas salas en el que admitan dentro del modelo de estado regulador los tipos administrativos en blanco, o más bien no encontró la misma racionalidad, justificándose de la siguiente manera:

la Comisión podrá requerir información, cosas y documentos a personas que no sean agentes económicos. **No obstante, toda vez que dichas personas no son destinatarias directas de la normativa en la materia, es necesario que la Comisión, funde y motive sus actuaciones, de conformidad con el artículo 16 constitucional.**

...

En efecto, la Ley Federal de Competencia Económica establece de manera expresa que **los destinatarios de sus disposiciones son los agentes económicos**

...

La nota distintiva para identificar a un agente económico, es que tenga una participación en la actividad económica.

Con lo anterior, la Corte dejó claro, para cuando este Órgano Constitucional Autónomo ejerce su facultad de investigación y sanción (Estado policía), el estándar de escrutinio sigue siendo el de Derecho Administrativo Sancionador; lo que no quedó del todo abordado es si verificar es lo mismo que investigar y sancionar.

En esa tesitura, no pasó desapercibido por la Segunda Sala que la COFECE estaba haciendo referencia, no a su facultad de investigación, sino a la de verificación de cumplimiento de la Ley; no obstante, al respecto asentó lo siguiente:

...esta Segunda Sala de la Suprema Corte no desconoce que el Constituyente pretendió diseñar un esquema de autonomía para robustecer las atribuciones que tiene encomendadas la Comisión Federal de Competencia Económica, justamente por el importante objetivo constitucional para el que fue creada.

...

A efecto de cumplir con su objeto constitucional, dicha autoridad cuenta con una serie de atribuciones legales y estatutarias. **Sin embargo, lo anterior bajo ningún concepto puede traducirse en que la Comisión Federal de Competencia Económica carezca de límites.**

...

Sostener la postura de que la Comisión carece de límites al realizar sus investigaciones, es frontalmente contraria a la misma existencia de un Estado Cons-

titucional de Derecho, al diseño de pesos y contrapesos subyacente en nuestro texto constitucional, así como a los derechos fundamentales, en específico, a los derechos de legalidad y seguridad jurídica, de los que deriva el **debido proceso**.

...

...de conformidad con el artículo 12, fracción III, de la Ley Federal de Competencia Económica, **la citada Comisión puede realizar actos encaminados a verificar el cumplimiento de la ley, pero tal atribución únicamente puede desplegarse a través de los procedimientos establecidos en la ley de la materia.**

...

Del análisis integral de dicha normativa, no se desprende que el legislador haya dotado a la Comisión de una competencia genérica para “verificar el cumplimiento de la ley”, sino que se listaron las conductas que justamente son contrarias al artículo 28 constitucional y a la propia ley federal –monopolios, prácticas monopólicas, concentraciones ilícitas, barreras a la libre concurrencia y a la competencia económica, y restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados–, para lo cual se previeron procedimientos de investigación concretos.

Como se observa, la Segunda Sala establece que la facultad contenida en el artículo 12 de la Ley Federal de Competencia, consistente en verificar el cumplimiento de la ley, dicho enunciado normativo debe ser entendido a la luz de las conductas prohibidas por el artículo 28 constitucional y claramente para la Segunda Sala verificar e investigar son sinónimos. El estándar fijado por la Segunda Sala resolvió el problema inmediato, pero no agotó el fondo del asunto ya que no profundizó en la confrontación del estándar establecido con los estándares previamente dispuestos por la Corte a efecto de dar una explicación clara del nuevo estándar que determinó para este caso.

7. CONCLUSIONES

El estándar de modelo de estado regulador viene de la evolución de la fundamentación y motivación de actos de autoridad, que se fue flexibilizando a la luz de actos administrativos, atendiendo al paso del particular, como sujeto pasivo, a un sujeto activo dentro de un mercado regulado, en el cual se entiende que si el particular es un agente dentro del mismo, se puede tener una expectativa razonable de que esté atento a la regulación que se emita al respecto. Esta justificación puede ser mejor entendida cuando se habla de que no existe retroactividad en las normas regulatorias. Es por esta razón que, cuando se trata de mercados regulados, se reducen las garantías constitucionales de fundamentación y motivación, en su aspecto sustantivo y orgánico, pues, si bien se busca poner ciertos límites para evitar abusos por parte de la autoridad, también se atiende a criterios de eficiencia y eficacia que buscan posibilitar el funcionamiento de las estructuras establecidas en ley. Esta razón es aplicable a los agentes económicos, quienes al ser participantes de un mercado, se puede tener una expectativa razonable de que estén atentos al mismo, lo que se observó en la sentencia arriba analizada. Sin embargo, considero que de una lectura integral de la sentencia de la Segunda Sala, se desprende que el razona-

miento para no permitir libre configuración de los procedimientos de verificación por parte de la COFECE, no atendía al hecho de que la quejosa no fuera agente económico, sino a que no se trataba de la satisfacción de cuestiones técnicas que se encontraran dentro del ámbito de discrecionalidad para configurar regulación para la COFECE.

Porque en el amparo directo en revisión 3508/2013 de la Primera Sala, del que se desprendió la tesis de rubro TIPOS ADMINISTRATIVOS EN BLANCO. SON CONSTITUCIONALES, SI SE JUSTIFICAN EN EL MODELO DE ESTADO REGULADOR,⁴² se estableció que algunos componentes del tipo sancionador podían estar establecidos en normas infra legales, siempre y cuando, en la ley, estuviera estipulado, por lo menos, los componentes mínimos o básicos del mismo; sin embargo, en el caso analizado por la Segunda Sala, la ley sólo menciona la facultad de verificación, no se hacía mención a un procedimiento de verificación, existiendo vacío legal al respecto, sino que la ley únicamente prevé la obligación de verificar el cumplimiento de la Ley Federal de Competencia, quedando en completo silencio la forma o el procedimiento en que éste se debería llevar a cabo, o si el Legislativo quiso delegar, o no, la facultad de configuración de dicho procedimiento al Órgano Constitucional Autónomo, ni nos dio las pautas de cómo dotar de contenido a ese enunciado normativo. Es decir, lo que la Segunda Sala debió determinar es si la facultad de establecer procedimientos para verificar el cumplimiento efectivo de la Ley de Competencia estaba dentro del ámbito de la facultad regulatoria que le otorga el artículo 28 constitucional. Si fuera dentro del ámbito regulatorio, lo que se tenía que establecer era si esa facultad regulatoria constituía una antinomia, o la ley inhibía, obligaba o facultaba a dicho órgano para actuar de determinada manera; sin embargo, la Segunda Sala fue omisa en establecer que no

42 TIPOS ADMINISTRATIVOS EN BLANCO. SON CONSTITUCIONALES SI SE JUSTIFICAN EN EL MODELO DE ESTADO REGULADOR. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido los tipos penales en blanco como aquellos supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente, los cuales son inconstitucionales si su integración debe realizarse mediante la remisión a normas reglamentarias, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales. Ahora bien, esta conclusión no puede transportarse en automático al Derecho Administrativo Sancionador, pues la remisión a fuentes infralegales no es un vicio de invalidez constitucional en todos los ámbitos que la integran, por lo que es necesario considerar la específica modulación del principio de legalidad exigido por el balance preciso de los valores constitucionales en juego que cada ámbito demanda; en el caso del modelo de Estado regulador, el principio de legalidad no exige un grado de satisfacción absoluto del principio de reserva de ley, ya que la regulación de ciertas cuestiones técnicas requiere de la coparticipación del Ejecutivo o de ciertos órganos constitucionales autónomos, por lo que el principio de legalidad sigue teniendo aplicación en sus dos vertientes, pero de forma diferenciada: el principio de tipicidad sigue exigiendo la predeterminación inteligible de la conducta; sin embargo, el principio de reserva de ley deja de ser absoluto para ser relativo. De ahí que los tipos administrativos en blanco son constitucionales si se justifican en el modelo de Estado regulador.

Época: Décima Época Registro: 2007412 Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis: 1a. CCCXIX/2014 (10a.) Página: 592

nos encontramos en este supuesto y, por ende, no era aplicable el parámetro de control de tres pasos, establecido en la controversia constitucional 117/2014.

Es de explorado Derecho que la actividad estatal se rige por el principio de legalidad, en cual admite la existencia de actos regulados y no regulados o discrecionales. La discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado constitucional de Derecho puesto que atañe a elementos de oportunidad, convergencia, necesidad o utilidad, a la luz de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de estos órganos reguladores.

Tal como señala la sentencia N°0090-2004-AA/TC, del Tribunal Constitucional de Perú, de 5 de julio de 2004, que fue utilizada para el razonamiento de las sentencias sobre los asuntos de preponderancia emitidas por los Tribunales Colegidos de Circuito Especializados:

La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados.

Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social.

Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto.

En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada.”⁴³

Por lo que a mi juicio la sentencia pudo abundar en las razones por las cuales no considera que el establecimiento del procedimiento para verificar el cumplimiento de la ley para la cual dicho regulador fue hecho no sea una cuestión técnica y por ende sea menester seguir el estándar de Derecho Administrativo Sancionador:

Así las cosas, del cúmulo de artículos citados se advierte que la Comisión Federal de Competencia Económica incumplió la exigencia constitucional de fundamentar su actuación en preceptos aplicables al caso concreto, pues de los mismos únicamente se advierte la existencia y naturaleza de la Comisión, así como la sustanciación de procedimientos, pero el Estatuto incluso es claro al señalar que se trata de aquellos establecidos en la ley.

43 Álvarez, Clara Luz, *Telecomunicaciones y Radiodifusión en México*, México, UNAM, 2018, p. 357.

La Corte no esclareció un pronunciamiento en torno a si los procedimientos para verificación de cumplimiento de la ley podían tener una justificación técnica que permitiera crear procedimientos *ex post*, con lo cual quedó pendiente el equilibrio entre el constitucionalismo positivo y el constitucionalismo negativo. Esta situación nos hace recordar el conflicto de hace casi dos décadas, conocido como la *Guerra de los Chicles* en el que entró en conflicto la Ley Federal de Competencia Económica inspirada en el *Sherman Act* estadounidense⁴⁴ y en el que la confrontación del principio técnico y el principio de racionalidad, que eran claros en el *New Deal*, y en ciertos segmentos de política pública, en los que la democracia no podía entrar, salvo indirectamente, sino que se tenían que explicar *ex post* una conducta, lo que era aceptable dentro de un sistema de *Common Law*, en el que desde 1984, la Corte había establecido el estándar de deferencia Chevron para las agencias independientes, lo que permitía que la FTC (Federal Trade Commission) determinara *ex post*, qué era una práctica monopólica relativa, lo que no era dable en un sistema como el nuestro, ante el Derecho Administrativo Sancionador que exigía que la conducta estuviera tipificada en ley, por lo cual es de todos conocido que la SCJN declaró inconstitucional la Ley de Competencia como sucedió en el caso de las prácticas monopólicas relativas cuando se dio el caso Adams y Canel's. Sin embargo, en ese entonces parecía que no se podía dar entrada, pues no había una justificación orgánica que permitiera que, mediante la existencia de Órganos Constitucionales Autónomos, a los que se les ha encargado un segmento de política pública independiente de los poderes clásicos, ahora, teniendo un Órgano Constitucional Autónomo, que en teoría es independiente de esos tres poderes clásicos, parece que tampoco sigue teniendo una justificación orgánica para poder crear este tipo de procedimientos, al menos a la luz de la Segunda Sala, por lo cual podríamos decir que sigue estando vigente el que la creación de este tipo de regulaciones sea únicamente posible en el *Common Law*, pero no en un sistema como el nuestro, en el seguimos teniendo los lastres del Estado Administrativo Sancionador.

Lo anterior no es menor, pues si una de las razones por la que se dotó de autonomía a estos órganos fue una razón de eficiencia y eficacia que, atendida a cuestiones técnicas permitía dar un mayor margen de maniobra para llevar a cabo su objeto constitucional, lo cierto es que con la sentencia arriba explicada, la única forma de combatir la impunidad en estos casos será esperar a que el legislador ordinario haga una nueva modificación a la Ley de Competencia para establecer algún mecanismo de verificación en estos casos. Este problema no es único, puesto que, en general, por lo que hace a las concentraciones, tanto el IFT, como la COFECE, se han visto en serios problemas para sancionarlas. En el caso del IFT, cuando nuevamente por una nota periodística se hizo del conocimiento de la entonces COFECO la existencia de una concentración no notificada entre DISH y TELMEX, en la que, cuando el expediente pasó al IFT, se enfrentó al dilema de que no existe un procedimiento para sancionar una concentración no notificada. Al no haber un procedimiento, la COFECO abrió un expediente, como

44 La legislación de competencia en los Estados Unidos de Norte América vigente que es de hace 128 años.

si fuera una investigación para indagar una práctica monopólica relativa o absoluta, para mediante ese expediente recabar la información, emitir un oficio de probable responsabilidad por realizar una concentración no notificada; sin embargo, una concentración no notificada no es una práctica monopólica absoluta o relativa, y al no estar tipificada, en teoría no podría seguir por el procedimiento de investigación que marca la ley, sino que tendría que ser un procedimiento sumario, en el que sin respetar las formalidades establecidas en el procedimiento de investigación, se sancionara a los agentes económicos que incurrieron en dicha falta administrativa, pues actualmente no existe disposición legal al respecto. Lo que hace pensar que el regulador podría hacer uso de ese cierto margen de autonomía para determinar un procedimiento *ex post* para esos casos, atendiendo a la complejidad técnica que presentan. Pues en el caso concreto, una de las cuestiones a las que se enfrentó el regulador es que para investigar y sancionar prácticas monopólicas o concentraciones prohibidas se tienen cinco años; sin embargo, el artículo que establece dicho plazo, no hace referencia a qué pasa cuando se trata de una concentración no notificada, es decir, en ese caso, ¿qué plazos correrían?, por qué podríamos hablar de un término de cinco años si fuera, por ejemplo, una obligación de los concesionarios o de los agentes económicos pasar a una revisión periódicamente en materia de competencia, pero en caso de que no haya esa revisión periódica, ¿cuál sería el parámetro que se va a tomar? ¿cuántos años?, o si se tiene que entender igual que son cinco años, igual que para prácticas monopólicas relativas o absolutas, siendo que esta no es una práctica monopólica, sino que simplemente sería una sanción administrativa, pues como nos señala Vermeule, en los casos menos complicados, los estatutos claramente delegan la autoridad a las agencias, más que a las Cortes, y la lógica legal es intachable. Sin embargo, aún donde los estatutos no son claros, los jueces llegan al punto de ver que, dada la existencia de agencias administrativas, el papel judicial no es de elaboración de decisiones, sino de revisión. Las preguntas naturales son, entonces, cuáles podrían ser los roles de las agencias y de las Cortes, si, y cómo, la revisión puede mejorar la elaboración de decisiones de las agencias, que es lo que agrega la revisión.⁴⁵

La función reguladora de la economía reside en varios centros de decisión, dando lugar a una administración policéntrica. Los reguladores conforman un conjunto de órganos que, independientemente de su tipo normativo, se identifican como cuerpos técnicos, que en sus autonomías realizan ya funciones de gobierno.

Los insumos básicos para realizar su función son las libertades y sus capacidades correctivas, constructivas y creadoras entre la libertad y la restricción, entre la actividad desregulada y la regulación. Tanto las libertades como la regulación tienen estatus constitucional, los artículos 25, 26, 27, y 28 tienen reglas claras y fines regulatorios económicos y sociales.

45 Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, p. 211-212.

En ese sentido no puede existir un solo estándar, pues estamos ante funciones coordinadas entre distintos órganos de gobiernos en los que cada una tiene distinta razón, si bien principalmente se está ante una nueva facultad reguladora de estos nuevos jugadores del esquema funcional de división de funciones, lo cierto es que las racionalidades dependerán de la función que para tal efecto estén ejerciendo, por ejemplo, en el modelo de Estado regulador.

En esta perspectiva de la deferencia Chevron, la pregunta básica que anima su principio de deferencia es si los jueces añaden valor, al inducir interpretaciones de la ley de las agencias, de una mayor calidad, previas a la revisión judicial, o, por el contrario, le restarán valor al desplazar interpretaciones de la ley de las agencias, bien informadas y razonadas, en favor de la propia estimación de los jueces del ‘verdadero’ significado del estatuto. La deferencia Chevron descansa, finalmente, en la preocupación de que tal desplazamiento de razonables estimaciones de las agencias por la determinación judicial plenaria, de hecho restará valor de todo el sistema institucional de toma de decisiones en el Estado administrativo porque los jueces carecen de una comparativa introspección en los valores públicos (racionalidad de la política de la rendición de cuentas de Chevron) y porque los jueces, a menudo, no entienden las consecuencias de interpretar los estatutos de una manera o de otra (racionalidad de pericia de Chevron).⁴⁶

El estado regulador, como concepto jurídico y político, surge ante la necesidad de normar actividades económicas complejas que por su naturaleza son dinámicas y maleables que atiende a necesidades muy específicas de una sociedad postindustrial que se enfrenta a estructuras de mercado complejas.

La implementación y funcionamiento de este esquema requiere que confluyan todos los actores del Estado en la implementación y funcionamiento de dicha política; en este sentido, el Poder Judicial tiene un papel fundamental en la implementación de la política y legislación correspondiente al estándar de revisión de las decisiones de la autoridad, concentrándose en la legalidad de la actuación de la autoridad.

Las autoridades de competencia son las principales implementadoras de esta política y, en la legislación, les son otorgadas facultades expresas para tal propósito, el Poder Judicial, como revisor del actuar de las autoridades, juega un papel fundamental en la implementación de la política de competencia pues, tal como dice la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) en 2013, “El correcto funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, al ejercer la función de control judicial, constituye un determinante indirecto para el desempeño económico”⁴⁷ pues con las decisiones judiciales se promueve una eficiente producción y distribución de

⁴⁶ Vermeule, Adrian, *Law's Abnegation*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, p. 212-213.

⁴⁷ OCDE, *La Resolución de asuntos de Competencia por Órganos de Jurisdicción Especializada y General. Balance de experiencias internacionales*, México, Secretaría de Economía, 2016, p. 1-120. Disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/Resolucion-competencia-organos-de-jurisdiccion-especializada-y-general-2016.pdf>. Consultado el 20 de junio 2018.

bienes y servicios, así como al asegurar dos prerrequisitos esenciales de las economías de mercado: la seguridad de los derechos de propiedad y el cumplimiento de contratos.

La maleabilidad de los mercados regulados encuentra una garantía de actuación eficiente, eficaz e innovadora en los órganos reguladores, cuya validez radica directamente de la Constitución y su legalidad, en la legitimación democrática de la Ley.

En ese sentido, el Poder Judicial es sumamente importante pues se enfrenta a un complejo sistema de normas y procedimientos que se basan en una política pública y, por lo tanto puede incluir objetivos y propósitos no económicos, tales como la garantía del debido proceso, lo cual se lleva a cabo a través de la protección de los derechos de las partes para asegurar la rendición de cuentas en los procesos administrativos, o para asegurar consistencia, desde la perspectiva jurídica, en las acciones de la autoridad que son revisadas por los Órganos Jurisdiccionales, su principal labor es que buscan asegurar el debido proceso como por ejemplo en el acceso a información del expediente, aplicar principios sustantivos o económicos, y aportar un cierto grado de flexibilidad.

Un estudio de la OCDE publicado en 2016 establece que, cuanto mayor sea la uniformidad en la interpretación legal en el ámbito de competencia económica, mayores serán la certidumbre y previsibilidad en el mercado, para lo cual se cita como ejemplo la jurisprudencia en la materia de competencia generada por la SCJN misma que promueve uniformidad y predictibilidad en las decisiones de los nuevos órganos jurisdiccionales especializados en competencia económica.

En este sentido, es importante que la SCJN fije estándares del estado regulador, para de esa manera los Tribunales Especializados tengan metodologías para resolver los problemas concretos, y de esa forma evitar que se siga queriendo que la Corte conozca de todo, y así optimizar el trabajo de la misma, como Tribunal Supremo, y aprovechar lo establecido en la Reforma Constitucional de 2013 para que los órganos judiciales especializados sean los encargados únicos de dirimir conflictos en esta materia. En ese sentido, aún queda pendiente que la SCJN resuelva nuevos casos, como el amparo en revisión 717/2016, pendiente de resolución en la Primera Sala y la controversia constitucional 2/2018, promovida por la COFECE, también pendiente de resolución por parte del Pleno de la SCJN, pues la mayoría de los precedentes que ha resuelto se han enfocado en temas de concurrencia entre poderes y se han ido sofisticando, como en el amparo en revisión 110/2015, en el que la Segunda Sala ahondó sobre los grados de densidad de dicha concurrencia. Por eso son importantes los estándares, porque son los que fijan las bases de la política judicial. En México, nadie ha puesto atención a los estándares; sin embargo, son una herramienta muy factible de control, que da certeza y seguridad jurídica y que permite dar ese control a la adjudicación judicial. Los estándares son una herramienta eficaz para coadyuvar con la implementación y revisión de políticas públicas. También son muy importantes porque son la única forma en la que se puede entender el diálogo jurisprudencial, permiten precisamente que se pueda dialogar entre diferentes latitudes, para homologar o converger los contenidos entre diferentes sistemas judiciales, cómo se han tratado diferentes figuras, o choques de

principios en otros sistemas, que si igual no tiene la misma indeterminación semántica, o el mismo contenido constitucional, pero sí tienen ciertos elementos que son precisamente gracias a los estándares que pueden tener en común y que, entonces, se pueden homologar y es lo que permite que se pueda dar este diálogo. Asimismo, lo más importante es que reducen los errores de adjudicación y permiten la labor judicial de una manera más ágil, que incluso se podría usar como una herramienta para sentar las bases y desahogar un poco la cantidad de trabajo que tienen en la Suprema Corte, y de esa manera se pudieran centrar como otras Cortes -como la de Estados Unidos- en un menor número de casos.

FUENTES DE CONSULTA

Libros

- Álvarez, Clara Luz, *Telecomunicaciones y Radiodifusión en México*, México, UNAM, 2018.
- Berman, Mitchell N., “La doctrina colombiana de la conexidad como regla constitucional de decisión” en Zamora Fabra, Jorge Luis, García Jaramillo, Leonardo, (coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, 2015.
- Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un Juez*, trad. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, FCE, 2017.
- Díaz Revorio, Francisco Javier. *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la Justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clase de la teoría y práctica*, trad. Claudia Ferrari, Barcelona, GEDISA, 1988.
- Gutiérrez Ortiz Mena, Alfredo, “Prólogo” en Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un Juez*, trad. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, FCE, 2017.
- Israel, Jerold H, Kamisar, Yale, LaFave, Wayne R., *Proceso Penal y Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica*, trad. Juan Luis Gómez Colomer, et. al., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.
- Jackson, Vicki C., Tushnet, Mark, (eds.) *Proportionality. New frontiers, new challenges*, Toronto, Cambridge University Press.
- Rodríguez Maldonado, Armando David, *Poder Ejecutivo y Estado Administrativo. El caso comparado de México y los Estados Unidos*, México, Tirant lo Blanch., 2014.
- Young, Katharine G., “Proportionality and equality” en Jackson, Vicki C., Tushnet, Mark, (eds.) *Proportionality. New frontiers, new challenges*, Toronto, Cambridge University Press, 2017.
- Vermeule, Adrian, *Law’s Abnegation*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, 254 p. Zamora Fabra, Jorge Luis, García Jaramillo, Leonardo, (coord.), *Filosofía del Derecho Constitucional. Cuestiones fundamentales*, México, UNAM, 2015.

Revistas

Álvarez, Clara Luz, “Preponderant Agent, what is that?”, en *Journal of Law and Regulation*, mayo 2015, vol. 1, núm. 1, p. 23-36.

- “Regulatory State and Judicial Decisions in Telecommunications in Mexico” en *The Law, State and Telecommunications Review*, mayo 2018, vol. 10, núm. 1, p. 15-36.

Berman, Mitchell N., “Constitutional constructions and constitutional decision rules: thoughts in the carving of the implementation space” en *Constitutional Commentary*, marzo de 2010, vol. 27, p. 39-69.

Berman, Mitchell N., “Constitutional decision rules” en *Virginia Law Review*, marzo de 2004, vol. 90, núm. 1, p. 1-168.

Bulygin, Eugenio, “Los jueces ¿crean Derecho?” en *Isonomía*, abril 2003, núm. 18, p. 7-25.

Caminker, Evan H., “Miranda and some puzzles of ‘Prophylactic’ Rules” en *U. Cin. L. Rev.*, 2001, vol. 70, no. 1, p. 1-29.

Cossío Díaz, José Ramón, “Reingeniería constitucional: Administración Pública” en *El Universal*, Sección Opinión, 22/05/2018. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/jose-ramon-cossio-diaz/nacion/reingenieria-constitucional-administracion-publica>.

García Sarubbi, David, “Modelo de estado regulador: su aparición en la jurisprudencia nacional” en *Art. 105. Dilemas de Control Constitucional*, 2016, núm. 1, p. 59-86.

Guastini, Riccardo, “Interpretación y construcción jurídica” en *Isonomía*, octubre de 2015, núm. 43, p. 11-48, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363643925005>.

Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución” en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), octubre-diciembre de 1994, núm. 86, p. 195-227.

Jackson, Vicki C., “Constitutional Law in an age of proportionality” en *Yale Law Journal*, 2015, vol. 124, núm. 8, p. 3094, 3097-98, 3102-05, 3094-3196.

- “Thayer, Holmes, Brandeis: conceptions of judicial review, factfinding and proportionality” en *Harvard Law Review*, 2017, vol. 130, p. 2348-2396.

Vanberg, Viktor J., “Mercados y regulación. El contraste entre el liberalismo de libre mercado y el liberalismo constitucional” en *Isonomía*, octubre de 2002, núm. 17, p. 79-116. Disponible en <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n17/1405-0218-is-17-00079.pdf>.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto vigente.
- Ley Federal de Competencia Económica. Texto vigente 27/01/2017.

Tesis Aisladas, Jurisprudenciales y Sentencias

- Tribunal Constitucional del Perú, sentencia N°0090-2004-AA/TC de 5 de julio de 2004.
- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de Inconstitucionalidad 26/2006, resuelta el 6 de mayo de 2007.
- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Controversia Constitucional 117/2014, resuelta el 7 de mayo de 2015.
- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 21/2011, resuelta el 9 de septiembre de 2013.
- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta el 2 de septiembre de 2013.
- Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 3508/2013, resuelto el 30 de abril de 2014.
- Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 952/2016, resuelto el 18 de octubre de 2017.
- Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1100/2015 resuelto el 16 de agosto de 2017.
- Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 217/2017 resuelto el 22 de noviembre de 2017.
- Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Conflicto Competencial 1/2014 resuelto el 5 de marzo de 2014.
- Tesis jurisprudencial 2a./J. 119/2015 (10a.), registro de IUS 2010928, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 26, Enero de 2016, Tomo II, Pag. 1322.
- Tesis jurisprudencial 2a./J. 84/2016 (10a.), registro de IUS 2012188, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II, Pag. 1092.
- Tesis aislada 1a. CCCXIX/2014 (10a.), registro de IUS 2007412, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo I, Pág. 592.



LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DISCURSO SIMBÓLICO EN LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE: UN ESTUDIO A PARTIR DEL CASO TEXAS v. JOHNSON (491 U.S. 397)

Por PABLO J. PEDRAZZI¹

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo el análisis de la sentencia emitida por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso Texas v. Johnson, a propósito del lenguaje simbólico, así como de los antecedentes y consecuencias de dicha resolución que culmina una largo itinerario de interpretación constitucional que ha influido en otros tribunales constitucionales y supranacionales.

SUMARIO: 1. PALABRAS PRELIMINARES. 2. CONTEXTO Y HECHOS DEL CASO. 3. PRECEDENTES RELEVANTES EN MATERIA DE EXPRESIONES SIMBÓLICAS BAJO EL AMPARO DE LA PRIMERA ENMIENDA. 4. LA SENTENCIA DEL CASO TEXAS V. JOHNSON. 5. ALGUNAS IMPLICACIONES POSTERIORES DEL CASO. 6. CONSIDERACIONES FINALES

1. PALABRAS PRELIMINARES

Para muchos antropólogos reconocidos el rasgo distintivo del ser humano es su capacidad simbólica, es decir, la manera de interpretar su propia vida y su entorno más allá del lenguaje hablado.² El derecho, producto decisivamente cultural, no puede prescindir de esta nota distintiva. El estudio que se presenta parte de la importancia que los diversos lenguajes simbólicos detentan a la hora de decidir jurídicamente si un comportamiento determinado debe ser considerado bajo la protección constitucional del derecho de libertad de expresión. Desde luego, muchos comportamientos humanos

1 Profesor de Teoría Constitucional y de Introducción al derecho administrativo, Universidad Lasalle, Ciudad de México. Maestrante en derecho constitucional por la Escuela Libre de Derecho.

2 Muchos antropólogos coinciden hoy día en que cuando hablamos de símbolos y de mentalidad simbólica nos encontramos frente a uno de los rasgos determinantes de lo que es el ser humano y, en general, la condición humana. En las relaciones específicamente humanas lo más característico no es el lenguaje verbal, sino la simbología, la comunicación simbólica. Mediante símbolos no comunicamos palabras sino algo mucho más importante: experiencias. Cfr. Martínez Medizábal, Ignacio, *El primate que quería volar. Memorias de la especie*, Barcelona, Espasa-Calpe, 2012, p. 176 y ss.

transmiten mensajes que pueden ser comprendidos y asimilados por otras personas aunque no se trate de un lenguaje hablado. ¿Estas formas de expresión deben ser garantizadas en un Estado Constitucional? La pregunta adquiere mayor importancia cuando las conductas simbólicas ocurren en espacios públicos y transmiten mensajes que tienen que ver con el acontecer político o social en un momento histórico preciso.

Conscientes del diálogo jurisprudencial que caracteriza el mundo jurídico global, la experiencia jurídica estadounidense ofrece varias coordenadas para responder estas cuestiones, sobre todo, por el delicado análisis que el juez constitucional debe efectuar cuando están de por medio derechos y principios de un hondo calado emotivo, histórico y democrático. En una senda no exenta de vacilaciones, el recorrido somero que efectuaremos a través de algunos precedentes de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos nos permitirá captar cómo el juez constitucional tiene un papel determinante en la salvaguarda del proyecto auténtico que caracteriza un Estado que se precia estar fundamentado en los derechos de las personas, en su reconocimiento y defensa. Ni siquiera valores tan entrañables para muchos como la bandera nacional, pueden impedir que las personas puedan usarla como instrumento de protesta frente a una manera de gobernar contraria a su visión acerca del Estado y la justicia.

Un caso típico de confluencia de diversos intereses relevantes para el derecho fue la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el año de 1989 a favor del señor Gregory Lee Johnson. Esta decisión, cuyas consecuencias jurídicas y políticas no se han esfumado en la actual sociedad americana, nos permitirá demostrar el papel de los juzgadores en la actualización de los grandes valores que fundan un orden constitucional, a pesar de las resistencias y de una opinión pública no tan favorable, en aras de hacer efectivo en la historia un derecho fundamental tan relevante y esencial en una democracia como es la libertad de expresión.

Bajo este imperativo el primer apartado se dedica a presentar los hechos que originaron el caso y que por su proximidad en el tiempo no son parte de una historia extraña. En un segundo momento se presenta un estudio tanto de la identidad constitucional norteamericana como del sentido de la interpretación constitucional para poder comprender mejor los procedimientos de decisión inmersos en la sentencia.

En el tercer punto se pretende presentar con una cierta amplitud los principales precedentes que permitieron desarrollar a la Corte una doctrina sobre la expresión simbólica y sus posibles restricciones sin los cuales no se puede entender el contenido de la resolución objeto de este trabajo.

Solamente en un cuarto momento se comenta el contenido de la sentencia relacionándolo con los precedentes y con otros casos análogos, estableciendo las principales líneas doctrinales que se propusieron. El efecto social de la sentencia nos permite dedicar el quinto apartado al estudio escueto de otra importante resolución: *United States v. Eichman* y a las reacciones políticas del momento, para estar en grado, al final, de proponer una conclusión.

2. CONTEXTO Y HECHOS DEL CASO

Es pertinente establecer el contexto que dio origen a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos materia de este estudio. Del 20 al 24 de agosto de 1984 se celebró en la ciudad de Dallas, Texas, la Convención Nacional del Partido Republicano, cuyo objetivo principal era la proclamación de Ronald W. Reagan y de George R. Bush como candidatos a la presidencia y a la vicepresidencia de los Estados Unidos para un segundo período. La narración periodística del enviado del diario español *El País*, Ramón Vilaro, nos permite situarnos en el ambiente emocional que envolvía aquella asamblea:

La convención republicana debutó ayer, lunes, con plegarias, himnos patrióticos y despliegue de banderas nacionales, junto a los eslóganes de “Reagan-Bush”. Estaba previsto para esta primera jornada de convención -que reúne a 2.235 delegados (4.00 con los suplentes), más unos 7.000 invitados y cerca de 10.000 periodistas.³

La agenda política norteamericana se movía entre diversos temas: déficit público, la crisis de Líbano, la invasión a Granada, el endurecimiento de la guerra fría con la Unión Soviética, la crisis centroamericana, el armamentismo nuclear, la instalación de misiles en Europa Occidental, etcétera. Pero, al mismo tiempo, se percibía en la sede de la Convención y en las inmediaciones un notable despliegue de seguridad. Nuevamente, Ramón Vilaro, narraba la otra cara del entusiasmo republicano:

La policía de Dallas, los agentes del Buró Federal de Investigación (FBI) y del servicio secreto no discriminan en Dallas a la hora de velar por las medidas de seguridad de la convención nacional republicana. Así pudo comprobarlo el popular líder del grupo musical The Beach Boys, Brian Wilson, detenido el pasado domingo por la policía junto a otros dos técnicos del grupo por haber traspasado sin credenciales el recinto del centro de convenciones de Dallas, foro donde se reúne la convención republicana. Wilson fue detenido durante unas horas y debió pagar 200 dólares (unas 32.000 pesetas) de fianza antes de pasar en los próximos días un juicio por “violación de medidas de seguridad.”⁴

La descripción periodística que nos sirve de referencia también hace ver el amplio despliegue de seguridad en toda la ciudad y la dureza que caracterizaba a la policía de Dallas:

3 Vilaro, Ramón, “La convención republicana se inauguró ayer bajo el lema de que los norteamericanos viven mejor ahora que hace cuatro años”, *El País*, martes 21 de agosto de 1984, en https://elpais.com/diario/1984/08/21/internacional/461887217_850215.html (7 de abril de 2018).

4 “Irónicamente, como se deja ver en la nota periodística, Brian Wilson y los demás integrantes de *The Beach Boys*, eran pro-republicanos, defensores de los valores tradicionales de América y habían ofrecido un concierto el sábado 18 de agosto en Dallas, como parte del ambiente festivo previo a la Convención Republicana. Cfr. Vilaro, Ramón, “Los republicanos cierran filas en torno a Ronald Reagan. Medidas extremas de seguridad”, *El País*, martes 21 de agosto de 1984, en https://elpais.com/diario/1984/08/21/internacional/461887204_850215.html (7 de abril de 2018).

Los manifestantes anti-Reagan han sido instalados en la *ciudad tienda* a orillas del río Trinidad, desde donde organizan sus protestas por las políticas calificadas de antisociales o las que denominan ‘asesinas’, como es el caso del apoyo que la Administración Reagan presta a los países dictatoriales de Centroamérica. Con pancartas que piden ‘manos fuera de Centroamérica’. Horas antes de la manifestación contra la política de Reagan en Centroamérica, los veteranos de la guerra de Vietnam protestaban también porque la Administración no investiga suficientemente la eventual existencia de desaparecidos norteamericanos en la contienda. Todo en un ambiente tranquilo y vigilado.⁵

En esta compleja tesitura aparece el protagonista del caso que nos ocupa. Se trata de Gregory Lee Johnson, un activista entre cientos, que protestaba contra las políticas del gobierno Reagan ya señaladas y contra algunas corporaciones de Texas que las apoyaban. Al final de la manifestación en la que participaba, Johnson quemó una bandera estadounidense frente al edificio de la alcaldía de Dallas. En tanto, los manifestantes gritaban: “*America, the red, white and blue, we spit on you*”.⁶ Las personas que no eran parte de la protesta -simpatizantes republicanos- se sintieron profundamente ofendidos por el acto y acusaron a Johnson que fue detenido en esa ocasión. Cabe agregar que el acto incendiario y la gritería que le acompañaba no causaron alteración del orden público salvo, claro está, el impacto que se causó en los espectadores y que se sintieran ofendidos.⁷

Johnson fue procesado y sentenciado a una pena privativa de la libertad de un año y al pago de una multa de 2000 dólares. Su conducta estaba tipificada en el Código Penal de Texas como “profanación de monumento público, objeto sagrado, de lugar de culto o de sepultura, o de la bandera estatal o nacional”. El Código texano entendía la profanación como: “cometer un daño a sabiendas de que ello ofenderá a quienes puedan ser

5 *Idem*.

6 Urrutia Vélez, José Manuel, “La quema y profanación de banderas: análisis del tratamiento que recibe este tipo de expresión en Estados Unidos, Alemania y España”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, San Juan de Puerto Rico, volumen 65, número 1, 1996, p. 182.

7 Es interesante referir el testimonio que el propio Lee Johnson ofreció sobre los hechos en una entrevista con motivo del 25° aniversario de la sentencia que estudiamos: “Nuestra protesta en Dallas era ruidosa y desafiante, se hizo una ‘Gira de Arcas de Guerra’ que desfiló en frente de todas esas oficinas centrales de corporaciones y denunció los vínculos entre esas corporaciones y el saqueo imperialista yanqui en el tercer mundo, su apoyo al apartheid en Sudáfrica, los contratistas militares y toda la cosa. Y luego quemamos la bandera estadounidense en frente del centro de convenciones. Fue toda una yuxtaposición del chovinismo rojo, blanco y azul, y al desafiarlo, nuestra solidaridad con el pueblo del mundo. La policía arrestó como a cien personas. A algunas nos acusaron de cargos más pesados, como la quema de la bandera. Unos meses más tarde me llevaron al juicio, me declararon culpable y me sentenciaron a un año de cárcel y una multa de \$2.000. Me acuerdo que el fiscal recomendó al jurado que me aventaran lo máximo para hacer de mí un escarmiento: Si vienen a Dallas y queman la bandera, van a pagar por ello.” Cfr. “Entrevista a Joe Johnson”, *Periódico Revolución. La voz del Partido Comunista Revolucionario de los Estados Unidos*, no. 344, 10 de julio de 2014, en <http://revcom.us/a/344/joey-johnson-25-anos-despues-del-fallo-de-la-suprema-corte-sobre-la-quema-de-la-bandera-es.html> (6 de abril de 2018).

testigos o lo descubran”.⁸ La defensa de Johnson apeló la decisión judicial de primera instancia ante el Tribunal de Apelaciones Penales del 5° Circuito de Texas, el cual, revocó la resolución señalando que la acción expresiva de Johnson entraba bajo la protección de la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. El estado de Texas recurrió entonces la sentencia de alzada ante la Suprema Corte de Justicia. Bajo esta senda fáctica y procesal, el Tribunal Supremo estadounidense tuvo la oportunidad de estudiar y decidir un caso emblemático de la justicia constitucional comparada.

3. PRECEDENTES RELEVANTES EN MATERIA DE EXPRESIONES SIMBÓLICAS BAJO EL AMPARO DE LA PRIMERA ENMIENDA

A. Constitucionalismo norteamericano e interpretación judicial

Una vez que hemos situado el contexto y los hechos y antes de entrar en los razonamientos judiciales que permitieron a la Suprema Corte resolver el caso *Texas v. Johnson* es pertinente recorrer el camino previo que había efectuado dicho tribunal y que de alguna manera le brindó los fundamentos de solución, no sin haberlos superado como se argumentará después.

Sin embargo, antes de esbozar dichos precedentes nos parece útil hacer un repaso somero, en primer lugar, sobre el sentido histórico del constitucionalismo norteamericano y, enseguida, de la interpretación constitucional que lo ha permeado desde su comienzo.

Siguiendo la magnífica relación histórica de Maurizio Fioravanti sobre los tipos de constitucionalismos modernos, la Carta Constitucional de 1787 se caracterizó por la convivencia entre el individualismo de matiz *iusnaturalista* y un historicismo que sabe ver continuidades en las largas duraciones temporales. En efecto, la tradición constitucional americana parte de la prioridad de los derechos naturales individuales sobre los poderes públicos y la garantía de ello es el documento fuerte constitucional que se impone contra cualquier pretensión soberanista del legislador. Al mismo tiempo, a diferencia de lo acontecido en el proceso revolucionario francés que fue esencialmente anti-histórico al pretender finiquitar de una vez para siempre el *ancien regime* y fundar un nuevo hombre y una nueva sociedad, el constitucionalismo americano rompe con Inglaterra y, sobre todo, con el parlamento soberano por traicionar el patrimonio histórico de los derechos y libertades que exigía, entre otras cosas, el consentimiento de los súbditos para imponer cargas tributarias. En el fondo, está claro que la herencia histórica participativa no se anulaba: se defendía. En cambio, el tercer tipo

8 La sección 42.09 del Código Penal de Texas tipificaba la profanación (*desecration of Venerated Object*) cuando: “*a person commits an offense if he intentionally or knowingly desecrates... a state or national flag*”; y añadía: “*desecrate means deface, damage or otherwise physically mistreat in a way that the actor knows will seriously offend one or more persons likely to observe or discover his action*”. Cfr. Urrutia Vélez, José Manuel, op.cit., p. 182.

de constitucionalismo que Fioravanti denomina estatalista, busca la unión nacional y la garantía de derechos y libertades a partir del legislador democrático y soberano que, a través del instrumento guía de la ley abstracta, general e impersonal, es capaz de colocar a los individuos en situación de igualdad efectiva. Es evidente que el principio de rigidez constitucional americana aunado a la sucesiva concientización de la supremacía de la Constitución tenderá a mantener controlado el Poder Legislativo y su voluntad soberana.⁹ El modelo constitucional americano, entonces, armoniza el *ius-naturalismo* individualista con el historicismo, pero claramente excluye el estatismo soberano, eje fundamental del modelo constitucional europeo del siglo XIX y de las primeras décadas del siglo XX.¹⁰

Es obvio que la vertiente de los derechos individuales y la de la tradición histórica anglosajona fueron tomando su propio curso en el devenir constitucional americano y se modificaron a tal punto de representar un modelo constitucional propio. El historicismo no se quedó en un conjunto de modelos escritos de diferentes épocas celosamente guardados y reverenciados a través de la tradición y la jurisprudencia como acontecía en Inglaterra; sino que evolucionó hacia un texto orgánico de compleja modificación y que puede oponerse contra cualquier actuación del gobernante que se estime ilegítima. Los derechos individuales, por su parte, no le deberán como en Europa toda la reverencia al Estado como poder soberano y emancipador de los poderes políticos y sociales del antiguo régimen y, que, por eso, era la instancia justa para garantizarlos. Al ser Estados Unidos una nueva nación y un nuevo Estado no tiene que luchar una guerra revolucionaria de liberación contra los distintos poderes existentes, ni tiene que extinguir ningún antiguo régimen. Por eso, termina destacando Fioravanti: “es capaz de afirmar de manera más clara la *preestatalidad de los derechos* que la revolución sitúa en una dimensión que puede definirse como *histórico-natural*”.¹¹

¿Y qué sucede con el texto constitucional y sus enmiendas? No es difícil comprender que en lo que respecta al poder constituyente, el modelo americano haya dado un paso significativo con respecto a Europa. Mientras que el ideal democrático estatista apostó por la omnipotencia del legislador como depositario del mandato de los ciudadanos, los constituyentes norteamericanos con su propia experiencia del despotismo del Parlamento inglés y de los legisladores de los estados nacientes y que ahora buscaban la unión, optaron por la mejor práctica del antiguo sistema de equilibrios británicos que se puede vislumbrar sobre todo en la independencia del Poder Judicial y en la autonomía del Ejecutivo y su capacidad de veto.

9 Cfr. Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*, 7a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2016, pp. 70-77.

10 *Ibidem*, p. 77. “Sobre este plano, historicismo e *iusnaturalismo* individualista se acercan hasta confundirse y se convierten en una única doctrina de los *Rights*, de la prioridad de los derechos sobre los poderes públicos”.

11 *Ibidem*, p. 78.

El Poder Constituyente como será entendido por los americanos no se parece al Constituyente jacobino galo depositado en el pueblo soberano que, en cualquier momento, puede ejercer su soberanía y darse sin más una nueva Constitución teniendo poco respeto por los poderes constituidos. La idea norteamericana del Poder Constituyente dota al pueblo de una autoridad superior a la de los legisladores, retirándoles, como afirma Fioravanti, toda atribución soberana y subordinando sus leyes a un texto claro, rígido y supremo: la Constitución. Evidentemente la mayor garantía que posee el texto constitucional será su rigidez, es decir, la dificultad de su procedimiento de reforma y, por ende, su supremacía frente al arbitrio legislativo. Si, en la experiencia constitucional continental europea del siglo XIX, prevalece la idea del Poder Constituyente como del sujeto –pueblo o nación– que es capaz de decidir sobre la constitución; en el constitucionalismo americano, el Poder Constituyente se encarna en la propia constitución que, como fuente suprema del derecho, garantiza los derechos y las libertades frente a los poderes públicos, comenzando, nada menos, que con el legislador.¹²

Precisamente, el procedimiento formal de reforma constitucional en Estados Unidos se contiene en el artículo quinto y supone, sin duda, una complejidad en cuanto a las mayorías exigidas.¹³ Aun cuando los hacedores del texto constitucional americano garantizaban la supremacía constitucional como ya se explicó a través de un procedimiento rígido y diverso a la modificación meramente legislativa, queda claro que el texto no podía pretenderse inmóvil ante los vaivenes de la historia: por eso se previó su enmienda. No obstante, la misma complejidad y desgaste que supone el procedimiento reformador, dio pie entre otras causas, a buscar otros caminos de modificación constitucional sin alterar el texto normativo. Como señala Enrico Pascucci: “así, la historia nos ha demostrado que la interpretación constitucional puede conseguir casi los mismos resultados que la reforma constitucional y, además, con un esfuerzo menor que el que esta requiere.”¹⁴

12 *Ibidem*, pp. 83-85.

13 El artículo quinto de la Constitución estadounidense contempla dos fases en la reforma del texto fundamental: la primera corresponde a la propuesta de enmienda y la segunda a la ratificación de la enmienda. En la primera fase pueden suceder dos hipótesis: que la propuesta sea efectuada por las dos terceras partes de ambas Cámaras (Representantes y Senado); o bien, a propuesta de las dos terceras partes de las Legislaturas de los estados, el Congreso puede convocar a una convención que realice la propuesta. En la segunda fase, se requiere la ratificación de las tres cuartas partes de las legislaturas de los estados. También existe la posibilidad de que el Congreso decida que la ratificación sea efectuada por convenciones reunidas en cada estado para lo cual también se requiere las tres cuartas partes para la ratificación. De esta manera, la Constitución norteamericana bajo el procedimiento rígido de reforma ha sufrido 27 enmiendas entre 1791 y 1992. La primeras 10 enmiendas fueron aprobadas conjuntamente en diciembre de 1791 y constituyen la Carta de Derechos, “*Bill of Rights*”. Sobre el proceso histórico y justificativo de cada una de las enmiendas, es útil el texto de Pascucci de Ponte, Enrico, “Introducción a la reforma de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica”, *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Universidad Alfonso X El Sabio, Madrid, volumen 2, 2004, pp. 20-24.

14 *Ibidem*, p. 12.

Desde muy temprano los grandes “fundadores” del Estado norteamericano se dieron perfecta cuenta de la necesidad no solamente de que el texto constitucional fuera observado por todos, sino de desentrañar su significado. En la conocida intervención de Alexander Hamilton en *The Federalist* (78) quedaba claro no solamente la necesidad de la hermenéutica constitucional, sino del papel de los jueces en la misma.¹⁵

No es este el lugar para esbozar el proceso histórico que implicó la consolidación del control judicial de la Constitución. Sin embargo, no es ocioso dejar de lado algunas ideas generales que en los últimos años se han vertido sobre la interpretación constitucional para dar paso al análisis de los precedentes de nuestro caso.¹⁶

La labor hermenéutica de un texto constitucional conlleva situarse en tiempos distintos. Por un lado, siguiendo en esto a Aharon Barak,¹⁷ no se puede comprender el pre-

15 Precisamente Hamilton se enfrenta al cuestionamiento de si la interpretación judicial de las leyes supondría la supremacía del Poder Judicial frente a los otros poderes, especialmente, el Legislativo. Vale la pena transcribir algunos párrafos emblemáticos que ilustran el sentido común de Hamilton, la visión que ya explicamos sobre el Poder Constituyente y, lo más relevante, la necesidad de interpretar el significado de la Constitución: “quien considere con atención los distintos departamentos del poder, percibirá que en un gobierno en que se encuentren separados, el judicial, debido a la naturaleza de sus funciones, será siempre el menos peligroso para los derechos políticos de la Constitución, porque su situación le permitirá estorbarlos o perjudicarlos en menor grado que los otros poderes. El Ejecutivo no sólo dispensa los honores, sino que posee la fuerza militar de la comunidad. El legislativo no sólo dispone de la bolsa, sino que dicta las reglas que han de regular los derechos y los deberes de todos los ciudadanos. El judicial, en cambio, no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro; no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos.” Y añade un párrafo central para comprender la justificación de la interpretación judicial de las leyes y, desde luego de la Constitución: “Si se dijere que el cuerpo legislativo por sí solo es constitucionalmente el juez de sus propios derechos y que la interpretación que de ellos se haga es decisiva para los otros departamentos, es lícito responder que no puede ser ésta la presunción natural en los casos en que no se colija de disposiciones especiales de la Constitución. No es admisible suponer que la Constitución haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriese que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. *Vid. The Federalist*, No, 78, *Independent Journal*, 1788, en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html, (2 de marzo de 2018).

16 Sobre el famoso caso *Marbury vs. Madison* fallado en 1803 por el célebre John Marshall, Stephen Breyer escribe: “Marshall reprodujo la teoría de Hamilton en un fallo judicial, convirtiéndola así en ley de observancia general. Al lograrlo, superó enormes obstáculos tanto institucionales como políticos”. *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, trad. de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, Fondo de Cultura Económica, 2017, p. 51.

17 *Un juez reflexione sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*, trad. de Estefanía Vela Barba, México, Suprema Corte de Justicia, 2008, p. 63.

sente, sin comprender el pasado. Es importante acudir al sentido histórico del texto, a la intención de sus hacedores: qué quisieron defender, salvaguardar, reconocer. Al mismo tiempo, el intérprete se sitúa ante una realidad presente con exigencias, valores, visiones, intereses; una realidad que muta, que ya no corresponde frecuentemente con la realidad existente al tiempo de elaboración del texto. Se trata de una hermenéutica sin adjetivos como sostiene el historiador del derecho y actual presidente de la Corte Constitucional de Italia, Paolo Grossi, en la que el texto no es una realidad autosuficiente, sino incompleta y que para llegar a ser plena y cumplida, requiere de la comprensión del intérprete.¹⁸ En pocas palabras, la labor interpretativa es una intermediación entre la inmovilidad del texto y las condiciones y convicciones actuales del intérprete. El derecho, sugiere Grossi, está inmerso en la dialéctica de los tiempos, dialéctica entre la disposición normativa y la interpretación, entre aquella y la experiencia jurídica, la realidad histórica. El texto constitucional se completa, se hace vigente en realidad cuando es interrogado, cuando se complementa con los contenidos emergentes de la experiencia social a la que se debe dar una respuesta concreta: “la interpretación/aplicación, quitándole a la disposición su generalidad y abstracción, la hace emerger en lo concreto de la historia, la hace historia viviente, la hace derecho”.¹⁹

También Stephen Breyer coincide en que los jueces constitucionales al enfrentarse con un texto ambiguo o complejo: “deben mantenerse fieles al texto y ‘reconstruir’ las soluciones del pasado ‘imaginativamente’ para aplicarlas a las circunstancias del presente, al tiempo que proyectan los propósitos (o valores) que inspiraron esas soluciones, para ayudar a resolver el problema actual”.²⁰ En la dialéctica temporal que señalábamos antes es importante tomar en cuenta el equilibrio entre lo que Barak define como los propósitos subjetivos y objetivos de los textos constitucionales. Los creadores del texto constitucional tuvieron, sin duda, razones cruciales, pragmáticas incluso, para haber establecido determinadas disposiciones en vez de otras; pero también existe la parte objetiva: la intención hipotética que un autor razonable querría que se cumpliera a tra-

18 Cfr. Grossi, Paolo, *Prima Lezione del Diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 107-112.

19 *Ibidem*, p. 108. Grossi cita una sentencia relevante de la Corte Suprema de Casación italiana del año 1994 (Cass Civ Sez Un. 2 agosto 1994, n. 7194) en la que se incluye el *diritto vivente* como categoría orientadora para el resto los tribunales de justicia ordinaria de aquel país: “*in continua evoluzione che risulta più o meno differenziato dall’originario significato della disposizione scritta introdotta in una certa epoca dal legislatore*”. *Ibidem*, p. 111. La sentencia referida por Grossi se sitúa en torno a un proceso de desarrollo jurisprudencial que llega a distinguir entre la disposición que es el precepto o texto aún no confrontado con la labor hermenéutica y la norma, que resulta ser el texto que ha sido sometido a un ejercicio interpretativo relevante. En México, cuando el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió sobre la vinculación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos en los que el Estado mexicano no hubiere sido parte, utilizó la distinción disposición-norma señalando que la norma alude al “significado” atribuido al texto objeto de interpretación y concluyendo que: “se trata de una importante distinción bastante extendida tanto en la teoría del derecho, como en la dogmática constitucional y la jurisprudencia constitucional comparada”. Contradicción de tesis 293/2011, p. 57, nota no. 44, en <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/2932011PL%20CT%20Ejecutoria.pdf> (4 de abril de 2018).

20 *Op.cit.*, p. 142.

vés de un texto jurídico y, más profundamente, la realización de los valores esenciales del ordenamiento jurídico en cuestión.²¹ En una constitución como la norteamericana según se apuntó antes, la rigidez implica un procedimiento de reforma bastante complejo, mientras que el cambio social no espera muchas veces el consenso político o la obtención de mayorías calificadas. De ahí la trascendencia de la interpretación judicial. No se trata solamente de respetar el pasado, sino de responder a las necesidades del presente e “imaginar” el futuro, cumplir con una cierta función proyectiva. William J. Brennan, *justice* de la Suprema Corte de Estados Unidos que fue ponente en el caso objeto de este estudio, señalaba con razón:

*But the ultimate question must be what of the words in the text mean in our time? For the genius of the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems and current needs.*²²

Y agregaba en torno a la dialéctica de los tiempos:

*What the constitutional fundamentals meant to the wisdom of other times cannot be their measure to the vision of our time. Similarly, what those fundamentals mean for us, our descendants will learn cannot be their measure to the vision of their time.*²³

Obviamente no todos los jueces de la Suprema Corte americana, ni tampoco toda la élite jurídica comparten la visión que en palabras de Barak se traduce en privilegiar los propósitos objetivos de los subjetivos. Algunos jueces constitucionales, observa Barak, han preferido el elemento subjetivo, es decir, le han apostado más a desentrañar las intenciones de los constituyentes que a determinar los elementos objetivos que fluyen del propio ordenamiento constitucional.²⁴

21 Cfr. Barak, Aharon, *op.cit.*, pp. 61-62.

22 Brennan, William J. Jr, “Construing the Constitution”, *UC Davis Law Review*, Davis, California, 1985, v. 19, p. 7, en <https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/19/1/> (7 de marzo de 2018).

23 *Idem.*

24 Cfr. Barak, Aharon, *op.cit.*, p. 67. Un claro representante de los jueces que atienden al elemento subjetivo fue Antonin Scalia, defensor de la llamada interpretación originalista. Según ésta, el juez no debe ir más allá de lo que señala el texto y el entendimiento público del mismo que no es otra cosa que el entendimiento que las “personas razonables” tenían sobre las palabras del texto al momento que fueron enunciadas. Obviamente el razonamiento de Scalia daría un mayor peso al legislador democrático al ver con desconfianza la discrecionalidad judicial y la presencia del derecho viviente como categoría jurídica propia que hace de los jueces verdaderos protagonistas del devenir jurídico al mediar entre el texto y los valores y demandas presentes de la sociedad. Cfr. Scalia, Antonin y Bryan A. Garner, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thomson/West, 2012, p. 16. Scalia, quien fue nominado por el presidente republicano Ronald Reagan en 1986, murió en un rancho de Texas entre el 13 y el 14 de febrero de 2016, siendo considerado como un representante del conservadurismo judicial. Sin embargo, no todos los votos de Scalia podrían ser considerados como “conservadores”. El caso que analizamos es un ejemplo en el que votó a favor del proyecto de Brennan y por lo tanto en favor de Johnson.

Nos resta señalar, antes de entrar en los precedentes relevantes en torno al *caso Texas v. Johnson*, que la visión americana de la interpretación judicial no deja a un lado la seriedad de los razonamientos que la originan. No estamos, pues, frente al arbitrio jurídico ni frente a mudanzas descontroladas. El transitar de la hermenéutica entre pasado, presente y futuro, exige la fijación de un criterio que como norma viva se mantenga y esté vigente en el tiempo, que sirva para resolver casos futuros. El caso que analizamos es un ejemplo de lo anterior según veremos más adelante cuando en el caso *United States vs Eichman*, la Corte declaró inconstitucional la llamada *Flag Protection Act* aprobada por el Congreso en reacción contra la sentencia objeto de este estudio. Justo aquí debemos rememorar la doctrina anglosajona del *stare decisis* que permite a la sentencia sentar un precedente vinculante para otros tribunales que en el futuro resuelvan cuestiones análogas. No se trata solamente de la parte resolutive, sino, lo más relevante, de los razonamientos mismos. Burt Neuborne escribe con razón:

Así, la doctrina de *stare decisis* proyecta la decisión judicial hacia el futuro, tanto en el tiempo como en el espacio. En el tiempo, sirve para vincular a futuros jueces al resultado del caso y al razonamiento necesario para llegar al mismo. En el espacio, invita a futuros jueces a extender el alcance de la decisión inicial, por analogía, a nuevos casos que sean aplicaciones lógicas del principio subyacente en el primer caso.²⁵

La justicia constitucional americana no se enfrenta solamente con un texto puro y duro, con un mineral en estado natural, sino con un metal bastante pulido, es decir, con un conjunto de interpretaciones variadas a lo largo del tiempo que representan el punto de partida para poder enfrentarse al caso.

Como sostiene Neuborne, la doctrina del *stare decisis* no significa una subsunción, una aplicación mecánica y artificial, sino que: “el desafío judicial de leer los casos pasados y de derivar la mejor lectura fundamentada de los mismos, basada en principios permanentes, es un reto lingüístico y político del más alto nivel”.²⁶ También es verdad que los precedentes constituyen un punto de partida para perfeccionar una doctrina constitucional como, por ejemplo, la de las expresiones simbólicas. En palabras de nuevamente de Neuborne: “lo observa (se refiere al juez frente al texto constitucional) a través del prisma de una serie de interpretaciones judiciales vinculantes que le confieren un conjunto de significados presumibles fundamentados y proporcionan la matriz intelectual en el seno de la cual se resuelve cada caso concreto”.²⁷

Por otra parte, aunque las decisiones judiciales tienden a permanecer y a regir en futuros casos, tampoco puede afirmarse que el precedente deba ser entendido como inmodificable: sería finiquitar la misma labor interpretativa de los jueces. El paso del

25 *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, trad. de Montserrat Cuchillo Foix, Madrid, Civitas, 1995, p. 58.

26 *Ibidem*, pp. 59.

27 *Ibidem*, p. 58.

tiempo, sostiene Breyer, puede evidenciar que una regla en un caso estaba mal determinada desde el comienzo; también el paso inexorable del tiempo puede hacer ver que un precedente resulta incluso nocivo y que por ende ha llegado el momento de abandonarlo. Un ejemplo emblemático fue el caso *Brown vs Board of Education* que superó el terrible precedente de *Plessy vs. Ferguson* que legitimaba la llamada doctrina de “separados pero iguales” en cuanto permitía a los estados segregar a la población negra siempre que se les proveyera de los mismos servicios que a los blancos.²⁸

B. Precedentes relevantes del caso Texas v. Johnson

El texto de la primera enmienda constitucional estadounidense es escueto:

*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*²⁹

Son muchos los faltantes que podemos entrever del texto. Se limita a prohibir al Congreso la expedición de leyes que limiten la libertad de expresión y de prensa. La prohibición no alcanzaría al Ejecutivo mediante reglamentos, ni a los estados de la Unión; por supuesto nada dice sobre el derecho fundamental a recibir información. Tampoco se define qué es limitar o restringir ambas libertades, ni mucho menos qué significan. Solamente son 14 palabras protectores de estas libertades. La historia de la vigencia de la Primera Enmienda en cuanto a las libertades de expresión y de prensa tampoco es muy halagüeña. Durante casi 140 años de vigencia no recibió un tratamiento relevante por parte de la Suprema Corte. Como anota Neuborne, fue hasta 1927 cuando la Corte revocó una sentencia condenatoria contra políticos radicales que apoyaban la revolución industrial con base en la libertad de expresión: se trata del caso *Friske vs. Kansas*.³⁰

La historia política estadounidense tampoco fue muy afortunada en cuanto a la importancia y respeto por las libertades de expresión y de prensa. Baste pensar en el tratamiento que se les dio a los que se oponían a la participación de Estados Unidos en la Primera Guerra, o a los profesores que en los años veinte enseñaban la teoría de la evolución en las escuelas públicas, o más recientemente, toda la era de censura que caracterizó el llamado macartismo de los años cincuenta.³¹

Como ya se apuntó fue en los años veinte cuando realmente la jurisprudencia constitucional americana inicia la construcción de una doctrina sólida sobre el derecho de

28 Breyer, Stephen, *op.cit.*, pp. 227-228.

29 <http://constitutionus.com> (3 de marzo de 2018).

30 Cfr. Neuborne, Burt, *op. cit.*, p. 61.

31 *Ibidem*, pp. 61-64. Es interesante la exposición que hace Neuborne sobre las teorías que fueron formuladas para determinar por qué era necesario proteger la libertad de expresión por encima de todo.

libertad de expresión en todas sus aristas y dimensiones. Era necesario dada la historia de censura política y la frugalidad del texto de la Primera Enmienda. Justamente la represión política posterior a la conclusión de la Primera Guerra Mundial dio pie a través de votos particulares de *justices* tan recordados como Oliver Wendell Holmes y Louis D. Brandeis a una toma de conciencia y subsiguiente desarrollo jurisprudencial de la protección y alcances de la libertad de expresión.³²

Con estos antecedentes analicemos los precedentes más importantes de nuestro caso que forman parte de todo el desarrollo jurisprudencial que se ha desarrollado en Estados Unidos en los últimos noventa años.

Como apunta José Manuel Urrutia Vélez, hasta la década de los treinta el entendimiento judicial sobre el alcance de protección de la Primera Enmienda se circunscribía a la expresión oral o escrita. No existía en la conciencia de los jueces algún otro tipo de lenguaje expresivo que pudiera pensarse bajo la cobertura constitucional.³³ Refiriéndose al derecho de libertad de expresión en España, Luis María Díez-Picazo hacía ver que el problema de contemplar otro tipo de expresiones bajo la protección constitucional partía de que el paradigma de la libertad de expresión venía dado por el mensaje verbal (oral o escrito) sobre asuntos políticos. Lógicamente, a medida que nos alejamos de este paradigma por tratarse ya sea de expresiones no verbales o que no versen sobre cuestiones políticas parecería dudoso si están bajo la protección constitucional.³⁴ Justamente aquí podemos situar el supuesto de las expresiones simbólicas *-symbolic speech-* en las que sin utilizar palabras o escritos, se emplean imágenes, gestos o signos cuyo propósito principal sería la transmisión de un mensaje.

El primer precedente en el que la Suprema Corte reconoció a la expresión simbólica bajo la protección constitucional fue el caso *Stromberg v. California* fallado el 18 de mayo de 1931 bajo la opinión del *justice* Charles Evans Hughes. El origen de la controversia fue el artículo 403 (a) del Código Penal de California que condenaba: *“displaying a red flag in a public place or in a meeting place(a) as a sign, symbol or emblem of opposition to organized government”*. La vaguedad de esta frase justificó que fuera declarada inconstitucional, ya que, como la misma Suprema Corte sentenció:

The first clause, condemning display of a flag “as a sign, symbol or emblem of opposition to organized government,” construed by the state court as possibly

32 *Ibidem*, pp. 64-65. Oliver Wendell Holmes Jr, uno de los más grandes juristas en la historia de los Estados Unidos: *“the son of writer, educator and doctor Oliver Wendell Holmes, was born on March 8, 1841, in Boston, Massachusetts. Holmes Jr. fought on the Union side in the American Civil War for three years. In 1864, he began attending Harvard Law School, and later taught as a professor. In 1902, President Theodore Roosevelt appointed Holmes to the U.S. Supreme Court. Holmes retired in 1931, at the age of 91. He died on March 6, 1935, in Washington, D.C.”*, en <https://www.biography.com/people/oliver-wendell-holmes-jr-9342405> (13 de marzo de 2018).

33 Cfr. Urrutia Vélez, José Manuel, *op.cit.*, p. 176.

34 Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thompson-Civitas, 2003, p. 285.

*including peaceful and orderly opposition to a government as organized and controlled by one political party, by those of another political party equally high minded and patriotic, which did not agree with the one in power, or "peaceful and orderly opposition to government by legal means and within constitutional limitations" -- is unconstitutional.*³⁵

El hecho que dio origen al litigio que terminó en la Suprema Corte era el despliegue de la reproducción de la bandera de la entonces URSS y del Partido Comunista estadounidense delante de un grupo de niños que la saludaban luego de un adiestramiento en los principios comunistas. La relevancia del caso, como ya se señaló, fue el reconocimiento de la protección constitucional de una expresión simbólica bajo el amparo de la Primera Enmienda, además de la relación de dicho comportamiento expresivo con el uso de banderas: *"It has been determined that the conception of liberty under the due process clause of the Fourteenth Amendment embraces the right of free speech."*³⁶

Otro precedente relevante es el caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* (1943) bajo la opinión del *justice* Robert H. Jackson, en el que la Suprema Corte no sólo reiteró la protección de la Primera Enmienda para el caso de expresiones simbólicas, sino que se atrevió a dar una argumentación sobre el concepto de simbolismo. El caso se origina en una disposición de la Junta de Educación del estado de Virginia que obligaba a todos los escolares a jurar lealtad y saludar a la bandera americana. El no hacerlo se convertía en un acto de insubordinación y conllevaba tanto la expulsión del colegio como sanciones penales a los padres de familia y a los alumnos implicados. La familia Barnette pertenecía al grupo religioso denominado "testigos de Jehová" en cuyo cuerpo de doctrina se encuentra el mandamiento de preferir siempre la ley de Dios que las leyes temporales. Partiendo de una disposición bíblica situada en el libro del Éxodo 20, 4-5, y que es citada en la sentencia, la bandera nacional es considerada una imagen ante la cual no se puede prestar juramento ni rendirle saludo. La negativa de la familia a que sus hijas cumplieran con el deber prescrito por la Junta de Educación de Virginia originó el litigio que concluyó en la Suprema Corte. El saludo y juramento de lealtad a la bandera nacional suponen una forma de expresión que no es verbal. La Corte señaló al respecto:

35 Stromberg v. California, 283 US. 359, p. 369, en http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/283/359/#writing-USSC_CR_0283_0359_ZS (5 de marzo de 2018). La sentencia contiene una frase emblemática que describe el principio democrático en el sistema constitucional norteamericano: *"the maintenance of the opportunity for free political discussion to the end that government may be responsive to the will of the people and that changes may be obtained by lawful means, an opportunity essential to the security of the Republic, is a fundamental principle of our constitutional system."*

36 *Ibidem*, p. 368. En este caso la Suprema Corte utilizó por primera vez el criterio del llamado "peligro claro e inminente" para determinar que el Gobierno no tenía justificación constitucional para suprimir la libertad de expresión. Según el *test* al que aludimos, la expresión puede ser suprimida si resulta indudable que dicha expresión causará un daño muy serio e inminente que no pueda ser evitando de otra forma. Neuborne, Burt, *op.cit.*, p. 65.

Symbolism is a primitive but effective way of communicating ideas. The use of an emblem or flag to symbolize some system, idea, institution, or personality is a short-cut from mind to mind. Causes and nations, political parties, lodges, and ecclesiastical groups seek to knit the loyalty of their followings to a flag or banner, a color or design. The State announces rank, function, and authority through crowns and maces, uniforms and black robes; the church speaks through the Cross, the Crucifix, the altar and shrine, and clerical raiment. Symbols of State often convey political ideas, just as religious symbols come to convey theological ones. Associated with many of these symbols are appropriate gestures of acceptance or respect: a salute, a bowed or bared head, a bended knee. A person gets from a symbol the meaning he puts into it, and what is one man's comfort and inspiration is another's jest and scorn.³⁷

La última frase de la cita es importantísima porque supone que un mismo símbolo que es un medio eficaz para comunicar ideas o mensajes puede generar en determinadas personas efectos internos muy distintos: respeto y reverencia; desdén e incluso rechazo. En el caso aunque la postura de la Corte no se inclinó por el lado de la libertad religiosa, sino de expresión, es claro que para las personas que son testigos de Jehová el símbolo de la bandera y el ceremonial que oficialmente se le rinde por parte del Estado produce un sentimiento encontrado ya que es contrario a sus creencias religiosas esenciales. Pero, lo más relevante de la sentencia, es que el Estado no puede obligar a sus ciudadanos a que comulguen con su credo patriótico, ni obligarlos a que con palabras o gestos manifiesten su adhesión. Uno de los párrafos más relevantes y conocidos de esta sentencia señala:

If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion, or force citizens to confess by word or act their faith therein. If there are any circumstances which permit an exception, they do not now occur to us.³⁸

Podemos afirmar que el caso *Barnette* constituye un precedente relevante por haber avanzado más en la determinación del lenguaje simbólico como forma de expresión protegida en la Primera Enmienda y, sin duda, por haber decidido la constitucionalidad del derecho de no manifestar adhesión a los rituales establecidos por el Gobierno como es el saludo a la bandera. Aunque la Corte no lo haya dicho tan claramente, la no expresión de saludo y juramento a la bandera es una forma de expresión protegida constitucionalmente. Se trata también de un gesto que expresa la no comunión con ciertos principios cívicos.

No sobra decir que otro de los razonamientos relevantes en este caso y que sigue siendo muy actual en los temas de libertad de expresión tiene que ver con el derecho a

37 *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, p. 632, en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624/> (6 de marzo de 2018).

38 *Ibidem*, p. 642.

disentir. La prueba de fuego, se puede aducir, de la libertad tanto de no estar de acuerdo, como de expresarlo, son las cuestiones que tocan el corazón del orden existente: si el disentimiento solamente fuera sobre las cosas no importantes se trataría sencillamente de una “sombra de libertad”, pero no de una libertad plenamente reconocida y ejercida.³⁹

Había todavía que seguir profundizando en el tema de la expresión simbólica como en los criterios para que en determinado caso se pudiera justificar una restricción de la libertad de expresión. De esta manera, el siguiente precedente relevante es el caso *United States v. O'Brien* fallado el 27 de mayo de 1968, bajo la opinión del famoso *Chief Justice*, Earl Warren. David Paul O'Brien y tres compañeros quemaron públicamente su cartilla militar por oponerse a la guerra de Vietnam. Los hechos ocurrieron el 31 de marzo de 1966 en la ciudad de Boston, Massachusetts. O'Brien alegó que la quema de la cartilla era una forma de *symbolic speech* y que por ende, estaba protegida por la Primera Enmienda. Si bien aquí no se trata de una quema de bandera, sí nos encontramos ante la quema de un documento oficial de gran envergadura para un ciudadano norteamericano en tiempos de guerra.

Un aspecto importante fue que la Corte consideró que no toda conducta que pretenda comunicar una idea podía ser considerada “expresión” para fines de la Primera Enmienda: “*We cannot accept the view that an apparently limitless variety of conduct can be labeled “speech” whenever the person engaging in the conduct intends thereby to express an idea*”.⁴⁰ Sin embargo, el meollo del razonamiento derivó en la separación dentro de una misma conducta entre elementos expresivos y no expresivos: un interés suficientemente importante del Gobierno para regular los elementos no expresivos puede justificar limitaciones incidentales al derecho de libertad de expresión. Para que esto acontezca, deben concurrir los elementos siguientes: que esté dentro de la competencia constitucional del Gobierno; que la realización del interés gubernamental sea importante o sustancial; que dicho interés no esté relacionado con la supresión de la libertad de expresión y que la restricción incidental a la libertad de expresión no supere a aquella que es esencial para satisfacer el interés legítimo del Gobierno.⁴¹ Al aplicar

39 *Idem*. “*But freedom to differ is not limited to things that do not matter much. That would be a mere shadow of freedom. The test of its substance is the right to differ as to things that touch the heart of the existing order.*” En el caso *Barnette* aunque se avanzó en la doctrina jurisprudencial sobre la expresión simbólica, no se establecieron criterios para determinar el tipo de acción o contexto necesarios para ser acreedor a la protección bajo la Primera Enmienda. Cfr. Urrutia Vélez, Juan Manuel, *op.cit.*, p. 177.

40 *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, p. 376, en https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/391/367#writing-USSC_CR_0391_0367_ZO (consultada el 6 de marzo de 2018).

41 El origen del caso O'Brien fue una enmienda aprobada por el Congreso en 1965 a la *Military Service Selective Act* que criminalizaba la destrucción de las cartillas militares (*draft cards*). El caso *O'Brien* es un ejemplo de cuando las conductas expresivas conllevan una actuación sobre la realidad material que, con independencia de la libertad de expresión, pueden ser jurídicamente relevantes. De ahí, como afirma Díez Picazo, en estos supuestos, los jueces deben hacer una ponderación sobre qué sea lo más importante: el mensaje en sí o el medio de transmitirlo. No se trata simplemente de restringir la libertad de expresión, sino que dicha restricción debe ser la menos lesiva e indispensable para poder tutelar

los pasos del *test* al caso, la Corte determinó que el interés del Gobierno se justificaba plenamente en un momento de guerra en el que para Estados Unidos era esencial contar con un sistema eficiente para organizar su ejército. Por otra parte, la prohibición de destruir injustificadamente las cartillas facilitaba dicho interés y las restricciones impuestas a la libertad de expresión eran menores que aquellas para realizar el interés descrito. De esta manera la Corte no le dio la razón a O'Brien quien, además, tenía la posibilidad de expresar su desacuerdo con la guerra por otros medios que no interfieran con los intereses del gobierno.⁴²

El siguiente precedente que sí tiene que ver directamente con la quema de banderas es el caso *Street v. New York* (1969). No es inútil precisar que los casos anteriores implicaban expresiones simbólicas como objeto de protección bajo la Primera Enmienda. A partir de este precedente los hechos puestos bajo la lupa de la Suprema Corte tendrán que ver con pretendidas profanaciones a la bandera nacional, a partir de violaciones a legislaciones tanto a nivel federal como de los estados que protegían la dignidad y el simbolismo de la bandera nacional frente a conductas indebidas. Aunque ya se había avanzado en el tema de la expresión simbólica, aún no existía una doctrina definida y, mucho menos, aplicada a los casos de profanaciones de la insignia nacional.

En este caso, bajo la opinión del *justice* J.M. Harlan II, *Street*, un ciudadano negro enfurecido por el asesinato de James Meredith que era dirigente del movimiento para la defensa y libertades fundamentales, después de escuchar en la radio la noticia, salió a la vía pública y en una esquina quemó la bandera estadounidense, lo que le valió el arresto en los términos de la legislación penal entonces vigente en el estado de New York que, entre otras conductas, prohibía la quema pública de la bandera nacional. Asimismo, mientras el oficial de policía se aproximaba al lugar de los hechos, pudo ver en torno a *Street* un grupo de poco más de 30 personas que presenciaban el acto incendiario a quienes decía en voz alta: "*We don't need no damn flag*"; y añadía: "*Yes; that*

otro interés relevante en juego, como, en este supuesto, era la organización militar estadounidense. Cfr. Díez Picazo, Luis María, *op.cit.*, p. 286.

- 42 *United States v. O'Brien*, cit., p. 382. "*In conclusion, we find that, because of the Government's substantial interest in assuring the continuing availability of issued Selective Service certificates, because amended § 462(b) is an appropriately narrow means of protecting this interest and condemns only the independent noncommunicative impact of conduct within its reach, and because the noncommunicative impact of O'Brien's act of burning his registration certificate frustrated the Government's interest, a sufficient governmental interest has been shown to justify O'Brien's conviction*". Como afirma Urrutia Vélez: "algunos críticos han señalado que de haber analizado la intención real que tuvo dicho estatuto, no podría decirse que el mismo no estaba dirigido a restringir la libertad de expresión. La crítica se ha dirigido, más bien, al análisis simplista utilizado por el Tribunal; análisis mediante el cual evitó dilucidar los complejos aspectos constitucionales del caso". *Op. cit.*, p. 178. Para algunos, la verdadera intención de la enmienda legislativa del caso en cuestión fue limitar la libertad de expresión contra la absurdidad de la guerra que Estados Unidos libraba en Vietnam. El objetivo de prohibir y sancionar la quema de cartillas sería, pura y simplemente, poner un alto a esta particular forma de protesta antibélica en un momento histórico en el que los Estados Unidos estaban implicados en una guerra. Cfr. Dean Alfange, Jr., "Free Speech and Symbolic Conduct: The Draft-Card Burning Case", *The Supreme Court Review*, Chicago, vol. 1968, 1968, p. 15, en <https://www.jstor.org/action/showShelf> (19 de abril de 2018).

is my flag; I burned it. If they let that happen to Meredith, we don't need an American flag".⁴³ Como se puede entrever en los hechos se combinaban expresiones simbólicas con expresiones verbales. En la resolución de la Corte se optó por privilegiar éstas sin resolver el tema de la quema de la bandera como tal.

Más que otra cuestión, lo que más interesó a la Corte fue determinar qué tipo de intereses gubernamentales podrían justificar punir a una persona con motivo de sus expresiones verbales sin constituir una violación a la Primera Enmienda, es decir, si existían intereses apremiantes o imperiosos que no pueden ser satisfechos por medios menos lesivos que la censura.⁴⁴ Analizando cada uno de los posibles intereses de gobierno en la censura de la expresión verbal, no se encontró ninguna razón, atentas las circunstancias del caso, para poder justificar la constitucionalidad de la legislación penal de New York con base en la cual se detuvo a Street. De esta manera, se acreditó una violación a la Primera Enmienda, citando ampliamente el caso ya analizado de *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, para recordar que el derecho a disentir y a no pensar y expresarse según los valores gubernamentales suponen cuestiones que tocan el corazón mismo del orden existente. La conclusión del Tribunal Supremo implica también la protección constitucional de las expresiones verbales desagradables:

*We add that disrespect for our flag is to be deplored no less in these vexed times than in calmer periods of our history. Cf. Halter v. Nebraska, 205 U.S. 34 (1907). Nevertheless, we are unable to sustain a conviction that may have rested on a form of expression, however distasteful, which the Constitution tolerates and protects.*⁴⁵

El último precedente importante en el tema que nos ocupa es el caso *Spence v. Washington* (1974). Los hechos se remontaban al 10 de mayo de 1970 en que un estudiante universitario colocó en ambas caras de la bandera una tela adhesiva negra con el símbolo de paz y la colgó en la ventana de su departamento siendo visible para los transeúntes que pasaban por delante. Dos agentes policíacos se presentaron en el departamento, dialogaron sin fricciones con Spence quien se mostró extrañado de haber cometido un acto ilegal por haber colgado la bandera con la tela adhesiva puesta. Su intención era protestar contra la reciente invasión a Camboya y la matanza en la Universidad de Kent. Se trataba de lograr asociar a la bandera la idea de paz, además que la tela adhesiva colocada podría con relativa facilidad ser retirada de la tela. Los poli-

43 *Street v. New York*, 394 U.S. 576, p. 579, en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/576> (consultada el 22 de abril de 2018).

44 Neuborne, Burt, *op.cit.*, p. 70. Los intereses gubernamentales que podrían justificar una censura a la libertad de expresión (verbal) a propósito de la bandera serían: "(1) an interest in deterring appellant from vocally inciting others to commit unlawful acts; (2) an interest in preventing appellant from uttering words so inflammatory that they would provoke others to retaliate physically against him, thereby causing a breach of the peace; (3) an interest in protecting the sensibilities of passers-by who might be shocked by appellant's words about the American flag, and (4) an interest in assuring that appellant, regardless of the impact of his words upon others, showed proper respect for our national emblem". Cfr. *Street v. New York*, *cit.*, p. 591.

45 *Ibidem*, p. 594.

cías arrestaron al estudiante y se llevaron consigo la bandera. La normatividad vigente en el estado de Washington prohibía costumizar la bandera y exhibirla públicamente. Después de satisfacer el *iter* procesal, el asunto llegó a la Corte Suprema. Empleando el llamado *First Amendment balancing* que, como afirma Neuborne,⁴⁶ requiere que los jueces contrapesen los intereses del Gobierno a favor de la censura con el profundo compromiso social con el derecho de libertad de expresión, la Corte llegó a la conclusión de que los intereses del estado de Washington en sostener su legislación no justificaban restringir la libertad de expresión de Spence.

Siguiendo la estructura de análisis del interés del gobierno, en este caso del estado de Washington, la opinión *-per curiam-* de la Corte amplió su rango de estudio a las circunstancias concretas bajo las cuales se desarrollaron los hechos para poder ponderar y decidir en favor de Spence. La Corte diferencia entre lo que sería una alteración o mal uso de una bandera propiedad pública de otra que es propiedad privada. En este contexto, la bandera alterada con el símbolo pacifista pertenecía a Spence. En segundo lugar, la bandera fue exhibida desde una propiedad privada -el apartamento de Spence- por lo que no se trataba de un caso en el que la Corte tuviera que valorar las circunstancias específicas que pudiesen darse cuando se trata de una propiedad pública. En tercer lugar, no se llevó a cabo ningún acto que pusiera en riesgo la paz ni que excitara a la violencia: el acto de Spence fue solamente desplegar la bandera con las cintas adhesivas en su departamento. Finalmente, la Corte reconoció que se trataba de una expresión que intentaba comunicar una idea.⁴⁷ Y justamente, a partir de esta conclusión, se vuelve a afrontar directamente el tema de la expresión simbólica como no se había hecho ni en *O'Brien* ni en *Street*. Citando los precedentes ya analizados de *Stromberg v. California* y *West Virginia Board of Education v. Barnette*, en los que se reconocen las connotaciones simbólicas referentes al uso de banderas, los *justices* no tienen duda que el acto de Spence comunicó un pensamiento, que no sólo incluye el despliegue de la bandera sino del símbolo de paz adherido.⁴⁸

En uno de los párrafos, a nuestro modo de ver, más importantes de la sentencia, la Corte avanza mucho más en su doctrina sobre las expresiones simbólicas relativas al uso de la bandera nacional, al sostener la importancia del contexto temporal, de la circunstancia histórica para determinar cuándo realmente se trata de estas formas de comunicación que caen bajo la protección de la Primera Enmienda, teniendo en cuenta la alta probabilidad de que dicho mensaje sea entendido por los observadores. Este razonamiento, como veremos enseguida, es retomado en *Texas v. Johnson*.⁴⁹ Era claro

46 Neuborne, Burt, *op.cit.*, p. 70.

47 *Spence v. Washington* 418 U.S. 405, p. 409, en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/418/405> (23 de abril de 2018).

48 *Ibidem*, p. 410.

49 *Ibidem*, pp. 410, 411. Señala la Corte a propósito del contexto en el que se da la expresión simbólica: "Moreover, the context in which a symbol is used for purposes of expression is important, for the context may give meaning to the symbol." Y añade: "A flag bearing a peace symbol and displayed upside down by a student today might be interpreted as nothing more than bizarre behavior, but it would have been difficult for the great majority of citizens to miss the drift of appellant's point at the time that he made

que también en las legislaciones prohibitivas en materia de uso de banderas, quedaba abierta la posibilidad de que el gobierno federal o de algún estado pudiera justificar un interés importante para restringir la libertad de expresión a la luz de los razonamientos que la misma Corte había venido desarrollando.

4. LA SENTENCIA DEL CASO TEXAS V. JOHNSON

Era imperioso para poder esbozar los principales razonamientos vertidos en la opinión del *justice* Brennan, el análisis cuidadoso de los precedentes sobre expresiones simbólicas y la evolución y, en ocasiones, retrocesos que la Corte había protagonizado a partir, sobre todo, del caso *Stromberg*. La sentencia fue decidida el 21 de junio de 1989, es decir, casi un lustro después de acontecidos los hechos.

Como sostiene Jorge Climent Gallart: “esta Sentencia es muy importante, puesto que afronta de modo directo la cuestión del lenguaje simbólico, indicando qué elementos son los que lo caracterizan para que pueda ser amparado bajo la Primera Enmienda.”⁵⁰ Hasta ese momento era claro que no se había emitido una opinión definitiva sobre la constitucionalidad de expresiones que tuvieran como objeto la destrucción de la bandera americana con fines políticos. Recordemos que en *Street*, la protección constitucional fue reconocida a las expresiones verbales, no a la quema en sí misma. En el caso *O'Brien* aunque no fue la quema de una bandera, la Corte consideró que existía un interés gubernamental justificado para restringir en esos casos la libertad de expresión; en los demás precedentes referidos no se trataba de la quema, ni de otro medio de destrucción, sino de conductas relacionadas con el uso y significado de banderas. La particularidad del caso es que el único acto material objeto del debate judicial fue la quema pública de una bandera estadounidense.

La opinión de la Corte recuerda los precedentes en los que comportamientos relacionados con la bandera nacional son considerados expresiones simbólicas para efecto de la Primera Enmienda. Inclusive, se añade como antecedente el voto particular discrepante del *justice* Byron White en el caso *Smith v. Goguen* (1974) en el que consideró que llevar una pequeña bandera cosida a un pantalón podría ser una conducta expresiva. Asimismo, se reconoce a la misma bandera un carácter de símbolo nacional al representar: “*a symbol of our country; it is, one might say, “the one visible manifestation of two hundred years of nationhood.”*”⁵¹

it. It may be noted, further, that this was not an act of mindless nihilism. Rather, it was a pointed expression of anguish by appellant about the then-current domestic and foreign affairs of his government. An intent to convey a particularized message was present, and in the surrounding circumstances the likelihood was great that the message would be understood by those who viewed it.”

50 “La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 28, 2015, p. 316.

51 *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397, p. 405, en https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397#writing-USSC_CR_0491_0397_ZO (24 de abril de 2018). La frase fue esgrimida por el *justice* William Rehnquist en el caso *Smith v. Goguen*. Cabe recordar que Rehnquist sirvió en la Suprema Corte de Estados

A continuación la Corte refiere una importante precisión: no toda acción relacionada con la bandera puede considerarse *per se* expresiva para efectos de la Primera Enmienda, sino que se debe estudiar el contexto en el que ocurre como sucedió en el asunto *Spence* en el que incluso el estado de Washington la había reconocido como tal. La conducta de Lee Johnson fue considerada por el estado de Texas como expresiva lo que le parece prudente a la Corte. En efecto, dadas las particularidades del caso que ya expusimos en el primer apartado, era que más que evidente el objetivo de quemar la bandera al final de la protesta contra la nominación de Ronald Reagan: se trataba de la culminación de una manifestación política.⁵² Por todo ello, la quema de la bandera se consideró como una conducta expresiva. Aunado a ello, como ya se había insinuado en el caso *Spence*, el mensaje no verbal debe ser emitido precisamente con la intención de transmitir un mensaje y que dicho mensaje detente la posibilidad máxima de ser entendido por los receptores del mismo.⁵³

En un segundo momento, luego de que se reconoció la conducta de Johnson como expresiva y por ende, bajo la Primera Enmienda, y de nueva cuenta recurriendo a sus precedentes, sobre todo al caso *O'Brien*, se procedió a identificar algún interés gubernamental lo suficientemente importante para restringir la libertad de expresión, en este caso, de Lee Johnson. Recordemos que el criterio fijado por la Corte para hacer el *test* de contrapeso o compensación es si la regulación de los elementos no expresivos presentes en una conducta representa un interés lo suficientemente importante para admitir limitaciones incidentales al derecho de libertad de expresión. Por eso, el paso que hizo la Corte fue la identificación de algún interés justificado que no sea, obviamente, suprimir la libertad de expresión. Texas alegó dos intereses. El primero era evitar la perturbación del orden público. De los hechos y del propio reconocimiento que hizo Texas, no pudo acreditarse que la quema de la bandera perturbara el orden público o se creara alguna alteración del orden ya fuera por la quema en sí o por la reacción a ese episodio. La única aparente alteración que denunció Texas fue el testimonio de algunas personas que presenciaron los acontecimientos y se sintieron profundamente ofendidas por la quema de la bandera.⁵⁴ De este último aspecto, la ofensa con motivo de una expresión, la Corte, trayendo algunos precedentes, encuentra insuficiente esta justificación por parte del estado de Texas. Vale la pena citar el argumento:

Our precedents do not countenance such a presumption. On the contrary, they recognize that a principal function of free speech under our system of government is to invite

Unidos durante 33 años (1972-2005) y la presidió desde 1986 hasta 2005. Por lo tanto, siendo Presidente de la Corte se presentó el caso en análisis formulando voto discrepante.

52 Más allá de lo que ya fue citado sobre las razones de Lee Johnson, éste refirió los objetivos de su proceder durante el proceso que enfrentó: *"the American Flag was burned as Ronald Reagan was being renominated as President. And a more powerful statement of symbolic speech, whether you agree with it or not, couldn't have been made at that time. It's quite a just position [juxtaposition]. We had new patriotism and no patriotism"*. *Ibidem*, p. 406.

53 Cfr. Climent Gallart, Jorge, *op. cit.*, p. 317.

54 *Texas v. Johnson*, *cit.*, p. 408.

*dispute. It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger.*⁵⁵

El argumento de Texas sobre la posibilidad de que la expresión de Johnson provocará perturbaciones al orden público es desmontado por la Corte a partir de otro de los tipos de *test* que el Tribunal Supremo estadounidense empleó con mucha frecuencia: el del peligro claro e inminente. Recurriendo a la resolución del caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), se afirma que no toda manifestación de ideas provocadoras incita por sí misma al desorden y justifica una restricción del gobierno. Más bien, sigue el razonamiento de la Corte, se debe efectuar un examen muy atento de las circunstancias reales que rodean al acto expresivo para poder determinar si: “*is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.*”⁵⁶ Por esta razón, se refuta la intención texana de considerar la quema pública de la bandera como un acto que potencialmente puede disturbar la paz pública. Aquí la Corte defiende el sentido del precedente *Brandenburg*.⁵⁷ Aunado a esto, la Corte niega que la conducta de Johnson entrara dentro de la categoría de las llamadas *fighting words* que al ser pronunciadas tienen un alto grado de posibilidad de provocar represalias por parte de las personas a quienes se dirigen, pudiendo perturbar el orden público. Para la Corte es evidente que la acción de la quema de la bandera en sí misma no puede ser considerada ni como un insulto personal ni como una invitación a intercambiar puñetazos. Con este análisis, Texas no logró superar el pretendido primer interés que esgrimió. El texto de la resolución lo dice así: “*We thus conclude that the State’s interest in maintaining order is not implicated on these facts.*”⁵⁸

55 *Idem*. Más adelante (p. 409) utilizando la opinión discrepante del *justice* John Paul Stevens en el precedente *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726, 745, se señala un razonamiento que fortalece la idea de que la libertad de expresión, aun cuando su contenido sea poco agradable, no puede ser restringida incluso bajo el argumento de presumibles actos de violencia: “*It would be odd indeed to conclude both that if it is the speaker’s opinion that gives offense, that consequence is a reason for according it constitutional protection and that the Government may ban the expression of certain disagreeable ideas on the unsupported presumption that their very disagreeableness will provoke violence.*”

56 *Idem*.

57 El caso *Brandenburg v. Ohio* (1969) es muy importante para la jurisprudencia americana sobre libertad de expresión porque defiende la propaganda política abstracta aunque ésta pueda sugerir acciones ilegales posteriores. En el caso, la Corte revocó la condena impuesta a un conferencista racista vinculado al Ku Klux Klan en una reunión de dicha organización supremacista blanca en la que después de quemar una cruz (símbolo del KKK) afirmó: “no somos una organización vengativa, pero si nuestro Presidente, nuestro Congreso y nuestro Tribunal Supremo continúan suprimiendo la raza blanca caucásica es posible que tomemos alguna revancha”. Cfr. 395 U.S. 444, p. 446, en https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444#writing-USSC_CR_0395_0444_ZSm (23 de abril de 2018). Señala Neuborne que, con base en el precedente que estamos refiriendo, la Corte ha revocado condenas por amenazas exageradas al Presidente, por amenazas de involucrarse en manifestaciones susceptibles de producir alteraciones al orden público e incluso por discursos en tono bastante agresivo que conllevan amenazas implícitas de violencia. Cfr. *Op.cit.*, pp. 66-70. Sobre las amenazas al Presidente encontramos el caso *Watts v. United States*, 394 U.S. 705 (1969) en el que la persona sujeta a juicio expresó: “si me obligaran a llevar un rifle, el primer hombre que se pusiera a tiro, sería el Presidente”.

58 *Texas v. Johnson, cit.*, p. 410.

Lo anterior, como la misma Corte lo explica, no significa que la Primera Enmienda sea un obstáculo para que las autoridades competentes puedan impedir o evitar una acción ilegal inminente. Sin embargo, la sentencia afirma contundente que para mantener el orden público no se requiere sancionar la quema de la bandera. Luego entonces, tendrán que concurrir otro tipo de conductas y siempre con vista en las circunstancias específicas de cada caso para poder hablar de restricciones válidas a la libertad de expresión. Aludiendo al propio Código Penal de Texas, la resolución claramente señala que cuando se trata de perturbaciones al orden público, las autoridades texanas cuentan con normas típicas específicas para sancionar conductas que impliquen realmente una alteración del orden. Lo relevante aquí es que esta finalidad no se consigue considerando como delito la quema de la bandera estadounidense.

El segundo interés que Texas alegó para justificar la condena impuesta a Johnson fue la protección de la bandera como símbolo de la existencia nacional y expresión de la unidad nacional. La preocupación de Texas, alude la Corte, es que el acto de quemar la bandera nacional puede hacer creer a las personas o bien que ya no representa la existencia como nación, o que ya no son parte de una unidad nacional. Sin embargo, en un párrafo un tanto escueto, la Corte se separa del precedente *O'Brien* porque precisamente los reparos aludidos por Texas como justificación sólo se producen con el acto preciso de quema de la bandera, que al ser expresión simbólica está protegida por la Primera Enmienda y prohibirla significaría suprimir la libertad de expresión. En cambio, en *O'Brien* existían otros medios expresivos para manifestar la oposición a la política bélica de Estados Unidos en Vietnam.⁵⁹

Cuando Texas defiende el interés de preservar la bandera como símbolo de la nación y de la unidad nacional y, por ende, de condenar cualquier conducta que atente contra dicha simbología, efectivamente le está asignando a la bandera una serie de significados claros y exclusivos. Como afirma la sentencia:

*The State's argument is not that it has an interest simply in maintaining the flag as a symbol of something, no matter what it symbolizes; indeed, if that were the State's position, it would be difficult to see how that interest is endangered by highly symbolic conduct such as Johnson's. Rather, the State's claim is that it has an interest in preserving the flag as a symbol of nationhood and national unity, a symbol with a determinate range of meanings.*⁶⁰

Bajo estos razonamientos, si alguien maltrata la bandera suscitando en los demás dudas de lo que representa, nos encontramos ante una conducta peligrosa y, por ende, susceptible de ser prohibida. Obviamente aquí estaría el punto central de lo que Texas alegó. Sin embargo, volviendo a sus propios precedentes, particularmente, *Street v. New York* y el multicitado *Barnette*, la Corte aprovecha para afirmar sin cortapisas: "If

59 *Idem.*

60 *Ibidem*, p. 413.

there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable."⁶¹

La bandera nacional no queda exenta de este principio constitucional reafirmado en la sentencia. Citando la sentencia *Street*, se recuerda que no se puede imponer condena alguna a ninguna persona por criticar o por no demostrar respeto a la insignia nacional. Incluso, retomando el precedente *Barnette*, se reafirma que el derecho constitucional a disentir con lo que representa el orden establecido conlleva el derecho a expresar la propia opinión sobre la bandera nacional aunque se trate de expresiones provocadoras o despreciativas. El gobierno no puede obligar a nadie de manera que manifieste respeto a la bandera o que comulgue con lo que la bandera representa para él. Ningún precedente permite deducir que la visión estatal sobre el símbolo de la bandera le autoriza a prohibir expresiones simbólicas relacionadas con ella. A este respecto, concluye la sentencia: "*to sustain the compulsory flag salute, we are required to say that a Bill of Rights which guards the individual's right to speak his own mind left it open to public authorities to compel him to utter what is not in his mind.*"⁶²

El núcleo histórico del constitucionalismo americano como lo expusimos en el segundo apartado se basa en la combinación de dos posturas de gran calado: el *ius-naturalismo* individualista y el historicismo. Pues bien, es claro que a diferencia del constitucionalismo europeo que permeó fuertemente hasta antes de la conclusión de la Segunda Guerra y que le apostó al Estado como la instancia última de garantía de los derechos a través de la ley, en Estados Unidos los derechos individuales anteceden, y en cierta manera, condicionan la estructura estatal. Por eso, además de estar de frente a la concepción liberal de la libertad de expresión que le apuesta al libre mercado de ideas, no podemos echar de menos que la configuración histórica del constitucionalismo americano explica que el Estado esté en función de los derechos previos y que, por ende, se excluya de la protección constitucional la imposición de una visión estatal y unilateral de la realidad misma.⁶³ Incluso se plantea el supuesto de que un estado prohibiera la quema de la bandera cada vez que se contradiga o ponga en peligro su valor simbólico de acuerdo con dicho estado y, en cambio, permitiera quemarla cuando se preserve o se esté de acuerdo con el valor asignado, por ejemplo, quemar solemnemente una bandera rota o sucia. Si ello aconteciera, se estaría autorizando un acto contra la integridad física de la bandera solamente si corresponde con el sentido simbólico que le asigna el Estado; pero si eso ocurriese, quedaría negada la expresión en otros sentidos a aquel que el Estado defiende; se

61 *Ibidem*, p. 414.

62 *Idem*.

63 *Ibidem*, p. 418. "*The First Amendment does not guarantee that other concepts virtually sacred to our Nation as a whole -- such as the principle that discrimination on the basis of race is odious and destructive -- will go unquestioned in the marketplace of ideas. We decline, therefore, to create for the flag an exception to the joust of principles protected by the First Amendment.*"

estaría imponiendo una manera ortodoxa de pensar lo que, obviamente, no admite la Corte.⁶⁴

La Corte concluyó que el comportamiento de Lee Johnson implicó una conducta expresiva; que el estado de Texas no acreditó el interés de preservar el orden público porque la conducta origen del caso no significaba una perturbación de esta naturaleza y, que el interés en preservar a la bandera como símbolo de la nación y de la unidad nacional no justificaba criminalizar una expresión simbólica contraria.

5. ALGUNAS IMPLICACIONES POSTERIORES DEL CASO

Nos resta apuntar, aunque sea en forma sucinta, algunas de las consecuencias ulteriores que esta sentencia trajo en la vida política y la opinión pública en Estados Unidos. La votación entre los *justices* estuvo muy dividida: cinco votaron a favor y cuatro en contra. Es curioso que en este caso no se pueda estrictamente dividir la votación entre liberales a favor y conservadores en contra. Como hacía notar Linda Greenhouse,⁶⁵ enviada especial de *The New York Times*, dos de los jueces más conservadores de la Corte, el ya mencionado Antonin Scalia⁶⁶ y Anthony M. Kennedy⁶⁷ se unieron a la opinión de Brennan. No sobra mencionar que también formaron parte de la opinión mayoritaria los *justices* Thurgood Marshall y Harry A. Blackmun. En cambio, entre los disidentes estuvo el juez John Paul Stevens quien formuló voto disidente y que, generalmente era aliado del juez Brennan en opiniones liberales. Un hecho notorio fue que a diferencia de la mayoría de los casos, los disidentes leyeron sus opiniones en el salón de sesiones (*courtroom*). Además de Stevens, votaron en contra el *Chief Justice* William H. Rehnquist, quien formuló opinión disidente⁶⁸ y los *justices* Byron R. White y Sandra Day

64 *Ibidem*, p. 417.

65 “Justices, 5-4, back Protesters’ right to burn the flag”, *The New York Times*, June 22, 1989, en <http://www.nytimes.com/1989/06/22/us/justices-5-4-back-protesters-right-to-burn-the-flag.html> (24 de abril de 2018).

66 En 2012, en una entrevista concedida a CNN, A. Scalia explicó por qué su voto formó parte de la opinión de la mayoría: “*If I were king, I would not allow people to go around burning the American flag. However, we have a First Amendment, which says that the right of free speech shall not be abridged -- and it is addressed in particular to speech critical of the government. That was the main kind of speech that tyrants would seek to suppress.*” Cfr. Bomboy, Scott, “When Supreme Court Justices argued over the American flag”, *Constitution Daily. Smart conversation from the National Constitution Center*, September 27, 2017, en <https://constitutioncenter.org/blog/when-supreme-court-justices-argue-over-the-american-flag> (24 de abril de 2018).

67 En su voto concurrente explicó: “*though symbols often are what we ourselves make of them, the flag is constant in expressing beliefs Americans share, beliefs in law and peace and that freedom which sustains the human spirit; but whether or not [Johnson] could appreciate the enormity of the offense he gave, the fact remains that his acts were speech, in both the technical and the fundamental meaning of the Constitution.*” *Texas v. Johnson*, cit., p. 421.

68 La opinión del *Chief Justice* está cargada de expresiones emotivas y de remembranzas históricas sobre el pasado y el presente de la Nación Americana: “*the American flag, then, throughout more than 200 years of our history, has come to be the visible symbol embodying our Nation. It does not represent the views of any particular political party, and it does not represent any particular political philosophy.*”

O'Connor. Evidentemente la resolución dividió la opinión pública americana y suscitó inmediatas reacciones de organizaciones civiles tanto de tendencia liberal como conservadora.⁶⁹ Según un sondeo hecho por *Newsweek* el 3 de julio de 1989, es decir, dos semanas después de la resolución, el 65% de los encuestados estaba en contra de la decisión de la Corte y el 71% estaba a favor de enmendar la Constitución para prohibir la profanación de la bandera y cambiar el sentido del fallo de la Corte Suprema.⁷⁰ En 2006, mientras que en el Senado norteamericano se había comenzado un nuevo debate para aprobar una enmienda que permitiera al Congreso prohibir la profanación física de la bandera de los Estados Unidos, una encuesta de CNN reportaba que el 60% de las personas cuestionadas estaban a favor de la propuesta de enmienda mientras que el 40% se manifestaban en contra.⁷¹ Curiosamente el presidente de los Estados Unidos en ese momento era nada menos que George R. Bush (1989-1993) contra quien también se había dirigido cinco años atrás la protesta en Dallas origen del caso. Recordemos que Bush era en ese entonces vicepresidente de los Estados Unidos y que en el marco de la Convención Nacional del Partido Republicano había sido postulado para un segundo periodo en el cargo como compañero de fórmula del presidente Reagan. No extraña, pues, que una semana después del fallo, Bush propusiera una enmienda constitucional para revocar la sentencia.

El revuelo causado en el Partido Republicano fue de tal magnitud que se originó un debate entre los que proponían con el Presidente echar andar el artículo quinto de la Constitución para una enmienda y los que opinaban que debía acudirse a la opción legislativa. Al final, fue este camino el que se decidió seguir para no generar tanta presión institucional además de que se contaría con el apoyo demócrata. En ese tesitura, el 28 de octubre de 1989, fue aprobada por el Congreso la *Flag Protection Act*, una ley federal que tendría vigencia en todo el país y permitiría sancionar la quema pública

The flag is not simply another "idea" or "point of view" competing for recognition in the marketplace of ideas. Millions and millions of Americans regard it with an almost mystical reverence, regardless of what sort of social, political, or philosophical beliefs they may have. I cannot agree that the First Amendment invalidates the Act of Congress, and the laws of 48 of the 50 States, which make criminal the public burning of the flag". Cfr. *Texas v. Johnson, cit.*, p. 429. Como afirma Neuborne: "la doctrina del contrapeso o compensación es una doctrina subjetiva, porque fuerza al juez a crear una jerarquía de valores, sin ninguna o con poca orientación externa. En manos del juez que no valora excesivamente la libertad de expresión, el test de contrapeso o compensación casi no proporciona protección real alguna". *Op. cit.*, pp. 71-72.

69 En el reportaje de Greenhouse (*supra*, nota núm. 64) se citan algunas de estas opiniones a favor y en contra: "Patrick B. McGuigan, of the Free Congress Center for Law and Democracy, a conservative research group here, called the ruling 'an exercise in absurdity' and added, 'I never thought I'd say it: John Paul Stevens is right, while Anthony Kennedy and Antonin Scalia are wrong, wrong, wrong' ". Mientras que para Arthur J. Kropp, presidente de un lobbying group liberal denominado: *People for the American Way*, la sentencia representaba: "a victory for freedom of speech." He added: "As a nation, we are strong enough to withstand the pain of seeing our flag burned. What we could not withstand is seeing the First Amendment cast aside out of a misguided sense of nationalism".

70 Cfr. Urrutia Vélez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 186.

71 "Senate opens flag-burning debate", *CNN International.com*, june 27 2006, en <http://edition.cnn.com/2006/POLITICS/06/26/flag.amendment/index.html> (26 de abril de 2018).

de la bandera nacional con prisión o multa, salvo en el caso que se hiciera por razón de desgaste o porque estuviera manchada. Recordemos que el efecto de la sentencia que estudiamos fue invalidar leyes de 48 estados que de alguna manera prohibían o sancionaban la profanación de la bandera. Obviamente la finalidad de disposición era la protección de la integridad física de la insignia nacional.

No tardaron en surgir controversias derivadas de la aplicación de esta nueva legislación. Entre varios casos, destacó una protesta en la escalinata del Capitolio en Washington en la que se quemó la bandera mientras que los manifestantes ejercían su derecho de libertad de expresión contra la política interna y externa de la administración Bush. El otro episodio relevante se dio en la ciudad de Seattle contra la aprobación misma de la Ley referida. Cabe destacar que los tribunales correspondientes absolvieron a los manifestantes sancionados en aplicación de la doctrina establecida en el caso *Texas v. Johnson*, por lo que el Gobierno Federal acudió a la Suprema Corte. Esta senda procesal originó el caso *United States v. Eichman* (1990) que declaró inconstitucional la *Flag Protection Act* aplicando el precedente *Johnson*. La Corte volvió a fallar por la misma mayoría que el año anterior, cinco contra cuatro, y nuevamente bajo la opinión de Brennan. En esta ocasión, sin embargo, únicamente el juez Stevens formuló voto disidente. La fecha de la resolución fue el 11 de junio de 1990, es decir, casi exactamente un año después que la del caso *Johnson*.

El Congreso había tenido aparentemente un cuidado especial para no prohibir una expresión particular ni establecer ciertas circunstancias para ello como supuestamente sí acontecía en la parte conducente del Código Penal de Texas. El Gobierno alegó que, a diferencia de Texas, no pretendía prohibir ninguna expresión con base en el contenido del mensaje, sino que el único interés, podría decirse, objetivo, era proteger la integridad física de la bandera nacional en todas las circunstancias en aras de salvaguardar su identidad como el único e inalienable símbolo de la Nación.⁷² Según el parecer gubernamental, la Ley recurrida se limita a proteger la integridad física de la bandera sin atender a los motivos ni al efecto que una acción contraria pueda producir en terceros. Tampoco se trata, de pretender suprimir la libertad de expresión.

Sin embargo, analizando los contenidos de la *Flag Protection Act*, la Corte encuentra que sí existe una intención de suprimir expresiones simbólicas cuando se trate de actos que producen daño o destrucción a la bandera, porque se advierte que si alguien quemara por ejemplo una bandera privadamente no tendría un sentido comunicativo pero sí afectaría su integridad física. Asimismo, la destrucción de una manifestación física de un símbolo no afecta ni disminuye el símbolo en sí mismo. Se trata de un principio de idoneidad: prohibir actos que desfiguren o destruyan físicamente la bandera no parece ser la medida adecuada para preservar un símbolo nacional que va más

72 *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310, p. 315, en <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/496/310> (26 de abril de 2018).

allá de lo físico.⁷³ De todo esto, la Corte, para efectos prácticos, sí encuentra un interés en proteger la integridad física de la bandera y su identidad como símbolo de la nación solamente cuando se efectúen conductas que impliquen transmitir un mensaje a terceros, lo que confirma la inconstitucionalidad de la legislación confrontada.⁷⁴ Además, como ya lo vimos en *O'Brien*, el interés gubernamental no puede estar dirigido a suprimir la libertad de expresión, sino que con motivo del mismo solamente se pueden producir restricciones incidentales. En este caso, la Corte encuentra que sí existe un interés de suprimir expresiones relacionadas con la destrucción o desfiguración de la bandera; existe una relación directa entre el interés de preservar la integridad física de la bandera y la supresión de la libertad de expresión. Por eso, el Acta debe sujetarse al más estricto escrutinio lo que hace claro que el interés gubernamental no justifica infringir la Primera Enmienda.

Otro aspecto interesante es el argumento del “consenso social”. Como ya apuntamos, no solamente la clase política, sino la opinión pública era más favorable a prohibir la quema de banderas e incluso a convertir la prohibición en una enmienda constitucional. Los hechos ocurridos desde la sentencia *Johnson* confirmaban la importancia de la protección de la bandera para la sociedad estadounidense: no era un tema técnico ni de escasa trascendencia. No obstante, la opinión de la Corte no cede ante la evidencia:

*We decline the Government's invitation to reassess this conclusion in light of Congress' recent recognition of a purported "national consensus" favoring a prohibition on flag-burning. Even assuming such a consensus exists, any suggestion that the Government's interest in suppressing speech becomes more weighty as popular opposition to that speech grows is foreign to the First Amendment.*⁷⁵

El peso e importancia de los derechos fundamentales no puede depender de un consenso a favor o en contra. La gramática de los derechos exige atender a su contenido esencial y a su connotación en el conjunto del orden democrático. De otra manera, la misma Constitución sería algo hueco, insustancial, sujeto a los vaivenes de la opinión y la emotividad. La interpretación constitucional debe, como ya mencionamos en el tercer apartado, estar atenta a los cambios sociales y a las necesidades históricas; pero sin caer en arbitrios, ni en preferencias sociales. La lectura de la realidad objetiva, histórica, es mucho más fina, mucho más profunda que una mera encuesta de opinión muy útil, quizá, para una campaña electoral.

La parte final de la resolución contiene un párrafo que merece ser transcrito porque cierra con broche de oro el debate un tanto caprichoso que produjo el caso *Texas v. Johnson*:

73 *Ibidem*, p. 316. “But the mere destruction or disfigurement of a particular physical manifestation of the symbol, without more, does not diminish or otherwise affect the symbol itself in any way.”

74 *Idem*.

75 *Ibidem*, p. 318.

*If there is a bedrock principle underlying the First Amendment, it is that the Government may not prohibit the expression of an idea simply because society finds the idea itself offensive or disagreeable. Punishing desecration of the flag dilutes the very freedom that makes this emblem so revered, and worth revering.*⁷⁶

La aventura no concluyó con esta sentencia. Lo que sí resultaba definitivo era que la vía legislativa no podría ser el medio para tratar de evitar acciones contra la bandera estadounidense. Sin embargo, casi inmediatamente a la decisión, el entonces presidente Bush anunció que propondría una enmienda constitucional más o menos en los siguientes términos: “*The Congress shall have power to prohibit the physical desecration of the flag of the United States.*”⁷⁷ La enmienda no prosperó por no lograr la mayoría calificada requerida para que el Congreso proponga la enmienda en los términos ya señalados del artículo quinto de la Constitución. En el año 2006, en medio del renovado fervor patriótico derivado de la llamada “guerra contra el terrorismo” y todas las implicaciones belicistas que propició la política del presidente George W. Bush (2001-2009), se volvió a plantear la enmienda para prohibir la profanación de la bandera. En esta ocasión la mayoría calificada no fue alcanzada en el Senado.⁷⁸ Lo que sí es un hecho es que las protestas en Estados Unidos por diversos motivos de tipo político o social no han estado exentas de actos incendiarios de la bandera nacional como forma de expresión protegida constitucionalmente. De hecho, el actual Presidente de los Estados Unidos, escribió en la red social Twitter: “no se debería permitir a nadie quemar la bandera estadounidense -si lo hacen, debería haber consecuencias- quizá la pérdida de la ciudadanía o un año en la cárcel.”⁷⁹ Al parecer, el mensaje de Donald Trump fue motivado por una protesta llevada a cabo el 10 de noviembre de 2016, dos días después del triunfo electoral de los republicanos, en una universidad de Massachusetts y que incluyó la quema de una bandera de los Estados Unidos.

Aunque no es el objetivo de esta investigación, creemos importante mencionar otro problema que bien podría ser materia de otro estudio y que ha sido tocado por algunos constitucionalistas tanto estadounidenses como de otros países y ámbitos culturales diversos: el problema de la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema americano. Las sentencias de los casos *Texas v. Johnson* y *United States v. Eichman*, dejaron como secuela en la opinión pública y en muchos representantes de la clase política americana, un impulso reformador de la propia Constitución como respuesta a lo que la Suprema Corte había decidido. Como sostiene Enrico Pascucci de Ponte: “la doctrina norteamericana, como la española, también ha debatido en torno al problema de la existencia o no en la Constitución de 1787 de cláusulas implícitas de intangibilidad-

76 *Ibidem*, p. 319.

77 Urrutia Vélez, Juan Manuel, *op. cit.*, p. 190.

78 “*Senate opens flag-burning debate*”, *cit.*, (*supra*, nota núm 70).

79 “Trump: Quemar la bandera de EE.UU. debería conllevar la pérdida de la ciudadanía”, *ABC Internacional*, 29 de noviembre de 2016, en http://www.abc.es/internacional/abci-trump-quemar-bandera-eeuu-deberia-conllevar-perdida-ciudadania-201611292019_noticia.html (27 de abril de 2018).

d".⁸⁰ Algunos autores han interpretado que ciertos derechos fundamentales como el de libertad de expresión o el de protección de la ley en condiciones de igualdad, serían inmodificables por enmiendas posteriores. Otros estudiosos, en cambio, esgrimen la objeción de que si se aceptara un núcleo material intangible en la Constitución se estaría limitando la soberanía popular ejercida a través del Poder Reformador, y se le estaría transfiriendo a la Suprema Corte, un órgano carente de legitimidad democrática.⁸¹ Sin embargo, los constitucionalistas que creen en la presencia de un núcleo intangible se niegan a aceptar que una enmienda pueda llevar a dañar la dignidad humana como principio básico del orden constitucional.⁸²

Leonardo Pietro Antonelli, compila también diversas opiniones en torno a la razón de ser y al futuro de la supremacía judicial en Estados Unidos como intérprete de la Constitución. Una de ellas considera que la supremacía judicial se basa en un diseño institucional que precisa de un órgano que defina el significado de las disposiciones constitucionales. Esta función se vuelve más necesaria en un mundo lleno de desacuerdos morales y políticos y con disposiciones constitucionales que requieren una interpretación abierta.⁸³ Además de la típica crítica que aprecia la mayoría legislativa como principio legitimador antes que los jueces no elegidos democráticamente, Antonelli menciona también el movimiento del constitucionalismo popular norteamericano que buscaría empoderar más al pueblo, a través de sus instituciones democráticas en la interpretación constitucional. Según esta corriente, la *judicial review* ha producido más perjuicios que beneficios porque ha privado al pueblo de un sentimiento de responsabilidad en lo que atañe a la interpretación de la Constitución.⁸⁴

Cabe concluir que la Suprema Corte nunca ha invalidado o declarado inconstitucional una enmienda, aunque en ciertos casos ha dado una interpretación restrictiva de algunas de ellas lo que evidencia cierta desconfianza hacia los objetivos de aquéllas.⁸⁵

Nos resta mencionar que la sentencia *Texas v. Johnson*, así como la subsiguiente *United States v. Eichman*, han trascendido la frontera norteamericana y han influido en otras cortes constitucionales. Un ejemplo es Colombia, cuyo Tribunal Constitucional recurrió a ambos precedentes para resolver la inconstitucionalidad del artículo 461 del Código Penal que sancionaba con una multa el ultraje la bandera, el himno o el escudo de aquel país.⁸⁶

80 *Op.cit.*, p. 9.

81 *Idem.*

82 *Ibidem*, pp. 9-10. Uno de los ejemplos referidos por Pascucci es el de Walter F. Murphy que defiende la presencia de límites implícitos que puedan condicionar aquellos cambios constitucionales que tengan la capacidad de menoscabar el principio de dignidad humana.

83 *Correção legislativa da jurisprudência: Uma análise das emendas constitucionais em matéria tributária*, Río de Janeiro, editoria JC, 2015, p. 52.

84 *Ibidem*, p. 53.

85 Pascucci del Ponte, Enrico, *op.cit.*, p. 16.

86 Sentencia C-575/09, sobre todo pp. 31-32, en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-575-09.htm> (17 de mayo de 2018). En cuanto al influjo de la doctrina norteamericana

6. CONSIDERACIONES FINALES

La expresión simbólica como objeto de protección de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos requirió toda una senda procesal de aproximadamente sesenta años, en los que la Suprema Corte se enfrentó con realidades que suponían la transmisión de un mensaje a terceros a través de un medio simbólico efectivo para ello. El símbolo es más que un signo porque no solamente transmite conceptos, sino experiencias vitales; conlleva muchas veces una fuerza persuasiva mucho más fuerte que los escritos y las palabras. En todo el razonamiento de la Suprema Corte -desde *Stromberg* hasta *Eichman*- se advierte la seriedad con la que se afrontan expresiones que pertenecen al núcleo esencial del derecho de libertad de expresión al ser parte del lenguaje humano. Ningún interés gubernamental puede estar directamente dirigido a la supresión de este derecho. Si nos fijamos bien, cuando los defensores a ultranza del valor de la bandera como símbolo nacional pretenden convertirla en un principio supremo, están monopolizando en ella su visión unilateral de lo que debe ser su país. Más que simplemente manifestar un desacuerdo con el rumbo político del entonces gobierno estadounidense, Lee Johnson así como otros protagonistas de profanaciones de los símbolos patrios, están expresando en profundidad su desacuerdo con dicha visión monopólica de lo que deban ser los valores característicos de la Nación. Si algo define a la democracia es, precisamente, dar cabida a distintas maneras de concebir la realidad misma y la propia vocación nacional.

Otro aspecto interesante es la firmeza que la Corte Suprema demostró en el caso. En coherencia con sus propios precedentes desarrolló y afinó su doctrina sobre el lenguaje simbólico y no cayó en el juego de la simple emotividad social. Esto es importante porque las cortes constitucionales en su hermenéutica median entre el texto y la realidad en sus dimensiones profundas, pero no pueden, ni deben, traicionar el texto a favor de un fervor o sentimiento pasajero que pueda presentarse en la opinión pública mayoritaria del

sobre el lenguaje simbólico protegido, Jorge Climent Gallart concluye: “la tesis del lenguaje simbólico mantenida por el Tribunal Supremo Norteamericano ha tenido amplio acogimiento por parte del TEDH. No obstante, la mayoría de su Jurisprudencia se refiere a otras expresiones simbólicas, no tanto referido a las banderas. De hecho, nos encontramos ante una única sentencia sobre el *burning flag*, la cual, además, trata el tema de manera tangencial, y otra, referida al uso de una bandera, cuyo único significado atribuido por el Estado es cuestionado por el TEDH.” *Op cit.*, p. 320. En un caso en que se quemó públicamente el retrato de los monarcas españoles Juan Carlos I de Borbón y Sofía de Grecia, el Tribunal Constitucional español desestimó considerar la doctrina de Texas v. Johnson, porque sí encontró una incitación al odio y no simplemente una expresión simbólica aislada contra cierto partido o política gubernamental. Los hechos tuvieron lugar en una plaza pública de Gerona durante una manifestación previa a la visita de los Monarcas en el año 2007. Cfr. STC 177/2015 en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24578> (28 de abril de 2018). Sin embargo, el caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que consideró la conducta de la quema de los retratos como una expresión simbólica protegida bajo el amparo del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales por lo que no se trata de un discurso de odio, sino de una crítica política a la institución monárquica. Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (3ª. sección), caso *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, sentencia del 13 de marzo de 2018, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181719>

momento. Por supuesto que cabe la equivocación por parte de los tribunales, por supuesto también que existen maneras de rectificar e incluso las constituciones prevén medios para asegurar la sustitución de juzgadores que no cumplan con su función primordial; pero no puede aceptarse que los tribunales constitucionales se conviertan simplemente en un reflejo de lo que el arbitrio político o social pretendan. Probablemente, como algunos lo han dicho, el patriotismo norteamericano en torno a la bandera como símbolo de la unidad nacional refleje una inseguridad sobre el rumbo y la misión del propio Estado. Además, un argumento muy claro de la Corte en este caso fue que la profanación de la bandera como una realidad física que detenta valor simbólico no es capaz de destruirlo, sino por el contrario, muchas veces produce un aumento en el fervor ciudadano.

Por otra parte, puede válidamente sospecharse que detrás de esa reacción social, existe toda una carga de emociones que están identificando el ser y el deber ser nacionales con una ideología de partido, normalmente tendiente a afirmar una supremacía americana a costa de las demás naciones, olvidándose de los principios esenciales que definen a los Estados Unidos, el más importante, sin duda, el principio democrático. Baste releer la Declaración de Independencia de las Colonias del 4 de julio de 1776, para caer en la cuenta de que los verdaderos ideales que deben ser defendidos son los derechos inalienables de todos los hombres, creados iguales por su Creador, destacando entre éstos, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que los gobiernos se instituyen entre los hombres para asegurar estos derechos y que obtienen del consentimiento de los gobernados sus limitados poderes.

FUENTES DE CONSULTA

Fuentes bibliográficas y hemerográficas

Barak, Aharon, *Un juez reflexione sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*, trad. de Estefanía Vela Barba, México, Suprema Corte de Justicia, 2008.

Bomboy, Scott, "When Supreme Court Justices argued over the American flag", *Constitution Daily. Smart conversation from the National Constitution Center*, septiembre 27, 2017, <https://constitutioncenter.org/blog/when-supreme-court-justices-argue-over-the-american-flag>

Brennan, William J. Jr, "Construing the Constitution", *UC Davis Law Review*, v. 19, 1985.

Breyer, Stephen, *Cómo hacer funcionar nuestra democracia. El punto de vista de un juez*, trad. de Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

Climent Gallart, Jorge, "La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Madrid, núm. 28, 2015.

Dean, Alfange, Jr., "Free Speech and Symbolic Conduct: The Draft-Card Burning Case," *The Supreme Court Review*, Chicago, vol. 1968, 1968.

Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, Madrid, Thompson-Civitas, 2003.

Fioravanti, Maurizio, *Los Derechos Fundamentales*, 7a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2016.

Greenhouse, Linda, "Justices, 5-4, back Protesters' right to burn the flag", *The New York Times*, junio 22, 1989, <http://www.nytimes.com/1989/06/22/us/justices-5-4-back-protesters-right-to-burn-the-flag.html>

Grossi, Paolo, *Prima Lezione del Diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

Hamilton, Alexander, *The Federalist*, No, 78, *Independent Journal*, 1788, http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/federalista/78.html

Martínez Medizábal, Ignacio, *El primate que quería volar. Memorias de la especie*, Barcelona, Espasa-Calpe, 2012.

Neuborne, Burt, *El papel de los juristas y del imperio de la ley en la sociedad americana*, trad. de Montserrat Cuchillo Foix, Madrid, Civitas, 1995.

Pascucci De Ponte, Enrico, "Introducción a la reforma de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica", *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Madrid, vol. 2, 2004.

- *Periódico Revolución. La voz del Partido Comunista Revolucionario de los Estados Unidos*, no. 344, 10 de julio de 2014, <http://revcom.us/a/344/joey-johnson-25-anos-des-pues-del-fallo-de-la-suprema-corte-sobre-la-quema-de-la-bandera-es.html>

Prieto Antonelli, Leonardo, *Correção legislativa da jurisprudência: Uma análise das emendas constitucionais em materia tributária*, Río de Janeiro, editoria JC, 2015.

Scalia, Antonin y Garner, Bryan A, *Reading Law. The Interpretation of Legal Texts*, St. Paul, Thomson/West, 2012.

Urrutia Vélez, José Manuel, "La quema y profanación de banderas: análisis del tratamiento que recibe este tipo de expresión en Estados Unidos, Alemania y España", *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, San Juan, vol. 65, núm. 1, 1996.

Vilaro, Ramón, "La convención republicana se inauguró ayer bajo el lema de que los norteamericanos viven mejor ahora que hace cuatro años", *El País*, martes 21 de agosto de 1984, <https://elpais.com/diario/1984/08/21/internacional/461887217-850215.html>.

- "Los republicanos cierran filas en torno a Ronald Reagan. Medidas extremas de seguridad", *El País*, martes 21 de agosto de 1984, https://elpais.com/diario/1984/08/21/internacional/461887204_850215.html

Precedentes judiciales (por orden de citación)

- *Stromberg v. California*, 283 US. 359, http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/283/359/#writingUSSC_CR_0283_0359_ZS
- *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624/>

- *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/391/367#writing-USSC_CR_0391_0367_ZO
- *Street v. New York*, 394 U.S. 576, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/394/576>
- *Spence v. Washington* 418 U.S. 405, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/418/405>
- *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397#writing-USSC_CR_0491_0397_ZO
- *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444, https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/395/444#writing-USSC_CR_0395_0444_ZS
- *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/496/310>
- Sentencia C-575/09, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/c-575-09.htm>
- STC 177/2015, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24578>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Stern Taulats y Roura Capellera c. España*, sentencia del 13 de marzo de 2018, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-181719>

Otras páginas web (por orden de citación)

- <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Pleno/DecimaEpoca/293-2011PL%20CT%20Ejecutoria.pdf>
- <https://www.biography.com/people/oliver-wendell-holmes-jr-9342405>
- <https://constitutioncenter.org/blog/when-supreme-court-justices-argue-over-the-american-flag>

DE LOS REPRESENTANTES EN EL DERECHO ROMANO A LA NOCIÓN UNITARIA DE REPRESENTACIÓN NEGOCIAL: ETAPAS DE LA FORMACIÓN DE UNA CATEGORÍA GENERAL

Por ALDO PETRUCCI¹

RESUMEN: Esta breve investigación tiene la finalidad de seguir las distintas etapas históricas que llegaron a la formación de la categoría unitaria de la representación negocial. Se empieza con la descripción de lo que ocurrió en la experiencia jurídica romana, en donde si bien falta esta categoría general, existen varias figuras de representantes voluntarios. En dicha experiencia hubo toda una evolución desde la época más antigua, en que solamente podían tener la función de representante los miembros de la familia bajo la potestad del *pater*, a la clásica, cuando el desarrollo territorial, mercantil y social impuso el nacimiento de nuevas figuras de representantes (procurador, mandatario, factor de comercio) que paulatinamente se fueron independizando de la estructura familiar. Al final se llega a la codificación de Justiniano, en la que se denota un esfuerzo de racionalización de la materia, cuyos resultados se transmiten a la tradición jurídica sucesiva. En esta última se dio un impulso decisivo hacia un concepto general y unitario de la representación voluntaria gracias a los juristas del *ius commune* y luego a las corrientes del iusnaturalismo. Sus resultados fueron adoptados por los códigos civiles europeos del siglo XIX. Paralelamente, la ciencia jurídica alemana elaboró la idea que terminó por prevalecer, según la cual un supuesto es la relación exterior entre el representado y los terceros que actúan con el representante, que se fundamenta en el poder y tiene efectos inmediatos y directos para el propio representado y otro supuesto es la relación interior entre este último y el representante, con base en un esquema contractual o cuasi contractual. Esta teoría se trasplantó en el Código Civil alemán de 1900 e influyó en mayor o menor medida a las codificaciones europeas posteriores y los proyectos de armonización/unificación del derecho contractual europeo.

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. EL DERECHO ROMANO ARCAICO. 3. LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN EL DERECHO PRECLÁSICO Y CLÁSICO. 4. EL DERECHO JUSTINIANO Y LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANÍSTICA. 5. LAS EVOLUCIONES POSTERIORES EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS DE LOS SIGLOS XIX Y XX. 6. LAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO (DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE - DCFR). 7. CONCLUSIONES.

1 Profesor Catedrático de Derecho Romano y Fundamentos de Derecho Europeo en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia.

1. PREMISA

Es cierto que el derecho romano nunca construyó una categoría general de la representación negocial, sin embargo muchos de sus aspectos fueron desarrollados por la obra conjunta de los pretores y de los juristas durante la época del Principado (I siglo – mitad del III siglo d.C.) al punto que numerosos estudiosos contemporáneos destacan su contribución al respecto².

En el presente artículo me limitaré a examinar la sola representación voluntaria y a tratar sus distintas figuras a lo largo de toda la experiencia jurídica romana para seguir su evolución desde la edad arcaica hasta la codificación de Justiniano. Así se podrá apreciar cómo una situación en donde era excepcional y limitado el uso de un representante voluntario, se fue sustituyendo paulatinamente por otra mucho más compleja, en la que el ordenamiento reconoció a una pluralidad de sujetos el poder de actuar por cuenta de otros. El análisis del régimen jurídico de cada figura de representante, permitirá conocer específicos aspectos del fenómeno de la representación voluntaria, que se incluyeron en la compilación justiniana y que se transmitieron a la tradición jurídica posterior.

En efecto, con base en tales datos, la ciencia jurídica medieval y moderna pudo elaborar dogmáticamente la categoría general y unitaria de la representación. Luego pasaremos a considerar las opciones hechas por algunas modernas codificaciones europeas de los siglos XIX y XX, llegando como última etapa, al Proyecto de Armonización/Unificación de una parte del Derecho Privado Europeo (incluida la disciplina en materia contractual) conocido como *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*.

2. EL DERECHO ROMANO ARCAICO

En el lapso entre los orígenes de la ciudad de Roma (mitad del siglo VIII a.C.) y el IV siglo a.C., se puede observar un único tipo de representantes voluntarios: los esclavos e hijos puestos bajo la potestad del dueño o padre de familia (*dominus* o *pater familias*). Para los demás, valía el antiguo principio del derecho civil (*ius civile*) aún expresado en las Institutas de Gayo 2,95, según el cual nadie podría adquirir una cosa o un derecho por medio de otra persona que no fuera bajo su potestad y extraña a su familia:

-
- 2 Véase en la doctrina italiana, los recientes estudios monográficos de Briguglio, Filippo, *Studi sul procurator*, I, *L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano, Giuffré, 2007; Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, I, Milano, Giuffré, 2008 y Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Milano, Giuffré, 2008, con la indicación de la bibliografía anterior. Para una breve exposición general agréguese también mis obras: Petrucci, Aldo, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 286 a 291 y *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto* I, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 239 a 300.

«De lo que acabamos de comentar resulta que no podemos adquirir nada por medio de personas libres que no están sujetas a nuestra potestad y que no poseemos de buena fe así como por medio de esclavos ajenos, de los que no tenemos el usufructo ni una justa posesión. Y se expresa eso cuando se dice comúnmente que no podemos adquirir a través de una persona extraña ...»

(*Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur, an <per extraneam personam> nobis adquiratur*).

Tal principio refleja un ambiente familiar arcaico en donde el *pater familias*, en cuanto único titular del patrimonio, realizaba personalmente sus propias actividades de negocios, o bien utilizaba para ellas, a sus esclavos o hijos bajo su potestad, que estaban en ambos casos desprovistos de capacidad jurídica patrimonial³. Con referencia a ellos, los romanistas modernos suelen hablar de “*representantes orgánicos*”.

En las actividades jurídicas de los miembros de la familia que estaban bajo la potestad del padre, la representación funcionaba en un modo imperfecto: de hecho, si por el lado activo, adquisiciones y ganancias inmediatamente ingresaban en el patrimonio del titular de la potestad con los mismos efectos de una representación directa, por el lado pasivo, deudas y cargos no se transmitían al padre o patrón⁴.

Encontramos una confirmación, aunque limitada, en el contrato de estipulación (*stipulatio*) en la máxima que Ulpiano (un jurista que vivió en los inicios del III siglo d.C.) en D. 45,1,38,17 quien reconduce a Sabino (un jurista que vivió en las primeras décadas del siglo I d.C.) según la cual, mediante dicho contrato, no se podía adquirir un crédito a otra persona si el que se hace prometer (el estipulador) no es un esclavo o un hijo en potestad suya, pues las relaciones obligatorias nacientes de una estipulación se deben contraer personalmente:

«Nadie puede hacerse prometer con estipulación por cuenta de otro a excepción del esclavo que se haga estipular para su dueño o bien del hijo en potestad para su padre: en efecto las obligaciones de este tipo se han introducido para que cada uno adquiriera para sí mismo lo que es de su interés ...»

(*Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest...*).

3 Sobre estos orígenes y efectos véase Quadrato, Renato, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 38, Milano, Giuffrè, 1987, p. 426 y más recientemente Briguglio, Filippo, *Studi sul procurator*, cit., pp. 88 a 92.

4 Cf. Serrao, Feliciano, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli, Jovene, 2006, pp. 226 a 232.

En esta motivación, probablemente se revelan las razones más profundas de la máxima y que consisten en el carácter solemne y formal de los negocios más antiguos del *ius civile*, que exigían la presencia de las personas interesadas a los efectos de que el acto pudiera celebrarse.

3. LOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN EL DERECHO PRECLÁSICO Y CLÁSICO

La situación que acabamos de describir evolucionó profundamente a partir del final del III siglo a.C., cuando Roma pasa a una economía mercantil que impone un sistema más articulado de representación en la gestión de patrimonios y negocios, así como una mejor protección de los que celebraban contratos con personas sujetas a la potestad de un padre o un patrón.

En este contexto de cambios tan radicales, se ubican instituciones nuevas que se pueden reconducir al concepto de representación: el procurador (*procurator*) el mandatario (*mandatarius*) el comandante puesto a frente de la gestión de una empresa de navegación (*magister navis*) el factor de comercio gerente de una empresa comercial terrestre (*institor*) e hijos en potestad y esclavos que realizan actividades de negocios. En las tres últimas situaciones tiene un papel esencial la creación de las acciones adiecticias (*actiones adiecticiae qualitatis*) por parte del pretor. Todas estas nuevas figuras de representantes como veremos a continuación, paulatinamente vienen a desmoronar el principio de la imposibilidad de conseguir efectos jurídicos a través de personas libres no sujetas a la potestad del padre. Consideremos cada uno de estos tipos de representantes.

3.1. Procuradores y mandatarios

Empecemos con el procurador (*procurator*). Aunque existe una gran variedad de opiniones en seno de la doctrina moderna, hoy parece prevalecer la idea que su reconocimiento jurídico tuvo lugar entre fines del III e inicios del II siglo a.C. en el ámbito del *ius civile*, en donde emergió la figura del procurador de todos los bienes (*procurator omnium bonorum o rerum*) esto es, un administrador general del patrimonio de un padre de familia, pero no sujeto a su potestad. En un primer momento este procurador era elegido entre sus libertos y luego también entre personas extrañas pero siempre ligadas al ambiente familiar⁵. La relación jurídica que nacía entre él y el titular del patrimonio (el *dominus*) no se basaba en un contrato, sino en un acto unilateral, de naturaleza fiduciaria y denominado *procuratio*, con el cual el *dominus* le confiaba la

5 Véanse Miceli, Maria, “*Institor e procurator nelle fonti romane dell’età preclassica e classica*”, en: *IURA, Rivista internazionale di diritto romano e antico*, n. 53, Napoli, 2002 (publicado en 2005), pp. 95 a 96, y *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, cit., pp. 105 a 218 ; Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini*, cit., pp. 188 a 201, en donde también se comentan las teorías anteriores.

administración de sus negocios. Por lo tanto, sus recíprocas pretensiones se regulaban con las acciones de gestión de negocios ajenos directa y contraria (*actio negotiorum gestorum directa aut contraria*)⁶.

En cambio, en el mandato, el mandatario se obligaba a cumplir con un cargo en nombre propio y por cuenta del mandante mediante un contrato, surgido probablemente al interior del *ius gentium*, fundado en la buena fe y libremente celebrado por las partes. Su ingreso en el mundo del derecho fue obra de la jurisdicción pretoria (en un origen, del pretor peregrino) confluyendo después durante el I siglo a.C. en el *ius civile*. Aunque inspirado a los valores de amistad y confianza, su régimen jurídico vino desarrollándose conformemente a las dos líneas del consensualismo y de la buena fe objetiva así como los demás contratos consensuales (compraventa, arrendamiento y sociedad) pero sin previsión de fondos para el cumplimiento del cargo. Por medio de este contrato, se realizaba una forma de representación indirecta, en cuanto que los efectos de los actos del mandatario antes se producían en su esfera jurídica y luego con acto separado en la del mandante⁷.

Al procurador encargado de la administración de todos los bienes del titular se agregan a partir del siglo I a.C., dos figuras más de procurador: el procurador especial, nombrado cada vez para actos y negocios singulares (*procurator unius rei*) y el procurador procesal encargado de la representación de una de las partes en un litigio (*procurator ad litem*). Los dos reciben el cargo de la representación no en fuerza de una relación potestativa, sino de un vínculo contractual, que numerosos textos conservados en el Digesto de Justiniano, identifican con un mandato⁸.

Esta atracción en la órbita del mandato es una consecuencia de la acentuación en la figura del procurador del deber de cumplir con el cargo, que sin duda la acercaba a la del mandatario. Si el resultado final de este acercamiento es cierto y bien documentado en las fuentes jurídicas, existe mucha incertidumbre en la doctrina moderna acerca de sus etapas históricas, puesto que no es muy claro cuáles datos se pueden remontar a los juristas clásicos y cuáles por el contrario, se deben a las manos de los compiladores de Justiniano. Sin embargo, hoy parece prevalecer una orientación más favorable a la genuinidad de la mayoría de los textos que se nos han transmitido⁹.

6 Cf. Arangio Ruiz, Vincenzo, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1965, pp. 7 a 12; Provera, Giuseppe, "Mandato (storia)", en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 25, Milano, Giuffrè, 1975, p. 313; Martini, Remo, "Mandato nel diritto romano", en: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, n. 11, Torino, UTET, 1994, pp. 198 a 199; Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini*, cit., pp. 202 a 235.

7 Además de aquellos indicados en la nota al pie anterior, véase el recién estudio de Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, cit., pp. 239 a 247.

8 Cf., por ej., D. 41, 1, 13 (Nerat. 6 reg.); D. 3, 3, 1 pr. - 1 (Ulp. 9 ad ed.); D. 3, 3, 63 (Mod. 6 diff.), todos comentados a continuación.

9 Cf. Martini, Remo, "Mandato nel diritto romano", cit., p. 199; Miceli, Maria, "Institor e procurator", cit., pp. 121 a 127, y *Studi sulla «rappresentanza»*, cit., pp. 233 a 300 y Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., pp. 263 a 327.

Gracias a la conexión entre las dos figuras de procurador arriba mencionadas y el mandato, se llega a admitir que en este contrato se incluye también la relación entre el procurador encargado de la administración de un patrimonio entero o de una rama de él (*procurator omnium bonorum*) y su titular: en este caso se habla de un mandato general con la finalidad de realizar una pluralidad o todos los negocios del representado, que se contrapone a los mandatos especiales para llevar a cabo cargos específicos¹⁰. En un conocido fragmento de Ulpiano, en D. 3, 3, 1 pr. - 1 (Ulp. 9 *ad ed.*) puesto en la apertura del título D. 3, 3 que trata de los procuradores y defensores, se define el procurador como el que administra los negocios ajenos por mandato del titular, bien sea en vía general así como para la realización de negocios singulares, con posibilidad de nombrarlo entre presentes o ausentes mediante una carta o un mensajero:

«Procurador es quien administra negocios ajenos por mandato del titular. 1. Luego un procurador encargado de la administración bien sea de todos los bienes así como para un solo negocio, se puede nombrar o entre presentes o bien por medio de un mensajero o una carta »

(Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat. 1. Procurator autem vel omnium rerum vel unius rei esse potest constitutus vel coram vel per nuntium vel per epistulam ...).

Un texto debido a Neracio, un jurista del siglo I d.C., ubicado en D. 41, 1, 13 (Nerat. 6 *reg.*) después de haber relacionado el poder de un procurador especial de adquirir una cosa con un mandato celebrado con el representado, destaca otro elemento fundamental que caracterizaba al procurador: su legitimación para transmitir al mandatario la propiedad de la cosa comprada a su nombre incluso en el caso de que éste ignorase que se la hubiera sido entregada:

«Si un procurador ha comprado para mí una cosa por un mandato mío y ésta le ha sido entregada a mi nombre, adquiero su dominio, aunque lo ignore...»

(Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietas, acquiritur etiam ignoranti ...).

Dicha legitimación probablemente surgió para el procurador general (*omnium rerum*) extendiéndose luego a las demás figuras de procurador. Su existencia impidió una plena identificación con el mandatario que no la tenía, no obstante la conexión apenas expuesta entre los dos tipos de representantes.

Paralelamente, la reflexión jurídica también se concentra en el contenido y los límites de los poderes de que dispone un representante general, al que el *dominus* le haya

10 Sobre tal punto se renvía al análisis de Arangio Ruiz, Vincenzo, *Il mandato in diritto romano*, cit., pp. 52 a 62 y de Nicosia, Giovanni, "Gestione di affari altrui (storia)", en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 18, Milano, Giuffrè, 1969, pp. 630 a 631. Cf. también Miceli Maria, *Studi sulla «rappresentanza»*, cit., pp. 321 a 331.

confiado la libre administración de sus bienes. Cuatro textos ubicados en sucesión en el título 3, 3 del Digesto, nos permiten definir un cuadro bastante completo. Los primeros dos pertenecen al jurista Paulo: D. 3, 3, 58 (71 *ad ed.*) y D. 3, 3, 59 (10 *ex Plaut.*). En ellos se precisa que la libre administración de un patrimonio ajeno confiada en vía general (*libera administratio rerum generaliter commissa*) comprende, aunque no atribuidos expresamente, un conjunto de poderes instrumentales, así como cobrar el credito, pagar deudas, celebrar novaciones y permutas:

D. 3, 3, 58: «*El procurador al que le fue confiada en vía general la libre administración de los bienes, puede reclamar el cumplimiento de obligaciones, celebrar novaciones y permutar una cosa con otra*»

(*Procurator, cui generaliter libera administratio rerum commissa est, potest exigere, novare, aliud pro alio permutare*).

y

D. 3, 3, 59: «*Mas se considera que también se le haya dado mandato de pagar a los acreedores*»

(*Sed et id quoque ei mandari videtur, ut solvat creditoribus*).

En el texto sucesivo de D. 3, 3, 60, siempre de Paulo (4 *resp.*) se excluye que un mandato general pueda extenderse al poder de transacción de una controversia, salvo que sea indicado expresamente y la consecuencia es que el mandante que no haya ratificado la transacción, sigue pudiendo ejercitar las acciones para reclamar sus pretensiones:

D. 3, 3, 60: «*En un mandato general no está incluido el poder de realizar una transacción para solucionar una controversia y por ende, si quien dio el mandato, no ha ratificado la transacción, no puede ser rechazado con base en ella, en el ejercicio de sus acciones*»

(*Mandato generali non contineri etiam transactionem decidendi causa interpositam: et ideo si postea is qui mandavit transactionem ratam non habuit, non posse eum repellere ab actionibus exercendis*).

En cambio el último de los cuatro textos, atribuido a Modestino en D. 3, 3, 63 (6 *diff.*) subraya que a un procurador general le estaba prohibido sin un mandato especial por parte del representado, enajenar sus cosas muebles, inmuebles y esclavos, exceptuándose sólo los frutos y las demás cosas deperibles:

D. 3, 3, 63: «*Un procurador de todos los bienes al que le fueron confiadas cosas para administrar, no puede enajenar las cosas del dominus, muebles o inmuebles o esclavos, sin su mandato especial a excepción de los frutos y de las demás cosas que fácilmente se corrompen*»

(*Procurator totorum bonorum, cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles vel immobiles neque servos sine speciali domini mandatu alienare potest, nisi fructus aut aliae res, quae facile corrumpi possunt*).

La necesidad de un mandato específico se requiere también en el caso de bienes del *dominus* que el procurador quiera dar en prenda, como se dice en D. 13, 7, 11, 7 (Ulpiano, 28 *ad ed.*):

«Si mi procurador o tutor ha dado en prenda una cosa, él mismo podrá ejercitar la acción para la restitución de la cosa dada en prenda; lo que ocurre al procurador sólo si le fue confiado el mandato de dar cosas en prenda»

(*Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pigneraticia poterit: quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare*)¹¹.

Todos los textos considerados explican también la afirmación contenida en D. 17, 1, 5 pr. – 1 (Paul. 32 *ad ed.*) según la cual el mandatario debe observar con diligencia los límites del cargo recibido, determinándose en caso contrario, el incumplimiento de su obligación y la consecuente responsabilidad.

3.2. Los representantes comerciales y la evolución de la representación al interior de la familia

El nuevo cuadro económico – social del lapso entre el final del siglo III y la mitad del siglo II a.C., también implica el empleo de esquemas de organización para el ejercicio de las actividades empresariales, en donde el empresario marítimo o terrestre confiaba su gestión a un representante, comandante de la nave (*magister navis*) o bien un factor de comercio (*institor*) reclutado entre las personas sujetas a su potestad (hijos o esclavos). Esta situación empuja la jurisdicción pretoria (en los inicios probablemente, la del pretor peregrino) a crear dos específicas acciones: *exercitoria* en contra del armador de la nave e *institoria* en contra del titular de una empresa terrestre, con la motivación de tutelar la confianza de los contratantes con las personas bajo la potestad del empresario, a las que les había sido atribuida la gestión de la actividad empresarial marítima o terrestre¹².

Como puntualmente observa Gayo (*Inst.* 4, 71) puesto que los contratos celebrados con las personas bajo potestad, se debían reputar celebrados por voluntad del titular de la misma, el pretor había considerado como sumamente conforme a la equidad (*aequissimum esse*) la previsión de una responsabilidad suya por el incumplimiento de las obligaciones, que los acreedores podían hacer valer por medio de las acciones *exercitoria* e *institoria*:

11 Sobre este texto, cuya paternidad es muy discutida cf. Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentanza»*, cit., pp. 149 a 150 y Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., p. 228, con otras indicaciones bibliográficas.

12 Al respecto véase Cerami, Pietro, “Introduzione allo studio del diritto commerciale romano”, en: Cerami, Pietro, Petrucci, Aldo: *Diritto commerciale romano. Profilo storico**, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 38 a 67. En la óptica de la protección de los terceros contratantes con los gerentes de una empresa sujetos a la potestad del pater me permito renviar a mi investigación Petrucci, Aldo, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori I*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 9 a 115.

«Por la misma razón el pretor dispuso dos otras acciones: *exercitoria* e *institoria*. La acción en contra del armador (*exercitoria*) se aplica cuando un padre o un patrón ha nombrado a un hijo bajo potestad o a un esclavo como comandante de la nave y alguien ha contratado con él en el ámbito de los poderes, que le han sido confiados. En efecto, puesto que se considera que dicha actividad contractual se ha celebrado por voluntad del padre o patrón, pareció muy equitativo al pretor dar en contra de ellos la acción para la totalidad de las deudas incumplidas. Y aunque pusieron como comandante a un extranjero, esclavo de otro o bien persona libre y no sujeta a potestad, sin embargo se concede la acción pretoria en contra de ellos ... En cambio, la acción *institoria* se utiliza cuando alguien ha puesto al frente de una actividad comercial o de cualquier otra actividad empresarial “terrestre” a un hijo bajo potestad o a un esclavo o bien a un extranjero, esclavo de otro o libre no sujeto a potestad y se ha celebrado con él un contrato en el ámbito de los poderes, que le habían sido confiados»

(*Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navis praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus fuerit, <negotium> gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem dari. Quin etiam, licet extraneum quisque magistrum navis praeposuerit sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in eum redditur ... Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia cui praepositus est contractum fuerit*).

Por lo tanto, es de la imputabilidad de la actividad contractual directamente a la voluntad del padre o patrón que deriva el régimen de su responsabilidad integral para las obligaciones incumplidas por parte del representante encargado de la gestión de la empresa.

Siempre en el curso del II siglo a.C., se ubica también la introducción del triple edicto (*triplex edictum*) llamado así porque incluía a tres acciones: la acción “dentro de los límites del valor del *peculio*” (*actio de peculio*) la “dentro de los límites del enriquecimiento conseguido por el potestad habiente” (*actio de in rem verso*) y la “con base en la orden del potestad habiente” (*actio quod iussu*). Las tres acciones estaban a disposición de los acreedores que hubiesen celebrado un negocio con una persona sujeta a la potestad de otro (*alieni iuris*) como indican las propias palabras edictales: “Por el hecho de que se haya celebrado un negocio con quien estaba bajo la potestad de otro” (*Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit*) que Ulpiano refiere en D. 15.1.1 pr. – 2:

«El pretor siguió un orden según el cual anteriormente son expuestos los contratos de quienes están bajo la potestad de otros, que otorgan <al acreedor> una acción para reclamar una responsabilidad integral <del titular de la potestad> y luego se ha incluido el presente edicto, en que se otorga la acción dentro de los límites del *peculio*. Este edicto es triple, pues de ello derivan la acción dentro de los límites del *peculio* o la acción dentro de lo que fue transmitido directamente en el patrimonio

<de la potestad habiente> o la acción basada en una orden suya. Las palabras con las que empieza el edicto son las siguientes: “Por el hecho de que se haya celebrado un negocio con quien estaba bajo la potestad de otro”»

(*Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum qui alienae potestati subiecti sunt, qui in solidum tribuunt actionem, sic deinde ad hunc pervenire, ubi de peculio datur actio. Est autem triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio. Verba autem edicti talia sunt: ‘Quod cum eo, qui in alterius potestate esset, negotium gestum erit’*).

De tal modo la actividad contractual del sujeto a potestad, realizada o no en el marco del ejercicio de una empresa ya no habría transmitido al titular de la potestad las solo ventajas de ella, sino lo habría vinculado también a las deudas; esto valía para los contratos celebrados por su orden (*iussum*) de los que procedía una responsabilidad total del padre o patrón, que los acreedores podrían reclamar con la *actio quod iussu*, así como para los contratos inherentes a las actividades gestionadas con el peculio, que implicaban una responsabilidad del potestad habiente limitada al monto del valor del propio peculio (mediante *l'actio de peculio*) o de las ganancias obtenidas con ello y transmitidas directamente en su patrimonio (mediante *l'actio de in rem verso*)¹³.

En los casos de representación por parte de un comandante de la nave o bien de un factor de comercio, en el transcurso entre I y III siglo d.C., tiene lugar una ulterior evolución.

El texto mencionado arriba de las Instituciones de Gayo (4, 71) demuestra que la función de representante del empresario en la gestión de la actividad económica, podía ser atribuida a personas ajenas a la familia (siervos ajenos y hombres libres distintos de los hijos sujetos a potestad) reconociendo un papel central no al elemento potestativo, sino al acto del nombramiento (*praepositio* como factor de comercio o bien como comandante de la nave) como fuente de los poderes de representación, al que se agregaba una relación contractual de arrendamiento de obra (si el encargo era remunerado) o de mandato (si era gratuito) entre representado y representante (en caso de hombre libre) o su dueño (en caso de siervo ajeno) o bien una relación cuasi contractual de gestión de negocios ajenos. Consecuentemente el jurista sostiene la total irrelevancia del *status* personal del representante puesto a frente de la gestión de una actividad económica, con la finalidad de permitir a sus acreedores reclamar la responsabilidad integral del empresario representado para las deudas contraídas¹⁴.

13 Cf. una vez más Cerami, Pietro, “*Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*”, cit., pp. 42 a 50, 61 a 67 y también mi estudio Petrucci, Aldo, “*Per una storia della protezione*”, cit., pp. 79 a 115.

14 Otros ejemplos en D. 14, 3, 20 (Scaev. 5 *dig.*), que trata de un factor libre puesto a frente de un banco, que asume la obligación de restituir una suma de dinero recibida por cuenta del banquero titular, y en D. 14,3,19,1 (Pap. 3 *resp.*), en que el cambio de *status* de esclavo a liberto, del factor de comercio no incide en la posibilidad de sus acreedores de ejercitar la acción en contra del empresario que lo había encargado de la gestión. Véanse al respecto Cerami, Pietro, *Introduzione allo studio*, cit., pp. 47 a 50;

Además una orientación de la jurisprudencia, debida a Marcelo (II siglo d.C.) conocida por Gayo y luego probablemente compartida por Ulpiano¹⁵, reconoce también al empresario representado la facultad de ejercitar la acción institoria directamente en contra de los contratantes deudores del factor de comercio (*institor*) que no hayan cumplido, mientras que para la acción en contra del armador (*actio exercitoria*) se llega a un idéntico resultado por medio de la intervención de los gobernadores provinciales y de los prefectos del abastecimiento (*praefecti annonae*) que otorgan la misma acción también al armador en contra de los deudores del comandante de la nave¹⁶.

De tal modo las dos acciones que eran “*unidireccionales*”, en cuanto utilizables sólo por los acreedores del representante en contra del representado, se convierten en “*bidireccionales*”, dado que también este último puede ejercitarlas directamente en contra de los deudores del propio representante¹⁷.

A Papiniano verosímilmente se debe el reconocimiento de una nueva figura de procurador: el *procurator praepositus*, esto es, un representante encargado de la gestión de una actividad económica no necesariamente de tipo empresarial. Su relevancia jurídica se realiza mediante la introducción sugerida por este jurista, de un nuevo remedio procesal, la “*acción en vía útil modelada sobre el ejemplo de la acción institoria*”, también llamada acción “*cuasi institoria*” (*actio utilis ad exemplum institoriae* o *quasi institoria*)¹⁸. En efecto, como resulta de D. 14, 3, 19 pr. (Pap. 3 *resp.*) el *dominus* ha nombrado a un procurador no para la gestión de una empresa comercial terrestre, sino para recibir dinero en préstamo y la acción prevista por Papiniano sirve a los acreedores para reclamar la responsabilidad del propio *dominus* en el caso de que el procurador no haya restituido las sumas mutuadas. De tal modo el jurista asemeja pero sin identificarlas a las dos figuras de representantes: el procurador puesto a frente de una gestión patrimonial y el factor de comercio encargado de la gestión de una actividad empresarial. Por lo tanto, a los acreedores del procurador o del factor de comercio se les daba la posibilidad según los casos, de utilizar una u otra acción para reclamar una responsabilidad integral y directa del representado (titular del patrimonio o de la empresa) que se añadía en vía alternativa, a la del propio representante. Así se llega al resultado de imputar directamente al representado por lo menos por el lado pasivo, los efectos de una actividad jurídica del representante libre y no sujeto a potestad también fuera de un nombramiento en sentido técnico, como factor de comercio o comandante de nave¹⁹.

Miceli, Maria, “Institor e procurator nelle fonti romane”, cit., pp. 69 a 81; Petrucci, Aldo, *Per una storia della protezione*, cit., pp. 14 a 53, con más bibliografía.

15 V. D. 14, 3, 1 (Ulp. 28 *ad ed.*).

16 Cfr. D. 14, 1, 18 (Ulp. 28 *ad ed.*).

17 En tal óptica véase Coppola Bisazza, Giovanna, “*Dallo iussum domini*”, cit., pp. 236 a 261.

18 Cf. por ej., D. 14, 3, 19 pr. (Pap. 3 *resp.*), sobre el cual se renvía a Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentanza»*, cit., pp. 338 a 340 y Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., pp. 250 a 254.

19 Al respecto cf. Briguglio, Filippo, *Studi sul procurator*, cit., pp. 396 a 399; Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., pp. 247 a 261.

3.3. La superación de la prohibición de adquirir algo mediante un representante extraño a la familia

De lo que acabamos de decir en el encabezado 3.2, se deduce claramente cómo el principio del antiguo *ius civile*, recordado anteriormente (§ 2) según el cual no se podían adquirir cosas o derechos por medio de personas no sujetas a la potestad del *pater familias*, se había ya superado o estaba en vía de superación en el ejercicio de las actividades empresariales y económicas.

Siempre en el transcurso entre I y II siglo d.C., este principio del *ius civile* sufre otras excepciones debidas al cambio de la noción de “*persona extraña*” (*extranea persona*). De hecho, no se considera como tal, el hombre libre que alguien hubiera poseído en buena fe al creerlo su esclavo, ni el esclavo ajeno objeto de usufructo o bien de posesión de buena fe. Luego se da relevancia más al elemento de la comunidad familiar (*domus*) que de la potestad, no calificando como extraños a los libertos, clientes, amigos e incluso trabajadores libres asalariados (*mercennarii*). La consecuencia es que los juristas admiten que se pueda adquirir directamente a través de estas categorías de personas, cuando actúen como representantes²⁰.

Aun más, también la adquisición directa de la posesión por medio de un representante se convierte en otra excepción del antiguo principio del *ius civile*, gracias a la intervención de la Cancillería Imperial, que supera las incertidumbres manifestadas por los juristas. Fundamental al respecto es una constitución de los emperadores Septimio Severo y Caracalla del año 196 d.C. (contenida en el Código de Justiniano, C. 7, 32, 1) en la que se afirma que la posibilidad de conseguir la posesión directa de algo, a través de un representante, a pesar de la ignorancia del representado, fue recibida por el ordenamiento por razones jurídicas y de utilidad común, mientras que se exige su conocimiento para realizar la usucapión:

«Desde hace tiempo fue recibido <por el ordenamiento> en razón de la utilidad así como del derecho, que mediante una persona libre, se adquiere la posesión también a quien lo ignore y que después de su conocimiento, puedan comenzar las condiciones de la usucapión»

(Per liberam personam ignorantem quoque adquiri possessionem, et, postquam scientia intervenerit, usucapionis condicionem inchoari posse tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est).

Es probable que en el caso concreto original, la decisión de la Cancillería Imperial hiciera referencia sólo a la adquisición de la posesión de parte de un procurador, requiriéndose en cambio el conocimiento del representado para la adquisición de la propiedad²¹.

20 Véase Quadrato, Renato, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, cit., pp. 427 a 428.

21 Cf. Quadrato, Renato, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, cit., pp. 426 a 427, más recientemente, Briguglio, Filippo, *Studi sul procurator*, cit., pp. 172 a 181; Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentan-*

De todos modos, el texto en su formulación actual, prueba una admisión general de la representación directa en materia posesoria, que desde su inicio, reviste importantes implicaciones también para la adquisición de la propiedad de las *res nec Mancipi*, una categoría que incluía todas las cosas, exceptuados los fundos en Italia, los esclavos, los animales para el trabajo o el transporte y las más antiguas servidumbres prediales, que por el contrario, formaban la categoría de las *res Mancipi*. En efecto, si el representado estuviera en el conocimiento de la adquisición de la posesión realizada por su representante, su transmisión mediante el acto de entrega (la *traditio*) normalmente implicaría también la transmisión de la propiedad.

3.4. El gestor de negocios ajenos y el falso representante

En el mismo lapso temporal (I – II siglo d.C.) en seno a la jurisprudencia, se hace una distinción entre el procurador con mandato y el procurador que se ofrece a realizar negocios ajenos, sin haber recibido un mandato (*procurator qui alienis negotiis se offert*). Al respecto, los textos hablan de un “verdadero procurador” (*verus procurator*) con referencia al representante que haya recibido un mandato por el representado y de un “falso procurador” (*falsus procurator*)²², con referencia a quien haya simulado su función de procurador, mientras que en realidad, no era tal, porque no le habían sido atribuidos poderes de representación o bien había excedido de los límites de los que se le habían confiado. Y es al interior de esta segunda situación que se desarrolla la diferencia entre el falso procurador, que se considera como representante, aunque sepa que no lo es y gestor espontáneo de negocios ajenos (*negotiorum gestor*) que en cambio, no simula poderes de representación. Sin embargo, los contornos de estas dos figuras se entrelazan y se confunden durante largo tiempo²³.

Para los actos realizados por el falso procurador, la mayor preocupación de los juristas atañe la ratificación por parte del titular y sus efectos, no existiendo dudas acerca de la imputación a quien los realizó y su responsabilidad. Según una definición muy conocida de Ulpiano (80 *ad ed.*) en D. 46, 8, 12, 1, la ratificación es el reconocimiento y la aprobación de la actividad del falso representante por parte del titular (el *dominus negotii*) que por lo tanto, acepta las consecuencias de ella que vengan a incidir en su esfera jurídica:

«Ratificar un acto es esto: aprobar y reconocer lo que fue hecho por el falso procurador».

(*Rem haberi ratam, hoc est, comprobare agnoscereque quod actum est a falso procuratore*).

za», cit., p. 277 a 284 y Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., p. 209 a 222, que discuten toda la doctrina anterior.

22 Para su indicación véase Quadrato, Renato, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, cit., p. 425, notas 89 e 95.

23 Sobre la evolución de las características de la gestión de negocios ajenos cf. la monografía de Finazzi, Giovanni, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* I, Napoli, Jovene, 1999.

Otro texto igualmente célebre, del mismo jurista en D. 46, 3, 12, 4 (Ulp. 30 *ad Sab.*) equipara la ratificación a un mandato, con la consecuencia de que se determina la liberación del deudor que haya pagado a un falso procurador del acreedor, cuando éste la ratifique:

«Más también si yo pago no al verdadero procurador, pero luego el titular ratifica lo que se pagó, tiene lugar la liberación: en efecto la ratificación se compara a un mandato».

(Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus quod solutum est, liberatio contingit: rati enim habitio mandato comparatur).

Y símilmente en el texto de D. 3, 3, 60 mencionado arriba (*sub* 3.1) cuando interviene la ratificación del mandante, para él surten los efectos de la transacción realizada por el mandatario general.

De los pocos ejemplos analizados, claramente se deduce que las actividades del falso procurador no se reflejan en la esfera jurídica del *dominus* sin su ratificación y que una relación se constituye sólo entre el representante sin poderes o que haya excedido de ellos y el tercero contratante, que puede reclamar en juicio su responsabilidad.

3.5. Primeros gérmenes de la idea del representante aparente

En un texto del jurista Paulo (1 *decr.*) ubicado en D. 14, 5, 8 se trata un caso, cuya solución parece conexa a la problemática moderna de la representación aparente. La situación de partida es la siguiente: un empresario financiero (quizás un banquero) llamado Ticiano Primero, había nombrado a un esclavo suyo como factor, encargándolo de conceder préstamos garantizados por prendas. Además de tal actividad, el factor estaba acostumbrado a dar créditos a quienes compraban cebada de los comerciantes, fungiendo como delegado de los compradores para el pago del precio. Llega un momento en que el siervo factor huye sin pagar a un comerciante de cebada al que había sido delegado por el comprador, a dar el precio. Por lo tanto el comerciante llama a juicio al titular de la empresa, Ticiano Primero, que le opone la excepción que no era responsable, dado que el factor había actuado fuera de los poderes que le habían sido confiados.

Sin embargo, el actor logra probar que el factor normalmente desarrollaba también otras actividades económicas y que muchas veces había rivestido la función de delegado de los compradores de cebada para el pago del precio. Consecuentemente el prefecto del abastecimiento (*praefectus annonae*) que era el juez de este juicio, emite una sentencia favorable al comerciante.

A este punto el jurista Paulo manifiesta una observación crítica sobre esto fallo, pues siendo la intermediación financiera del factor comparable a una fianza, en cuanto que no se limitaba a asumir la deuda de los compradores, sino también la pagaba, este poder no estaba incluido dentro de aquellos que se le habían sido atribuidos. Pero en

el juicio de apelación, el tribunal del emperador confirma la sentencia del prefecto, con base en el supuesto de que Ticiano Primero se había hecho sustituir por su esclavo factor en todas sus actividades²⁴.

En el tratamiento de este caso, emergen dos distintas perspectivas. La primera, conforme a los principios del derecho pretorio u honorario (*ius honorarium*) que es la explicada por Paulo, cuando: a) expone la argumentación de Ticiano Primero a su defensa, según la cual, no estando las actividades de intermediación crediticia incluidas en las específicas indicadas en el acto de nombramiento, no se podía reclamar su responsabilidad para su realización; b) critica las motivaciones en las que se fundamenta la sentencia del prefecto del abastecimiento, porque, siendo dicha intermediación equiparable a una fianza, y no habiendo el factor recibido el correspondiente poder, no existía una responsabilidad del titular de la empresa. Como es evidente, los comentarios del jurista reconocen un papel fundamental y exclusivo al elemento de la voluntad del representado, que se expresa en el acto de nombramiento del factor.

La segunda perspectiva se percibe en las motivaciones, en las que se basan las sentencias del prefecto del abastecimiento y luego del emperador: en lugar de la voluntad del representado, se le da mayor relevancia al perfil objetivo de la confianza de los terceros que celebraron sus contratos con el factor. En esta óptica el complejo de las actividades efectivamente realizadas por este último en el ejercicio de la empresa, prevalece sobre el elemento de la voluntad del titular. En términos modernos, podría afirmarse que esta segunda perspectiva está encaminada a tutelar la confianza de los contratantes con el factor, ocasionada por una situación de apariencia, que se determina por el conjunto de la conducta del representante que actúa fuera de sus poderes y del representado que lo tolera o lo ignora culposamente.

4. EL DERECHO JUSTINIANO Y LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANÍSTICA

4.1. El cuadro general emergente de la codificación de Justiniano

La pluralidad de figuras de representantes voluntarios, que acabamos de describir en los encabezados precedentes (procuradores, mandatarios, factores de comercio, comandantes de nave, personas sujetas a la potestad del *pater familias*, sus amigos,

24 El texto latín de D. 14, 5, 8 es el siguiente: *Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. Cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. Dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, nam <corr. Mommsen> pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse. Sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator. Véase al respecto mis comentarios en Petrucci, Aldo, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori* I, cit., pp. 33a 37.*

clientes y empleados libres) permanece también en el derecho justiniano, en donde se manifiestan evidentes esfuerzos de simplificación y racionalización sistemática, por parte de los compiladores del *Corpus Iuris Civilis*.

En primer lugar, se hace una clara distinción entre procuradores, cuya actividad siempre resulta conexas a un mandato y gestores de negocios ajenos, que actúan sin haber recibido un cargo contractual, con una definición más precisa de sus contornos jurídicos²⁵.

Luego, trasluzca una nueva realidad en la que la posibilidad de cumplir actos jurídicos mediante representantes libres y extraños, se convierte en un criterio general, abandonándose definitivamente las limitaciones procedentes del derecho arcaico²⁶, aunque formalmente aún considerado como vigente. De eso constituye un importante testimonio el pasaje de las Institutas de Justiniano (2, 9, 5) en donde anteriormente se afirma el antiguo principio, por el cual nadie puede adquirir una cosa o un derecho por medio de una persona extraña, e inmediatamente después se niega su aplicación en los casos previstos en la constitución de Septimio Severo y Caracalla (en C. 7, 32, 1, analizada arriba, § 3.3) que admitía la adquisición directa al representado, consciente o ignorante, de la posesión de las cosas conseguida por su procurador. La consecuencia era que si el tercero que había entregado la cosa al procurador, fuera su propietario, la propiedad de ella pasaría inmediatamente al representado, si no lo fuera, este último adquiriría la propiedad con el transcurso del tiempo para la usucapión:

«Por eso aparece evidente que por ninguna razón, se puede adquirir algo por medio de hombres libres que no están sujetos a vuestro poder ni que poseáis <como esclavos> en buena fe, así como mediante esclavos ajenos, sobre los cuales no tenéis ni el usufructo ni una justa posesión. Esto es lo que se dice que no se puede adquirir nada a través de una persona extraña. Sin embargo, se exceptúa el caso en que se estableció que por medio de una persona libre o un procurador, se pueda adquirir la posesión no sólo sabiéndolo, sino también ignorándolo, según la constitución del divino Severo, y que a través de tal posesión, se pueda adquirir también el dominio, si el que entregó la cosa fue su propietario, o bien comenzar la usucapión o la prescripción de largo tiempo, si el que la entregó, no fuera tal».

(Ex his itaque apparet per liberos homines, quos neque iuri vestro subiectos habetis neque bona fide possidetis, item per alienos servos, in quibus neque usum fructum habetis neque iustam possessionem, nulla ex causa vobis adquiri posse. Et hoc est, quod dicitur per extraneam personam nihil adquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam veluti per procuratorem placet non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis adquiri possessionem secundum divi Severi constitutionem et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit).

25 Cfr. I. 3, 27, 1.

26 Da Quadrato, Renato, *“Rappresentanza (diritto romano)”*, cit., p. 433.

El contenido de este texto es fundamental hacia una apertura generalizada del principio de la representación directa en la adquisición de la propiedad de algo, puesto que desaparecida la diferencia entre las dos antiguas categorías de cosas (*res Mancipi* y *res nec Mancipi*) la entrega (*traditio*) permanece como el único acto *inter vivos* para la transmisión de la propiedad sobre cualquier cosa²⁷.

Además en toda la codificación justiniana, se percibe una marcada tendencia de extender formas de representación directa e inmediata también a algunas relaciones obligatorias por el lado bien sea activo como pasivo, reconociendo una eficacia general a una serie de textos clásicos que la preveían²⁸.

4.2. Breve panorámica de la ciencia jurídica medieval y moderna anterior a las codificaciones

Como aprendemos de las palabras de Acursio en la glosa *Nihil agit* ad I. 3, 19, 4, la doctrina dominante en seno a los Glosadores, entiende el principio del antiguo *ius civile* aún expresado en las Institutas de Justiniano 2, 9, 5 (“no se puede adquirir nada a través de una persona extraña”) en un sentido riguroso, de modo que de un lado, se proclama una prohibición general de la representación directa (y del contrato a favor de un tercero) mientras que por el otro, se reconocen numerosas excepciones (dieciséis) a tal prohibición con referencia a algunos tipos de actos llevados a cabo por un procurador, para conciliar los distintos datos contenidos en los textos de la codificación justiniana.

Sin embargo, en una distinta glosa *Nihil agit* ad I. 3, 20, 4, el propio Acursio refiere el pensamiento innovador de otro grande Glosador, Martino Gosia, que expresa una superación de esta interpretación tan rigurosa. De hecho, a su parecer, se necesita distinguir entre una adquisición directa (*iure directo*) de cosas y derechos, para la cual valía la prohibición de utilizar a un representante y de una adquisición en vía útil (*utiliter*) que podía realizarse mediante un representante voluntario extraño. Este jurista llega a la conclusión que aunque de un pacto o un contrato celebrado por otro, no puede nacer para el representado una acción directa para reclamar un derecho, siempre nacía a su favor la acción en vía útil, subrayándose cómo la regla más antigua hubiese sido subvertida por el derecho pretorio (*ius honorarium*)²⁹.

27 C. 7, 32, 8 (Imp. Diocl. et Max. AA. Cyrillo): «Pareció bien para fines de utilidad, que, mediante un procurador se pudiera adquirir la posesión y si la propiedad no pueda separarse de ella, también la propiedad» (*Per procuratorem utilitatis causa possessionem et, si proprietatis ab hac separari non possit, dominium etiam quaeri placuit*). Al respecto cf. Briguglio, Filippo, *Studi sul procurator*, cit., pp. 158 a 168.

28 Por ej., D. 24, 1, 3, 12 (Ulp. 32 *ad Sab.*); D. 13, 5, 15 (Paul. 29 *ad ed.*); D. 3, 3, 72 (Paul. 1 *man.*); D. 13, 7, 11, 6 (Ulp. 28 *ad ed.*); C. 5, 39, 5 (Imp. Diocl. et Max. AA. Onesimae), sobre los cuales cf. el comentario de Quadrato, Renato, “*Rappresentanza (diritto romano)*”, cit., p. 433.

29 Sobre el argumento véanse Cappellini, Paolo, “*Rappresentanza (diritto intermedio)*”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 38, cit., p. 443; Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini*, cit., pp. 355 a 356.

Una contribución determinante al desarrollo y difusión del instituto de la representación directa procede del derecho canónico. En efecto, como exactamente se ha destacado³⁰, todo el ordenamiento de la Iglesia se basa en ello, empezando con la posición del Papa en cuanto vicario de Cristo en la tierra. Así se explican las enunciaciones generales formuladas al respecto, por el canonista Dino del Mugello en sus Reglas del derecho (*Regulae iuris*) agregadas al Libro Sexto de las Decretales de Bonifacio VIII (final del siglo XIII) incluidas en el Cuerpo del derecho canónico (*Corpus Iuris Canonici*) pero su existencia ya estaba arraigada en el Decreto de Graciano (primera mitad del siglo XII) en donde se dice que cada clérigo, teniendo que dedicarse totalmente a las obras pías, tenía que nombrar a un procurador (*procurator*) que lo representara en todas sus demás actividades³¹.

La reglamentación del derecho canónico influyó en el derecho común (*ius commune*) cuyos juristas rápidamente entendieron la importancia teórica y práctica de poder celebrar contratos en nombre y por cuenta de otros, superando el “dogma negativo” del principio expresado por las Institutas de Justiniano señalado anteriormente y comenzaron a elaborar una primera noción unitaria de la figura de la representación.

Bártolo de Saxoferrato en su comentario al código justinianeo³², al realizar una conexión entre la representación y la persona representada, llega al resultado de reconocer una eficacia directa para éste, de los actos realizados por el representante, mediante una identificación del procurador con el destinatario de los efectos del acto. El mismo concepto lo retoma en su comentario al código justinianeo³³, también Baldo degli Ubaldi, que con base en el supuesto de que tres son los elementos sustanciales de un contrato (capacidad de la persona, su voluntad y el poder de celebrarlo) excluye su presencia en un falso procurador, que interviene en un acto sin representar a otro y manifestar su voluntad.

La ciencia jurídica medieval destaca la conexión entre poder de representación y mandato, cuando define el falso procurador y habla de la ratificación del acto por parte del representado falsamente. De hecho, se califica como falso procurador en sentido estricto, quien actúa sin un mandato y en sentido más amplio, también quien excede de sus límites, con la consecuencia de que en el primer caso, él se vincula sólo a sí mismo, mientras que en el segundo, su vínculo personal vale para los actos que excedieron al mandato. A tal contrato se equipara también la ratificación del titular, que cuando interviene, tiene efectos retroactivos al momento de la conclusión del acto, que se considera como hecho en su nombre y por su cuenta desde el inicio. Por último, en

30 Bussi, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, Cedam, 1937, I, p. 296.

31 V. c. 3, C. 5, qu. 3.

32 Bartoli de Saxoferrato, *Commentaria. Tomus Tertius, In primam Digesti Novi*, Basileae, 1562, ad D.39,2,13,13, n. 3, fo. 71 r.

33 Baldi Ubaldi, *In Quartum et Quintum Codicis Librum Commentaria ad l. multum interest* (C. 4, 50, 6) n. 12, Lugduni, 1585, f. 147 r.

el mandato se incluyen a las actividades accesorias del procurador, que son necesarias para la ejecución del encargo recibido³⁴.

Un impulso ulterior hacia la construcción de una categoría general y unitaria de la representación se debe a las corrientes filosóficas del iusnaturalismo.

Tratando de la formación del contrato mediante la aceptación de una promesa, Grocio³⁵ precisa que en un contrato celebrado por un representante, se hace una promesa en nombre de quien es el destinatario de la prestación. El que promete en nombre de otro, lo hace con base en un mandato especial o general o también a falta de eso. Si hay mandato, el representante que acepta la promesa, perfecciona el contrato directamente para el representado, cuyo consentimiento se manifiesta mediante el propio representante, con una identificación de las dos voluntades. En cambio, al faltar el mandato, quien promete por cuenta de otro, no puede revocar la promesa, una vez aceptada por el cocontratante y el contrato surte sus efectos sólo para él, salvo que el titular no lo ratifique, asumiéndolos directamente en su esfera jurídica.

Afirmaciones similares se encuentran también en otros destacados juristas de la escuela del derecho natural, como Wolff, Huber y Johann Voet, según el cual «*gracias a los usos actuales, prevaleció el principio que cualquiera pueda celebrar un contrato igualmente para sí mismo o para otro*»³⁶.

Para completar esta breve panorámica de la ciencia jurídica europea anterior a las codificaciones, vale la pena recordar en el siglo XVIII, el pensamiento de Pothier³⁷, que enfatiza los siguientes aspectos: a) el mandatario, que actúa en ejecución del mandato y dentro de sus límites, vincula directa e inmediatamente al mandante, como si éste hubiese celebrado el contrato personalmente, si informó al otro contratante de la existencia de su poder; b) el mandatario que actúa en nombre propio, también vincula a sí mismo; c) si el mandatario actúa fuera de los límites del mandato, el mandante puede desconocer sus actos quedándose vinculado el solo mandatario, o bien ratificarlos adhiriendo directamente los efectos.

34 V. las varias *allegationes* referidas por Toschi, Domenico, *Praticarum conclusionum iuris*, volumen VI, Roma, 1604, bajo las distintas voces correlatas al término *Procurator*.

35 Grotius, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres*, Amstelodami, 1701, p. 354 (lib. 2, cap. 11, § 18, n. 1-2). Cf. en propósito Cappellini, Paolo, "Rappresentanza (diritto intermedio)", cit., pp. 451 a 452; Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum*, cit., pp. 359 a 360.

36 Wolff, Christianus, *Institutiones Juris Naturae et Gentium*, Halae Magdeburgicae, 1750, II, cap. XI, *De actibus beneficis obligatoriis, seu contractibus beneficis*, § 553, p. 300; 14; Huber, Ulrik, *Praelectionum iuris civilis tomus tres*, ad tit. IX, lib. II, Lovanii, 1766, I, p. 163; Voet, Johann, *Commentarius ad Pandectas*, lib. 45, t. 1, § 3, Coloniae Allobrogum, 1769, t. II, p. 741.

37 Pothier, Robert-Joseph, *Traité du contrat de mandat*, en : *Oeuvres*, VI, Paris, Siffrein, 1821, cap. III, sez. II nn. 87- 90 e 97.

Con referencia al concepto de representación aparente, una vez más se destaca la opinión de Bártolo³⁸. Al afrontar la solución de un caso concreto relativo al nombramiento de un factor de comercio, él explica lo que se debe entender como tal para que sus obligaciones vinculen también al representado. Al respecto Bártolo afirma que reviste la función de factor no solamente el que expresamente sea el encargado de la gestión de la actividad económica, sino también el que la administra públicamente por cuenta del titular, aunque no haya sido nombrado para hacerlo, porque genera en los contratantes una pública creencia que efectivamente ha recibido tal cargo. Por lo tanto, sus obligaciones incumplidas determinan la responsabilidad también del representado con base en una presunción de culpa, por haber elegido una persona inadecuada.

5. LAS EVOLUCIONES POSTERIORES EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS DE LOS SIGLOS XIX Y XX

A las vísperas de la codificación francesa de 1804, la ciencia jurídica estaba consciente que el fenómeno de la representación voluntaria encontraba su fundamento en el contrato de mandato: cuando el mandatario actuaba en nombre y por cuenta del mandante, dentro de los límites de su poder, los efectos de sus actos inmediata y directamente se reflejaban en la esfera jurídica de este último. A tal resultado se llega con base en el principio de la autonomía de la voluntad, que lleva a la identificación de la del representante con la del representado. En el ámbito del mandato se inserta también el poder confiado al mandatario, destinado al conocimiento de los terceros, que deben aprender su contenido y límites, para que sus actos tengan eficacia directa para el mandante. Siempre al tratar este contrato, se regulan las consecuencias de la actuación del falso procurador y de la ratificación del titular del acto y la posibilidad que al mandatario no se le atribuya el poder de representación directa, de modo que el mismo se convierta en titular de los efectos de sus actos y luego los transmita al mandante.

Lo que acabamos de comentar, explica bien el por qué en los códigos civiles del siglo XIX, la representación voluntaria no se distingue del mandato, encontrando su disciplina al interior de este contrato, conforme a la tradición del derecho romano justinianeo, medieval y del penamiento iusnaturalista, mientras que a los códigos de comercio se deja la disciplina de las varias figuras de los mandatos comerciales.

En el Código Civil francés de 1804 poder y mandato se identifican y se definen como el acto con el que el mandante atribuye al mandatario la facultad de realizar algo en nombre y por cuenta del propio mandante (art. 1984). El contrato tiene carácter informal y se puede celebrar también mediante simple carta u oralmente y de manera tácita (art. 1985). Luego se dictan algunas reglas específicas sobre el contenido y los límites de un mandato general, la eficacia inmediata y directa de los actos del man-

38 Bartoli de Saxoferrato, *Consilia, Tractatus et Quaestiones*, Lugduni, 1533, *consilium* LXXIX, f. 22 va, nn. 2-3.

datario en la esfera jurídica del mandante, la responsabilidad del mandatario para los actos realizados fuera del mandato y la ratificación del *dominus* en caso de ausencia de un mandato o de un mandatario que actúe más allá de los límites del mandato (art. 1987 y siguientes). En todas estas reglas se revela una gran fidelidad a la tradición romanística.

Las disposiciones del Código francés influenciaron profundamente el antiguo Código Civil italiano de 1865 (arts. 1737 y siguientes) en el vigente Código Civil español de 1889 (arts. 1709 y siguientes).

No se diferencia mucho también la disciplina del otro gran modelo de codificación europea del siglo XIX: el Código Civil General austriaco (*ABGB*) de 1811. Falta la categoría general de la representación y su materia es tratada al interior del contrato de mandato en los §§ 1002 – 1034. Permanece la identificación entre poder y mandato, que es evidente, ya en su definición, en donde se observa una coincidencia de las dos nociones: el contrato, con el que alguien asume el cargo de llevar a cabo un acto en nombre de otro, se llama contrato de atribución del poder (*Bevollmächtungsvertrag*, § 1002) mientras en los artículos que siguen, los términos empleados para indicar el mandato en que se fundamenta la representación, el mandatario y el mandante son los mismos que se utilizan para el poder (*Vollmacht*) el titular de las facultades que derivan de esto (*Gewalthaber*) y el que lo atribuye (*Gewaltgeber*). El uso indiferenciado de los términos se hace derivar de la combinación entre el carácter abstracto del poder y los efectos de la representación directa. También en el régimen jurídico relativo a la actividad del mandatario y sus efectos, el Código austriaco presenta muchas semejanzas con el francés.

En cambio, distinta es la evolución del ordenamiento alemán. Durante el siglo XIX en Alemania, la especulación jurídica llega a considerar la representación como una categoría unitaria independiente del mandato, en que se distinguen una relación interior entre representado y representante y una exterior entre este último y los terceros con los que lleva a cabo un acto. Como en toda especulación, esta teoría se afirma después de haberse confrontado con otras: la de la ‘cesión’ (*Zessionstheorie*) según la cual sólo el representante es parte del acto realizado, con la consecuencia de que se debe hacer referencia a él para la validez de los supuestos del acto y que sus efectos se producen únicamente en su esfera jurídica, pero con una obligación de transmitirlos en la del representado; y la de la ‘titularidad del negocio’ (*Geschäftsherrntheorie*) por la cual sólo el representado es parte del negocio llevado a cabo y únicamente a él se refieren sus supuestos de validez y sus efectos inmediatos, puesto que el representante tiene la función de mero transmisor de la voluntad ajena.

La teoría que prevaleció sobre todo gracias a exigencias comerciales, es conocida como *Repräsentationstheorie*, e implica una marcada separación entre el mandato y otras posibles figuras jurídicas, que reglamentan la relación interior entre representado y representante y el poder (*Vollmacht*) considerado como acto autónomo y abstracto,

destinado a valer en la relación exterior entre representante y terceros con los que actúa, e idóneo a reflejar la identidad entre representante y representado³⁹.

Al recibir la teoría de la representación, el Código Civil alemán (*BGB*) de 1900 incluye en su parte general, una sección (§§ 164 – 181) expresamente dirigida a regular en modo unitario y unívoco las relaciones entre el representado y los terceros. Se trata del título V del libro I, denominado *Vertretung und Vollmacht* (representación y poder) y contemplado en el ámbito más amplio de la disciplina del negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*). En cambio, el mandato (*Auftrag*) y las figuras similares (como el contrato de gestión de un negocio, *Geschäftsbesorgungsvertrag*) en que se puede basar la relación entre representado y representante, se encuentran en el libro II al interior de los contratos típicos (§ 662 y siguientes).

También el Código suizo de las obligaciones prevé en primer lugar, un complejo de disposiciones sobre la representación en la parte relativa al contrato en general (arts. 32 – 40) y luego disciplina entre los varios tipos de contratos, el mandato y las distintas especies de mandatos comerciales (art. 394 y siguientes y 458 y siguientes).

Sistemáticas semejantes fueron adoptados por los vigentes códigos civiles italiano de 1942, portugués de 1966 y holandés de 1992. El primero se ocupa de la representación en tema de régimen general del contrato (arts. 1387 – 1400) poniendo la regulación de la relación interior entre representado y representante en el marco del mandato (arts. 1703 – 1730) los contratos de comisión, fletamento y agencia (art. 1731 y siguientes) siempre en el libro cuarto sobre las obligaciones y el nombramiento como factor de comercio (*preposizione institoria*) en el libro quinto dentro de la materia comercial (arts. 2203 y siguientes). Aún más fiel al modelo alemán, es el Código portugués, en que la normativa sobre la representación se encuentra en la parte general relativa al negocio jurídico (artt. 258 – 269) mientras que se ubica la disciplina del contrato de mandato en el libro segundo entre los contratos típicos (arts. 1157 – 1184). El Código holandés inserta la representación en su libro tercero en tema de las reglas generales del derecho patrimonial (arts. 3:60 – 3:67) y el mandato en el libro séptimo junto con la agencia y otras figuras de mandatos comerciales (arts. 7:414 ss.).

A pesar de la distinta impostación sistemática, las disposiciones de estos últimos ordenamientos en materia de representación, se presentan en muchos puntos parecidas a las de los ordenamientos de tradición francesa, que indicamos arriba. A tal propósito, cabe mencionar que en Francia, la recién reforma del Código Civil en materia de disciplina general del contrato y de las obligaciones, vigente desde el 1 de octubre de 2016, determinó en una cierta medida, un acercamiento del modelo francés al alemán⁴⁰. Con

39 Cf. Cappellini, Paolo, “*Rappresentanza (diritto intermedio)*”, cit., pp. 454 a 456, con más bibliografía.

40 La reforma se aprobó con la Ordenanza n. 2016- 131 del 10 de febrero de 2016, ratificada por la ley n. 2018 – 287 del 20 de abril de 2018, destinada a entrar en vigor el 1 de octubre del mismo año. En tema de representación voluntaria esta ley modificó en parte el solo art. 1161.

ella, se introdujeron nuevos artículos (1153 – 1161) en la parte general del contrato, dirigidos a reglamentar en vía unitaria el fenómeno de la representación voluntaria, incluyendo normas para regular la relación exterior entre representado y terceros. Otras, en cambio, hacen referencia a la relación interior entre representado y representante, retomándolas del régimen del mandato, al que no se hizo ninguna modificación.

En el sistema de *common law* inglés no se elaboró un concepto general de representación como en la ciencia jurídica de la Europa continental durante el siglo XIX. En cambio, se habla de *agency* para indicar la relación que se instaura entre un *principal* y un *agent* con base en un acuerdo entre ellos, por el cual el primero otorga al segundo el poder (*authority*) de realizar uno o más actos por su cuenta. En ello se consideran incluidos también a todos los actos accesorios para la ejecución del cargo. Históricamente la *agency* nació y fue reconocida por la jurisdicción del *equity*, de la que era titular el Canciller del rey, que hasta la reforma de Enrique VIII en el siglo XVI, era nombrado entre los eclesiásticos de formación jurídica continental. Por lo tanto en un origen, la institución fue relacionada con esta última tradición y no distinguió el perfil externo de las relaciones entre representado y terceros y el interno entre representado y representante. Sin embargo, su desarrollo parcialmente fue distinto.

La figura del *agent* tiene un carácter general, pues en ella se incluyen no solamente las del representante y del procurador de los ordenamientos continentales, sino también las que derivan de los varios tipos de mandatos comerciales (comisionario, fletador, factor de comercio). Para que el *agent* produzca efectos directos e inmediatos en la esfera jurídica del *principal*, es suficiente que su actividad se lleve a cabo en el interés de éste, sin necesidad de indicar su calidad de representante de otro y sobre todo, sin necesidad de informar a los terceros de la atribución de los poderes de representación. Si el *agent* está desprovisto y actúa como *falsus procurator*, de sus actos, no se crea un vínculo entre el *principal* y el tercero, a menos de una ratificación, que tendría un efecto retroactivo. En caso contrario, surgiría una responsabilidad del *agent* sin poderes para no haber garantizado la existencia y los límites de la *authority*, que lo obligaría a cumplir hacia el tercero o bien a resarcirlo de los daños ocasionados por su incumplimiento⁴¹.

Por último un breve comentario al fenómeno de la representación (o poder o mandato aparente)⁴². En muchos sistemas no se incluyó en los códigos civiles, pero fue recibida

41 Para una panorámica general de los ordenamientos europeos actuales en tema de representación véanse: Ranieri, Filippo, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*², Wien – New York, Springer, 2003, pp. 219 a 271; Kötz, Heinz, Patti, Salvatore, *Diritto europeo dei contratti*², Milano, Giuffrè, 2017, pp. 480 a 504; Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo*, cit., pp. 262 a 300. Con referencia al francés, español e inglés agréguense también Chénéde, François, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 45 a 49; Albaladejo, Manuel, *Derecho civil I. Introducción y parte general*¹⁹, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 550 a 557; Cartwright, John, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*³, Oxford – Portland, Bloomsbury, 2016, pp. 243 a 244.

42 Como principales referencias doctrinales me permito renviar a los autores mencionados en la nota al pie anterior.

con base en otras disposiciones codificadas, por obra de la doctrina y de la jurisprudencia. Así pasó en Francia, en donde la Corte de Casación creó el instituto del mandato aparente por medio de una interpretación extensiva del contenido del artículo 1998 del Código relativo a las obligaciones del mandante. Luego, con la reforma de 2016, se previó explícitamente una norma, el artículo 1156, 1º apartado, en donde se regula el caso del representante aparente.

En Alemania e Italia para la introducción del instituto, se hizo referencia al principio de buena fe y a específicas previsiones normativas. En el primer ordenamiento, se utilizaron los §§ 170 – 172 en tema de representación y poder y el § 56 del Código de Comercio sobre el encargado a una actividad comercial, para distinguir un “*poder tolerado*” (*Duldungsvollmacht*) que tiene lugar cuando el representado permite a alguien actuar como su representante (aunque no lo sea) o bien fuera de los límites del poder, suscitando la confianza de los terceros y un “*poder aparente*” (*Anscheinsvollmacht*) en sentido estricto, en que el representado no sabía que alguien actuaba como su representante o fuera de los límites del poder, pero debería saberlo según la normal diligencia. En ambos casos el poder se considera como atribuido efectivamente con consecuente responsabilidad del representado. En Italia, se tomaron como fundamento los artículos 534, 2º ap., 1189, 1º ap., y 1415 del Código Civil, que se refieren en el orden, a los derechos de los terceros en buena fe hacia el heredero aparente, al pago en buena fe al acreedor aparente y a la ineficacia de la simulación para quienes adquirieron en buena fe un derecho del titular aparente. Según otra orientación, la base normativa de la representación aparente sería el artículo 2043 sobre la responsabilidad extracontractual.

El ordenamiento español reconoce esta figura de representación gracias a la interpretación que hizo la Suprema Corte, de los artículos 1734 y 1738 del Código Civil sobre la ineficacia de la revocación del mandato y la validez de los actos del mandatario, que ignoraba la muerte del mandante u otra causa de cesación del mandato.

Después de la celebración del Convenio de Ginebra de 1983 sobre la representación en las ventas internacionales de bienes muebles (*Geneva Convention on Agency in the International Sale of Goods*) cuyo artículo 14, 2º ap., regula expresamente el fenómeno de la representación aparente, otros ordenamientos europeos optaron para su previsión normativa explícita. Por ejemplo, en Portugal el instituto penetró por medio del artículo 23 del Decreto legislativo en tema de contrato de agencia, mientras que en Holanda se puso en el artículo 3.61, 2º ap., del Código civil de 1992.

La categoría es conocida también en el *common law* inglés (*apparent authority*) reconociendo al contratante con el representante aparente, un remedio procesal (*estoppel by conduct*) para oponerse al representado, que luego de haber ocasionado con su comportamiento el convencimiento que efectivamente el representante tuviera el poder de realizar el acto, reclame su ineficacia por la ausencia del poder.

6. LAS DISPOSICIONES DEL PROYECTO DE UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO (DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE - DCFR)

El último importante proyecto europeo de armonización/ unificación del derecho contractual europeo, en que se prevé también la materia de la representación, es el *Draft Common Frame of Reference of the European Private Law (DCFR)*, cuya redacción definitiva fue publicada en 2009⁴³. A pesar de que quedó como un simple proyecto y nunca fue aprobado por parte de la Unión Europea ni los países miembros, su rápido análisis nos demuestra la existencia, por lo menos en una perspectiva futura, de un 'bloque' de disposiciones comunes, que intentan ser una síntesis de los distintos ordenamientos y al mismo tiempo, un modelo para sus acercamientos. Sin duda puede afirmarse que dichas disposiciones forman una tendencia consolidada del derecho contractual europeo que en su realización, pudo aprovechar la aprobación del Convenio de Ginebra en tema de agencia mencionado en el encabezado anterior y la redacción de los Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales de 1994 y 2004.

En vía preliminar, aún cabe destacar que las normas del *DCFR*, conforme a estos dos instrumentos internacionales, se limitan a regular solamente la materia de la representación en sus relaciones con los terceros, sin preocuparse de la relación interna entre representante y representado (artículo II. - 6: 101)⁴⁴. El capítulo sexto del libro II distingue la representación directa o perfecta (artículo II - 6:105) y la indirecta o imperfecta (artículo II. - 6:106) pero tratándolas conjuntamente⁴⁵. En ambos casos,

43 Para su comentario cf. von Bar, Christian, Clive, Eric, Schulte- Nölke, Hans, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, Sellier, 2009, pp. 3 a 47; Petrucci, Aldo, *Il Progetto di "Quadro comune di riferimento (DCFR)*, en: Luchetti, Giovanni, Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna, Pàtron, 2010, pp. 11 a 29. Ya la versión provisoria del Proyecto, publicada en 2008, fue objeto de comentarios y críticas: véanse por ej., Alpa, Guido, Conte, Giuseppe, "Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell'Acquis communautaire", en: *Rivista di Diritto Civile*, n.54, Padova, 2008, pp. 141 a 143; Zimmermann, Reinhardt et al., "Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme", en: *Juristen Zeitung*, n. 63, Tübingen, 2008, pp. 529 a 550.

44 Art. II. - 6:101, ap. 1 y 3: (Scope). (1) *This Chapter applies to the external relationship created by acts of representation - that is to say, the relationship between: a) the principal and the third party; and b) the representative and the third party...* (3) *It does not apply to the internal relationship between the representative and the principal.*

45 Art. II. - 6:105: (When representative's act affects principal's legal position). *When the representative acts: a) in the name of a principal or otherwise in such a way as to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal; and (b) within the scope of the representative's authority, the act affects the legal position of the principal in relation to the third party as if it had been done by the principal. It does not as such give rise to any legal relation between the representative and the third party;* art. II. - 6:106: (Representative acting in own name). *When the representative, despite having authority, does an act in the representative's own name or otherwise in such a way as not to indicate to the third party an intention to affect the legal position of a principal, the act affects the legal position of the representative in relation to the third party as if done by the representative in a personal capacity.*

pese la imputación inmediata o no al representado de los efectos de la actividad del representante, se le impone a este último el deber de comunicar a los terceros de cualquier forma, su situación de persona que actúa por cuenta de otro.

Luego se regulan el poder (*authority*) que constituye el fundamento y el contenido de la representación (artículo II.- 6: 104) su forma (artículo II. - 103, ap. 2º) y extensión a los actos accesorios (artículo II. - 6: 104, ap. 2º) y las consecuencias, que derivan de la actividad del falso procurador, sin distinguir si eso depende de la ausencia total de poder o bien por no respetar sus límites (artículo II - 6:107). Siguen la disciplina de la ratificación por parte del representado falsamente (artículo II.- 6: 111) y la reglamentación de las situaciones de representación aparente (artículo II. - 6:103, ap. 3º)⁴⁶.

En una evaluación global de la normativa del *Draft*, si por un lado, tuvo importancia la praxis seguida en el mundo de los negocios internacionales, que se expresa en el Convenio de Ginebra y los Principios UNIDROIT, es indudable por el otro, el papel que jugó el complejo de disposiciones, que se remontan históricamente a la tradición jurídica europea con raíces en la codificación de Justiniano.

7. CONCLUSIONES

Como se puede apuntar de lo que acabamos de decir, en la tradición jurídica europea, la formación de una categoría unitaria de la representación voluntaria fue lenta y progresiva, partiendo de la herencia del derecho romano y afirmándose al término de un largo proceso histórico, cuyas etapas esenciales se pueden resumir así:

- A. En el derecho romano arcaico que surge para las exigencias de una sociedad agrícola poco desarrollada, no estaba admitido realizar actividades jurídicas mediante un representante voluntario, que no fuese un miembro de la familia sujeto a la potestad del *pater*. También en este caso, la representación funcionaba en modo imperfecto, pues sólo los créditos y las ventajas de la actividad del representante se adquirirían inmediatamente en el patrimonio del potestad habiente.
- B. Desde el final del siglo III a.C., Roma pasa a ser una economía mercantil, que determina el nacimiento de un sistema más articulado y complejo de la representación voluntaria en la gestión de patrimonios y negocios, así como la creación

It does not as such affect the legal position of the principal in relation to the third party unless this is specifically provided for by any rule of law. Para un análisis más detallado cf. von Bar, Christian, Clive, Eric, Schulte- Nölke, Hans, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., pp. 205 a 209.

- 46 Art. II. - 6:10, ap. 3: *If a person causes a third party reasonably and in good faith to believe that a person has authorised a representative to perform certain acts, the person is treated as a principal who has so authorised the apparent representative.*

de remedios que tutelén también a los acreedores que habían contratado con las personas de la familia sujetas a potestad. Así surgen las figuras del procurador general y especial; el mandatario especial y general; el representante comercial (comandante de una nave o bien factor de comercio) y en el edicto del pretor se introducen las acciones adyecticias a favor de los acreedores.

- C. Con el I siglo d.C. se difunden los representantes comerciales y no comerciales libres que no están bajo la potestad del *pater*, que en muchas ocasiones no pertenecen al núcleo familiar. Se precisan los conceptos de falso procurador, gestor de negocios y se denota un primer germen en la idea moderna de tutelar a los terceros contratantes, en presencia de situaciones de representación aparente.

En el derecho romano justiniano, aunque permanecen la pluralidad de figuras de representante voluntario que derivan de las fuentes clásicas, son evidentes los primeros esfuerzos de racionalizar la materia, al distinguir entre procurador, cuya actividad siempre se relaciona a un mandato y el gestor de negocios, que lo hace sin haber recibido el correspondiente poder. Se va favoreciendo paulatinamente la idea que se puede negociar mediante otras personas libres y extrañas a la familia.

- D. En la tradición jurídica medieval una contribución esencial a la construcción y difusión general de la figura de la representación directa se debe a los juristas del *ius commune*, que llegan a reconocer la eficacia inmediata en la esfera jurídica del representado, de los actos del representante que los ha realizado dentro de los límites del poder otorgado con un mandato, operando una conexión entre los dos conceptos. Durante los siglos XVII y XVIII un impulso ulterior hacia la afirmación de una categoría general de la representación proviene de las corrientes del iusnaturalismo.
- E. Los ordenamientos europeos del siglo XIX tratan la representación en el ámbito de la disciplina del contrato de mandato, siguiendo las huellas de la tradición romanística. Solamente en Alemania la ciencia jurídica logra edificar una categoría unitaria de la representación, al separarla del mandato y distinguiendo en ella una relación externa fundamentada en el poder y otra interna con base en una relación contractual (o bien negocial) entre representado y representante.
- F. El Código Civil alemán de 1900 acepta las enseñanzas de la ciencia jurídica nacional, contemplando en su parte general, la representación e influyendo en mayor o menor medida, las codificaciones europeas posteriores.
- G. A nivel de derecho contractual europeo, el Proyecto de un Marco Común de Referencia (DCFR) tiene en consideración como modelo prevalente, el alemán, y al mismo tiempo, se adecua a las opciones de sistemática y contenido hechas por el Convenio de Ginebra de 1983 y los Principios UNIDROIT.

FUENTES DE CONSULTA

- Albaladejo, Manuel, *Derecho civil I. Introducción y parte general*¹⁹, Madrid, Dykinson, 2013, 884 pp.
- Alpa, Guido, Conte, Giuseppe, “*Riflessioni sul progetto di Common frame of reference e sulla revisione dell’Acquis communautaire*”, en: *Rivista di Diritto Civile*, n.54, Padova, 2008, 3 pp.
- Arangio Ruiz, Vincenzo, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1965, 210 pp.
- Von Bar, Christian, Clive, Eric, Schulte- Nölke, Hans, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Munich, Sellier, 2009, 650 pp.
- Briguglio, Filippo, *Studi sul procurator*, I, *L’acquisto del possesso e della proprietà*, Milano, Giuffré, 2007, 635 pp.
- Bussi, Emilio, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, Padova, Cedam, 1937, I, 390 pp.
- Cappellini, Paolo, “*Rappresentanza (diritto intermedio)*”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 38, Milano, Giuffré, 1987, 18 pp.
- Cartwright, John, *Contract Law. An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*³, Oxford – Portland, Bloomsbury, 2016, 360 pp.
- Cerami, Pietro, “*Introduzione al diritto commerciale romano*”, en: Cerami, Pietro, Petrucci, Aldo: *Diritto commerciale romano. Profilo storico**, Torino, Giappichelli, 2010, 337 pp.
- Chénéde, François, *Le nouveau droit des contrats et des obligations*, Paris, Dalloz, 2016, 90 pp.
- Coppola Bisazza, Giovanna, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Milano, Giuffré, 2008, 387 pp.
- Finazzi, Giovanni, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* I, Napoli, Jovene, 1999, 446 pp.
- Kötz, Heinz, Patti, Salvatore, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, Giuffré, 2017, 576 pp.
- Martini, Remo, “*Mandato nel diritto romano*”, en: *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, n. 11, Torino, UTET, 1994, 8 pp.
- Miceli, Maria, *Studi sulla «rappresentanza» nel diritto romano*, I, Milano, Giuffré, 2008, 435 pp.
- Miceli, Maria, “*Institor e procurator nelle fonti romane dell’età preclassica e classica*”, en: *IURA, Rivista internazionale di diritto romano e antico*, n. 53, Napoli, 2002 (publicado en 2005), 119 pp.
- Nicosia, Giovanni, “*Gestione di affari altrui (storia)*”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 18, Milano, Giuffré, 1969, 8 pp.
- Petrucci, Aldo, *Il Progetto di “Quadro comune di riferimento (DCFR)”*, en: Luchetti, Giovanni, Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Le obbligazioni e i contratti dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference*, Bologna, Pàtron, 2010, 316 pp.

Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto* I, Torino, Giappichelli, 2018, 417 pp.

Petrucci, Aldo, *Lezioni di diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2015, 416 pp.

Petrucci, Aldo, *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori* I, Torino, Giappichelli, 2007, 267 pp.

Provera, Giuseppe, “Mandato (storia)”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 25, Milano, Giuffré, 1975, 9 pp.

Quadrato, Renato, “Rappresentanza (diritto romano)”, en: *Enciclopedia del Diritto*, n. 38, Milano, Giuffré, 1987, 12 pp.

Ranieri, Filippo, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien* 2, Wien – New York, Springer, 2003, 709 pp.

Serrao, Feliciano, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, I, Napoli, Jovene, 2006, 404 pp.

Zimmermann, Reinhardt et al., “Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht. Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme“, en: *Juristen Zeitung*, n. 63, Tübingen, 2008, 22 pp.



THE GLORIOUS REVOLUTION: EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO EN INGLATERRA

Por HUMBERTO PINEDA ACEVEDO

“Se me ha presentado como hombre inclinado al poder arbitrario, pero no es ésta la única historia que se ha hecho circular respecto de mí. Me esforzaré en conservar el gobierno de la Iglesia y del Estado tal como ahora está establecido por la Ley. Sé que los principios de la Iglesia de Inglaterra son favorables a la Monarquía. Por lo tanto, pondré siempre el mayor cuidado en defenderlos y apoyarlos” – Jacobo II en 1685.

RESUMEN: El presente ensayo contiene las notas esenciales de la Revolución Gloriosa de Inglaterra, principalmente en torno a dos características: La Monarquía constitucional y la doctrina de la soberanía parlamentaria. En este acontecimiento histórico surgió la idea del Constitucionalismo moderno, a través de una lucha reivindicatoria de los derechos y de las libertades que el Rey Jacobo II vulneró durante su reinado y, por lo que resultó de vital trascendencia la limitación de poder a la Corona. El patrimonio histórico de las libertades de los ingleses se rescató en la Carta de Derechos de 1689, que en el fondo se trataba, al menos en el inicio, en revivir la Constitución Histórica, pero finalmente sirvió como base fundamental para configurar un moderno constitucionalismo inglés, el cual no tendría modificaciones sustanciales hasta el siglo XIX.

SUMARIO: 1. UNA BREVE INTRODUCCIÓN. 2. UN TIPO DE CONSTITUCIÓN: THE ENGLISH CONSTITUTION. 3. LA REVOLUCIÓN. 4. THE BILL OF RIGHTS DE 1689. 5. ALGUNAS CONCLUSIONES.

1. UNA BREVE INTRODUCCIÓN

Durante los siglos XVII y XVIII, el absolutismo y el despotismo ilustrado eran característicos de las Casas Reales de Europa, incluyendo el caso muy particular de los británicos, en donde el Rey Jacobo II de la Dinastía Estuardo, se convirtió en un tirano al adjudicarse, de manera arbitraria, facultades que no le correspondían, violentando el orden constitucional inglés, pero sobre todo vulnerando las libertades de sus súbditos.

Entre 1685 y 1688, el Monarca Jacobo II gobernó de manera irregular, es decir, ejerció sus funciones en contra de la Constitución, por lo que el Reino, a través del Parlamento, fundamentalmente, decidió deponerlo en 1689, de la manera más fácil: el mismo Rey huyó de Inglaterra, tratándose del acontecimiento conocido como la Revolución Gloriosa.

En efecto, Jacobo II vulneró la Constitución inglesa, pero para la tradición jurídica europea continental es difícil definir qué es la *English Constitution*. En este orden de ideas, ¿por qué es tan complicado identificar a la Constitución inglesa? Por la sencilla razón de que se trata de un orden constitucional con características propias y particulares, que la hacen única en el mundo.

La Constitución inglesa es una regla no escrita y flexible, conocida como *The Matchless Constitution*, cuya evolución o tránsito hacia la modernidad fue producto de la Revolución Gloriosa, a través de dos ideas fundamentales: la limitación del poder monárquico y el reconocimiento de los derechos y de las libertades.

Los ingleses han tenido un propio sistema de gobierno monárquico que ellos mismos han entendido, tácitamente, a lo largo de muchos años. La noción de un constitucionalismo ha implicado que las instituciones políticas y gubernamentales se infundieran de valores y de principios, para componer una serie de reglas que se proyectaran en modelos de conducta y que expresaran un modo de ser, políticamente, el del caso inglés.

El constitucionalismo inglés ha tenido que luchar, a lo largo del tiempo, con dos ideas opuestas: tradición y modernidad. En este sentido, los ingleses han logrado compatibilizar ambas ideas en su concepto de Constitución, adaptándose a las circunstancias políticas y sociales de cada momento, principalmente ahora en pleno siglo XXI donde la Constitución inglesa continúa sin ser escrita, pero que tiene un orden y control gubernamental acorde a la actualidad.

Una vez expresado lo anterior, el objetivo principal de este texto es demostrar que la Revolución Gloriosa forma parte de un constitucionalismo revolucionario moderno y, que el *Bill of Rights* marcó el inicio formal de la Monarquía constitucional, consolidando la doctrina de la autoridad soberana parlamentaria a través de la fórmula: *Crown-in-Parliament*. Por ello, analizo si es posible encontrar un tipo de Constitución entre 1688 y 1689, o de lo contrario solamente una reivindicación de la Constitución inglesa que siempre ha existido, basándose en las antiguas leyes y costumbres del reino.

Estudio el contexto de la Revolución Gloriosa y sus consecuencias jurídicas que resultaron fundamentales para comprender el nuevo tipo de Constitución que estaba gestándose en la isla británica y, que tendría un impacto político en la Europa Continental para el siglo XVIII. Este análisis se realiza en tres distintos apartados, los cuales contienen la evolución histórica constitucional de Inglaterra durante el siglo XVII, fundamentalmente a partir de la etapa conocida como el Orden de la Restauración de la Monarquía.

En las siguientes páginas me dedico a estudiar el concepto o la noción de Constitución Histórica, con la finalidad de entender el tipo de Constitución de los ingleses, de tal manera que sirva para ubicar los problemas constitucionales entre 1688 y 1689 que originaron la Revolución.

También pongo especial atención, como antecedente importante, algunos sucesos en el reinado de Carlos II que me sirvieron para contrastarlos con los hechos ocurridos durante el breve gobierno de su hermano Jacobo II. Expongo las causas principales por las cuales inició la Revolución, para estudiar las irregularidades que se suscitaron en aquella época.

Por ende, la Revolución Gloriosa se ha convertido en un acontecimiento relevante, una lucha por lo derechos, por las libertades, pero lo más importante: por defender a una Constitución de las arbitrariedades y de los tiranos. Todo esto ha girado alrededor de una pregunta: ¿los orígenes de los límites al poder han sido naturales, divinos o humanos? Una pregunta tan compleja pero sencilla a la vez, que el propio Parlamento inglés resolvió en 1689. De esta forma, enfoquémonos en la búsqueda de la Constitución media o mixta en las próximas páginas.

2. UN TIPO DE CONSTITUCIÓN: *THE ENGLISH CONSTITUTION*

En primer lugar, analizo el término: “Constitución”, porque de lo contrario, si no identifico propiamente dicha noción para efectos de este texto, se entendería vagamente y de manera muy general como aquella norma o regla suprema y fundamental de un determinado Estado, que autoriza y otorga validez a los actos del poder público, siempre y cuando no contradiga el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas. Esto se refiere, propiamente, a una Constitución moderna tal como la conocemos hoy en día.

Sin embargo, debo distinguir diversos tipos o modelos históricos de Constitución, porque dicho término ha existido desde la antigüedad, al menos en la tradición occidental. De tal suerte que los modelos históricos constitucionales, desde mi perspectiva, pueden resumirse y dividirse en dos grandes rubros: A) El historicismo que establece la noción de Constitución Histórica, entendida como una pauta – *outstanding* – para comprender la importancia de la unión de una comunidad, dentro de un contexto político determinado, y para consolidar el mejor gobierno posible a través de un equilibrio de los poderes públicos de manera ordenada. B) Las Constituciones redactadas en “papel”, es decir, me refiero a los instrumentos jurídicos u ordenamientos constitucionales modernos que hoy en día conocemos y que perfectamente identificamos, en razón de que la Constitución moderna – principalmente las Constituciones rígidas y escritas – surge por la intervención del poder arbitrario y soberano que alteró el orden medieval y, que cada región en Europa codificó su propia constitución conforme a sus raíces históricas constitucionales.

En la antigüedad es posible hablar de una Constitución de los *padres* o de los *ancestros* – *patrios politeia* – a través de las formas de gobierno – puras e impuras – que estudió Aristóteles, o de la *res publica* de Cicerón, en donde lo importante era la unión de la comunidad política, al mantener un equilibrio o punto medio en las *polis* o *civitas*, ante el temor de una fragmentación política y social de las comunidades, a causa de las luchas de facciones. Por esto, era importante mantener la unidad de las comunidades políticas antiguas, porque en el supuesto de perder el equilibrio del gobierno, la sociedad se encontraría fácilmente expuesta ante los tiranos, los oligarcas o los demagogos y, con esto la fragmentación del orden antiguo hubiera sido inminente¹.

El principal temor de los antiguos se define en la imposición de una Constitución de los vencedores sobre los demás, atendiendo a la disidencia y a la inestabilidad. Por ello, la Constitución a la que se debe tender, no debe tener un origen violento ni unilateral, sino un devenir compositivo y plural, al nacer de la pacífica y progresiva formación de una pluralidad de fuerzas. Como consecuencia se tienen tres componentes esenciales: el regío, el aristocrático y el democrático, que responden a la crisis constitucional a través de seguridad, paz y estabilidad².

La Constitución de los antiguos busca el punto medio entre las formas de gobierno legítimas, como lo manifestaba el propio Aristóteles, en virtud de que la Monarquía, la Aristocracia y la Democracia se consideraban como gobiernos justos y que no debían degenerarse en una mercantilización, concretamente, hacia intereses particulares y determinados. En consecuencia, la respuesta a algún problema de la Constitución se encuentra en el balance y el equilibrio del gobierno, dotándola de durabilidad. Aquí precisamente es donde se puede encontrar la Constitución media o ideal, que es capaz de promover y realizar un justo equilibrio entre dos extremos negativos – por ejemplo, como la oligarquía y la demagogia – que mediándose entre sí producen un perfecto balance y en la que todos moderan sus respectivas pretensiones en un contexto social, en función de que las clases medias son numerosas y, por lo tanto, no producen pugnas ni facciones entre los ciudadanos³.

En la antigüedad, la Constitución pasa de la ordenación y del equilibrio de las magistraturas y del poder, erradicando la posibilidad de un solo centro de poder, hacia un consenso de la comunidad política, teniendo como base al derecho y a las leyes, proyectando las virtudes de la equidad y de la moderación de los gobernantes, haciendo prevalecer a los mejores hombres – íntegros moralmente – que puedan dedicarse desinteresadamente al cuidado de los asuntos públicos⁴. De esta manera, en la época antigua se tenía la conciencia de un gobierno duradero y estable, en donde el poder se encuentra auto limitado por las mismas fuerzas sociales y políticas de la comunidad.

1 Kratochwil, Friedrich. *The Status of Law in World Society: Meditations on the Role and Rule of Law*. Londres, Cambridge University Press, 2014, pp. 75 a 77.

2 Fioravanti, Maurizio. *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 21 y 22.

3 *Ibidem*, pp. 22 a 24.

4 *Ibidem*, pp. 26 a 29.

Posteriormente, en la Edad Media, la Constitución ideal de los antiguos se convirtió en un orden jurídicamente dado – *el ordo iuris* –, con la distinción de que la Constitución Medieval gozaba de vínculos sustanciales que implicaban una intrínseca limitación de los poderes públicos, sin tratarse de límites impuestos por normas o reglas positivas, sino al contrario, se entendían como una fuerte limitación fáctica, a raíz de la caída del edificio político romano, por lo que el Medievo se ordenó de manera distinta en cada particularidad territorial. Ahora, el temor de la sociedad medieval era la intervención o interferencia de algún poder arbitrario que irrumpiera con el orden de la comunidad política. La Constitución Medieval se conformaba por un conjunto de relaciones sustanciales e indisponibles por parte de los poderes públicos, estructurados en un orden dado⁵ que, al contrario de los antiguos, provocó el particularismo y la fragmentación.

Si bien era cierto que la Constitución de los antiguos había muerto, los medievales no olvidaron un rasgo esencial de la antigüedad: la Constitución mixta, porque en aquel orden jurídicamente dado se buscaba defender de cualquier alteración arbitraria que se inmiscuyera en los equilibrios de poder dados, con lo que el tránsito de lo antiguo a lo medieval configuró un tipo distinto de Constitución, pero que en sustancia defendía la meritocracia, la prudencia y la estabilidad de los gobiernos.

Santo Tomás de Aquino manifestó la necesidad de renacer el ideal de la Constitución mixta que habían introducido los antiguos, pero que en el medievo tendría significados distintos, al partir de la idea de que la Monarquía como gobierno preferible no puede quedarse aislada, sino que se ubica dentro de una amplia forma de gobierno – *potes-tas temperata* – que valora los elementos Aristocrático y Democrático. Este gobierno ideal del Aquinate apareció rodeado de reglas y de límites, en donde la fuerza de la Monarquía no solamente radica en las virtudes del Príncipe, sino en la fuerza de toda la comunidad, cuyos auxiliares de aquél – los señores feudales – devinieron, paulatinamente, en asamblea y Parlamento para aconsejar al Monarca y, así poder prevenirlo de que corriese el riesgo de convertirse en un tirano. De esta manera, la supremacía del Rey debía observarse no de forma autónoma, sino en conjunto con las demás esferas de poder que lo ayudaban a gobernar, es decir, la supremacía de la comunidad política – supremacía del todo sobre las partes⁶ –, pero sin dejar de apuntar el trascendental papel de representación que tenía el Monarca, quien ya no se encontraba solo y que corriera peligro en el propósito de tomar decisiones equivocadas.

En Inglaterra, particularmente, nos topamos con la Carta Magna de 1215, la cual no es una Constitución como tal, ni mucho menos un antecedente del constitucionalismo moderno, sino que se trató de un pacto entre los Magnates del Reino y el mismo Monarca, que aseguraba las libertades de aquellos y, se adelantaba a la tesis política del Aquinate, porque la doctrina de la supremacía de la comunidad política comenzaba a surgir en la isla británica. Si bien era cierto que el Rey fuese importante, sus auxiliares

5 Ibidem, pp. 35 a 37.

6 Ibidem, pp. 43 a 46.

adoptan la forma de un Consejo del Reino que le ayudaban a aquél en su actuación, por lo que las fuerzas políticas estaban equilibradas y devendrían en el Parlamento años más tarde.

La Carta Magna podría considerarse como un tipo de Constitución Histórica, aquella voz del pasado británico de los barones y de los obispos, que exigían sus derechos vulnerados por el Rey, de tal manera que le recordaban a este último que no atropellase, arbitrariamente, lo que les correspondía históricamente.

Entonces, para comprender la Constitución inglesa es difícil hacerlo en esta modernidad o posmodernidad que nos atosiga actualmente, por lo que el hecho de remontarme a sus orígenes – aquel patrimonio histórico de los derechos y de libertades de los *Englishmen* – entendida como la *Ancient Constitution*, recobra su sentido y finalidad, al analizarse como la Constitución mixta, como aquel orden sustancial y jurídicamente dado – *ordo iuris* – y, fundamentalmente aquello que se originó del *common law*. Por esto, debe buscarse como un tipo o modelo histórico de Constitución que ha evolucionado a lo largo de muchos siglos.

Entre los siglos XIII y XVI, cuando el Parlamento apareció, formalmente, como una institución política en Inglaterra, la protección de los derechos quedó resguardada y garantizada de ahí en adelante, al identificar los componentes de la Constitución mixta: la Monarquía en el Rey, la Aristocracia en la Cámara de los Lores y, la Democracia en la Cámara de los Comunes. La visión romántica y literaria⁷ de la Constitución comenzó a configurarse y a construirse bajo los principios de la ordenación y de la separación de los poderes, cuya formulación se fue perfeccionando a lo largo de varios años.

El ocaso de la Constitución Medieval, en el caso particular inglés, comenzó a observarse con la figura emergente de Sir Edward Coke, que desafió al Rey Jacobo I y al absolutismo político de aquellos inicios del siglo XVII, por el simple hecho de defender las leyes del Reino y, dar a notar que la figura del Monarca ya no era el corazón de la comunidad política, es decir, no era un elemento vital para el funcionamiento del Reino. Todo esto en virtud de la defensa de un derecho común y, propiamente de la misma Constitución Histórica Inglesa, la *Ancient Constitution*.

Coke defendió un conjunto de leyes, profundamente, radicadas en la historia de la comunidad política, de costumbres, de acuerdos y de pactos entre los diversos componentes del Reino, que en su conjunto resultan la ley fundamental, la propia Constitu-

7 Walter Bagehot criticó esta visión que se tenía de la Constitución en el año de 1867, por la sencilla razón de que así se estudió el constitucionalismo inglés por casi seis siglos, pero que en su momento y dentro del contexto fue sumamente útil para entender las teorías de la separación de poderes y de la soberanía parlamentaria que hicieron su arribo, formalmente, a finales del siglo XVII, precisamente con la Revolución Gloriosa. Para mayor análisis, ver: Bagehot, Walter, *The English Constitution*, Nueva York, Cornell University Press, 1966, pp. 60 y 61.

ción, lo que verdaderamente significa el *common law*. Se refería a un tipo de regla que correspondía a la historia de Inglaterra, que el Parlamento, en sus funciones de Corte de Justicia, debía mantener en equilibrio formulando leyes que no priven, penalicen o premien de forma arbitraria y absurda. Con esto, los jueces debían ser los centinelas del sistema constitucional, al garantizar que el Parlamento o el mismo Rey no traicionaran sus deberes con el país. De esta manera, Coke redimensionó la Constitución Histórica al interpretarla como las antiguas leyes comunes y las costumbres del Reino⁸, pero que al mismo tiempo defendía la propia Constitución mixta elaborada en la antigüedad y en el medievo.

En consecuencia, el espíritu constitucional inglés está ejemplificado por la tradición legal inglesa, en las raíces prácticas y comunes del *common law*, el cual es ley no escrita con autoridad judicial, limitada para decidir un caso concreto, envolviendo principios generales, y precedentes tras precedentes. Por lo tanto, la Constitución inglesa es una extensión de los métodos del *common law* hacia la actividad gubernamental, en donde leyes no escritas mutan en una idea central: la Constitución no escrita. En este caso, dicha Constitución inglesa se nos revela como una miscelánea de estatutos, reglas, leyes, lineamientos que no constituyen formalmente una Constitución suprema, sino que son interpretadas a la luz de innumerables entendimientos políticos. Por esto, más que cualquier espíritu constitucional, realmente el corazón de la Constitución inglesa es un ensamblaje de prácticas consuetudinarias con las reglas que a menudo no son más que entendimientos extraídos de tales prácticas, conformando una herencia y tradición jurídica⁹.

En resumen, el caso histórico inglés refleja que los derechos se encontraban garantizados en la *Ancient Constitution*, la propia Constitución Histórica inglesa, entendida de esta forma desde una perspectiva u óptica del historicismo. De tal suerte que la *English Constitution* es difícil de ubicar o clasificar, porque realmente se trata de una constitución inigualable en el mundo, que hasta hoy en día ha permanecido con su carácter de ser flexible y no escrita, pero que ha evolucionado y se ha adecuado a las circunstancias históricas de cada momento particular, sin perder sus raíces u orígenes, sin dejar a un lado el reconocimiento de los derechos y de las libertades de los ciudadanos, sin sumergirse en el abismo de su propio pasado, sino que todo lo contrario, revive continuamente con la tradicional defensa del *common law*. Esto significa un gobierno atemperado por leyes que mostró su valía, ampliamente, en la Revolución Gloriosa de 1688.

8 Ibidem, pp. 67 y 68.

9 Loughlin, Martin, *The British Constitution: A very short introduction*, Londres, Oxford University Press, 2013, pp. 20 y 21.

3. LA REVOLUCIÓN

En este tercer apartado explicaré los principales sucesos históricos – de 1660 a 1688 – que dieron como consecuencia a la Revolución Gloriosa, en virtud de que resultan fundamentales para entender el despotismo de Jacobo II y que desencadenó en una serie de conflictos políticos, que lo orillaron a huir del Reino.

La Revolución inglesa o mejor conocida como la *Glorious Revolution* no obtuvo una transformación política y social, tal como se espera de un gran movimiento revolucionario, pero sí afectó los valores intelectuales de la élite política. Las apologías de Robert Filmer a la Dinastía de los Estuardo ya no tendrían sentido ni alguna utilidad en la política de la época, porque los acontecimientos históricos evolucionaron, rápidamente, a un pragmatismo individualista¹⁰, en donde el pensamiento de John Locke surgió dentro del contexto revolucionario con sus obras *Two Treatises of Government*, al reivindicar el binomio patrimonial histórico de la Constitución inglesa: libertad y propiedad. En consecuencia, los valores aristocráticos de los ingleses se reformaron con la Revolución Gloriosa de 1688.

G.M. Trevelyan opinó que debería llamarse, más bien, la Revolución Sensata, en lugar de Gloriosa. Sin embargo, la “Gloria” de la Revolución no estriba en el mínimo de violencia que necesitó para triunfar o imponerse, sino en el medio para evitar la violencia que el *Settlement Revolution*¹¹ descubrió para el futuro de Inglaterra, por esto se trató de una Revolución incruenta. Finalmente, la Gloria correspondió a Guillermo de Orange, quien obtuvo el triunfo y el trono. Esta Revolución no buscó la destrucción de las leyes, sino confirmarlas contra un Rey que las vulneraba. No obligó al pueblo al sometimiento a un patrón religioso y político, sino al contrario, se le daba libertad bajo la ley y por la ley. También fue liberal y conservadora¹² porque todas las fuerzas políticas se unieron para defender la Constitución inglesa de la destrucción que amenazaba el Monarca en turno.

Antes de explicar el reinado de Jacobo II, debo explicar algunos breves antecedentes que sucedieron con el Monarca Carlos II, concretamente refiriéndome al inicio del periodo histórico conocido como el Orden de la Restauración de la Monarquía, en función de la caída del experimento republicano de Oliver Cromwell, y que llevó a los parlamentarios a poner en marcha, nuevamente, un gobierno monárquico.

10 Langford, Paul, “The Eighteenth Century (1688 – 1789)”, en: Morgan, Kenneth O., *The Oxford History of Britain*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 398.

11 El *Ordenamiento de la Revolución* se refiere en aquel contexto a las relaciones que guardaba el poder público del Estado, tanto en asuntos políticos como religiosos, y que se dio a raíz de la caída de Jacobo II y el ascenso de Guillermo de Orange.

12 Trevelyan, George Macaulay, *La Revolución Inglesa: 1688 – 1689*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 10 y 11.

El periodo que comprende de 1660 a 1685 se le conoce como el Ordenamiento de Restauración de la Monarquía, considerándose un fracaso para estabilizar la Constitución inglesa¹³. Para comprender los reinados de Carlos II y de Jacobo II, se necesita tener presente la naturaleza del arreglo religioso de la Restauración, y que la Revolución de 1688 modificó, pero que nunca destruyó.

El Ordenamiento de la Restauración fue causa de que la Iglesia establecida – *Establishment* – fuera una vez más anglicana en lugar de puritana; restableció sus privilegios y aseguró a sus miembros el monopolio de los cargos estatales y municipales, así como el derecho a enseñar en sus escuelas. Además, cualquier servicio religioso que no perteneciera a la Iglesia anglicana era castigado como un delito; estas leyes, aprobadas entre 1662 y 1665, son conocidas, históricamente, como el Código Clarendon¹⁴. Este código fue producto del Parlamento, porque se presentía el temor del catolicismo romano, porque las personas más influyentes en la Corte, los ministros de mayor confianza del Rey Carlos II, su hermano y heredero, e incluso la propia Reina eran católicos.

Sin embargo, el Monarca Carlos II promulgó Declaraciones de Indulgencia que suspendían parcialmente la aplicación de las leyes persecutorias, haciendo uso de sus facultades o prerrogativas de la Corona. Pero, el Parlamento determinó que dichas Declaraciones eran irregulares, porque el Monarca no podía impedir, de forma directa o indirecta, la aplicación de las leyes votadas y promulgadas por el Parlamento. Finalmente, Carlos II cedió ante la Cámara de los Comunes y esta última revocó la Declaración de Indulgencia de 1672¹⁵.

Ahora bien, los partidos políticos en Inglaterra estaban divididos, principalmente, por asuntos religiosos. Los *tories* eran anglicanos de la alta Iglesia y buscaban someter a los disidentes protestantes con la aplicación del Código Clarendon, extirpando el puritanismo y el catolicismo de Inglaterra. Mientras que los *whigs* eran una combinación entre la baja Iglesia y los disidentes puritanos, al defender a las sectas no conformistas contra la persecución, esperando tal vez algún día volverse contra el anglicanismo. El punto en común entre *whigs* y *tories* era su oposición a los católicos romanos¹⁶.

Los *tories* proclamaron, como parte fundamental de las enseñanzas de la Iglesia anglicana, la doctrina del derecho divino hereditario de los Reyes unida a la doctrina de la no resistencia a la Corona. Esto apuntaba a que ninguna tiranía, por cruel que fuere, justificaba el hecho de que algún súbdito resistiera con las armas a un Monarca, puesto que la Monarquía hereditaria tenía un origen divino o teológico. De hecho, en 1683 la

13 Ibidem, p. 18.

14 Trevelyan, George Macaulay, *Historia Política de Inglaterra*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 317 y 318.

15 Trevelyan, George Macaulay, *La Revolución Inglesa: 1688 – 1689...*, cit., pp. 22 y 23.

16 Ibidem, p. 25.

Universidad de Oxford publicó un manifiesto en que proclamó, oficialmente, la doctrina de la no resistencia incondicional, como discurso importante de la Iglesia de Inglaterra¹⁷.

El derecho divino de los Monarcas se consideraba como una tesis indubitable, cuya referencia del contexto, obligatoriamente, debe ser Robert Filmer¹⁸, porque afirmaba que dichos derechos divinos se podían considerar como un poder derivado directamente de la Ley Natural, en función de que Dios es el gobernante del Universo de manera monárquica, siendo la mejor forma de gobierno para todos los hombres. Por lo tanto, la potestad de los Reyes se derivaba de un discurso patriarcal, porque aquellos se consideraban como descendientes de Adán y, en consecuencia, la elección de los Monarcas le pertenecía a Dios¹⁹. Filmer critica, duramente, a Parsons y a Buchanan, así como también a los teólogos juristas españoles, al apuntar que aquellas tesis que favorecían a la libertad de los hombres y al tiranicidio estaban mal formuladas y eran injustificables a la luz del mundo y de Dios. Los *tories* apoyaban tesis como esta, que vinculaban a los Monarcas con la divinidad y, por lo que su legitimidad era incuestionable.

Las querellas entre ambos partidos políticos salieron a la superficie por la Ley de Exclusión de 1678, mediante la cual los *whigs* proponían excluir de la sucesión a Jacobo II. Sin embargo, los *tories* se inclinaron del lado conservador, sobre la rigurosa y formal sucesión hereditaria del trono²⁰.

Además de excluir a Jacobo de la sucesión, los *whigs* tuvieron la idea de que Monmouth – un hijo ilegítimo del Monarca Carlos II – fuera declarado heredero de la Corona y porque era un líder del partido *whig*. Por lo que se prescindía de los derechos a la sucesión de las hijas del todavía Duque Jacobo: María y Ana, ambas protestantes. Los intereses de Guillermo de Orange y de su esposa María estaban, en aquellos días, confiados a Lord Danby, el líder de los *tories*²¹.

Después de la muerte del Rey Carlos II el 6 de febrero de 1685 y, sin haber convocado al Parlamento durante su reinado, su hermano Jacobo II lo sucedió. El simple hecho de que los *whigs* hubieran tratado de excluir a Jacobo del trono, en su momento, lo convirtió en un ídolo para los *tories*. Estos últimos estaban seguros de que Jacobo serviría a sus intereses²², por el apoyo que le habían mostrado al nuevo Monarca tras los acontecimientos motivados por la Ley de Exclusión.

17 Ibidem, p. 31.

18 Escribió en 1640 su libro: *Patriarca o el Poder Natural de los Reyes*, cuya publicación se dio hasta 1680, prácticamente 27 años después de su fallecimiento. Se trató de una doctrina que favorecía, completamente, el gobierno monárquico de la Dinastía de los Estuardo. Este libro provocó una polémica directa con John Locke, cuando éste último publicó en 1688 su *Primer Tratado sobre el Gobierno*, el cual se dedicó a rebatir la tesis monárquica patriarcal de Filmer.

19 Filmer, Robert, *Patriarca o el Poder Natural de los Reyes*, Madrid, Calpe, 1920, pp. 60 a 68.

20 Trevelyan, George Macaulay, *La Revolución Inglesa: 1688 – 1689...*, cit., p. 26.

21 Ibidem, p. 27.

22 Ibidem, pp. 34 y 35.

1685

El Rey Jacobo II convocó al Parlamento, en el mes de mayo de 1685, para exigir las rentas vitalicias que se le habían concedido a su hermano Carlos II, por lo que se votó por los subsidios vitalicios. Esto permitió a Jacobo vivir con independencia y comodidad financiera, provocando su ruina política e induciéndole a convertirse en tirano. Desde 1685, ningún Rey o Reina han contado con una amplia renta vitalicia y, en consecuencia, a partir de 1688 no pasó año alguno sin que se reuniera el Parlamento²³.

Del 9 al 20 de noviembre de 1685 se convirtió en el periodo de la segunda y última reunión del único Parlamento que Jacobo convocó. El Rey pidió una fuerte suma de dinero para el sostenimiento del ejército leal a la Corona, sobre todo para conformar una milicia permanente, ante los temores provocados por Francia y Holanda en aquella época. Naturalmente, el Parlamento se lo negó, en virtud de que Jacobo podía convertirse en amo y señor absoluto de los parlamentarios²⁴.

La Ley de Prueba – *Test Act* – aprobada en 1673 por Carlos II, la cual señalaba que todo aquél que ocupara algún cargo oficial público debía comulgar conforme a la doctrina de la Iglesia de Inglaterra, por lo que excluía de los cargos públicos a los católicos romanos. Jacobo II buscaba revocarla en aquella segunda convocatoria del Parlamento, a lo cual tampoco accedió este último, en virtud del fanatismo romanista del Rey y, porque los parlamentarios no tenían intervención alguna en los nombramientos que realizaba el Monarca para el Gabinete, el Consejo Privado, el Tribunal de Jueces, entre otros. En lugar de que el Rey hubiese solicitado al Parlamento tolerancia religiosa para los católicos, pedía para estos últimos una igualdad formal ante la ley, por su deseo de dominar políticamente el reino²⁵. El Parlamento nunca volvió a reunirse durante el resto del reinado de Jacobo II, lo cual resultó en una paradoja, porque *Westminster* tenía todo el apoyo real y *tory* para los Estuardo, con la finalidad de consolidar el poder político de dicha familia real.

1686

A pesar de lo anterior, entre 1686 y 1688, Jacobo II continuó la política de conceder nombramientos a ciertos católicos romanos, a pesar de que la Ley de Prueba no había sido derogada por el Parlamento²⁶, por lo que los parlamentarios tuvieron bastantes razones para sospechar la apostasía del Monarca en turno, y algo más importante: la ilegalidad e irregularidad de sus actos públicos en el otorgamiento de dichos nombramientos.

23 Trevelyan, George Macaulay, *Historia Política de Inglaterra...*, cit., pp. 330.

24 Trevelyan, George Macaulay, *La Revolución Inglesa: 1688 - 1689...*, cit., p. 46.

25 Ibídem, p. 47.

26 Ibídem, p. 48.

Ahora bien, la prerrogativa de los Monarcas de Inglaterra en cuanto al ejercicio de un poder extrajurídico indefinido no había desaparecido definitivamente²⁷, ni con la caída del padre de Jacobo II: el Rey Carlos I. Esta prerrogativa fue reclamada por Jacobo II, al buscarla en la Constitución inglesa, a través de una aprobación de los jueces, los mismos que el Monarca nombraba; por lo que el Rey reuniría a un nuevo Parlamento que actuara conforme a su voluntad regia. Sin embargo, el problema fue que esta prerrogativa la amplió excesivamente el Monarca, y legalizó todos sus actos mediante los jueces que él mismo Rey les concedía autoridad, por lo que la aplicación de las leyes se subordinaba a la voluntad de Jacobo II.

Jacobo II, también había comenzado a transformar su ejército al introducir reclutas de la Irlanda Católica, cuyo procedimiento enfureció, severamente, a los soldados ingleses, porque estos últimos consideraban a los irlandeses como una raza inferior sometida y, ajena al anglicanismo²⁸. Los soldados sintieron que su propio Rey los alejaba del buen camino y del bienestar.

Entonces, en 1686 Jacobo comenzó a preparar sus ataques contra la Iglesia de Inglaterra, entregando al Tribunal de Alta Comisión²⁹ el gobierno eclesiástico, con la facultad de suspender y destituir a todos los eclesiásticos que se quisieran. Después, la Alta Comisión atacó a las Universidades, al intentar romanizarlas para que, de esta forma, fuera más sencillo hacerlo con la Iglesia de Inglaterra. Sin embargo, parece que Jacobo II olvidó que la Universidad de Oxford había planteado la doctrina de la no resistencia incondicional al Monarca, por lo que aquél estaba destruyendo la fuente doctrinal y espiritual de su poder³⁰.

1687

En abril de 1687, el Rey Jacobo II promulgó una Declaración de Indulgencia, en la que se previó la tolerancia religiosa y, que por virtud de su prerrogativa regia suspendía el Código Clarendon, la Ley de Pruebas de 1673 y todas aquellas leyes que dañaban a los católicos romanos y a los protestantes³¹. Carlos II promulgó una Declaración parecida, tal como lo expliqué en páginas anteriores, pero el Parlamento lo obligó a que la derogara, en virtud de su irregularidad; sin embargo, Jacobo II sostuvo la legalidad de

27 Ibidem, p. 50.

28 Ibidem, p. 75.

29 Este Tribunal era ilegal, en virtud de que había sido abolido por un Decreto en 1641 y, en la época de la Restauración (1660), el Parlamento tuvo cuidado de no restituir a los Monarcas la facultad de restablecer este Tribunal, porque los parlamentarios, tanto los *whigs* como los *tories*, querían que la Iglesia conservase sus derechos de propiedad y de libertad, independientemente de la voluntad del Rey. Ver: Trevelyan, George Macaulay, *Historia Política de Inglaterra...*, cit., p. 334.

30 Trevelyan, George Macaulay, *La Revolución Inglesa: 1688 - 1689...*, cit., p. 56.

31 Ibidem, p. 58.

dicha Declaración a cambio de que viejos enemigos se unieran a él, pero que la Iglesia de Inglaterra le ganaría la partida a mediados de 1688.

En ese mismo año de 1687, el Príncipe Guillermo de Orange declaró, abiertamente, que se oponía a la política de su suegro Jacobo II, porque si bien es cierto que era partidario de la libertad religiosa para disidentes protestantes y católicos, condenaba la revocación de la Ley de Pruebas y la admisión de los católicos en los empleos públicos. La política de Guillermo era muy clara: Libertad religiosa y tolerancia, pero no igualdad política para los católicos romanos³². Este discurso fue del agrado de los anglicanos y de los puritanos en Inglaterra, mientras que Jacobo II, paulatinamente, se quedaba sin aliados en el terreno político.

1688

En mayo de 1688, Jacobo II volvió al ataque con su Declaración de Indulgencia, a la cual se le añadió que los clérigos de la Iglesia de Inglaterra eran requeridos por el Rey para leer la citada Declaración en sus propias Iglesias después del oficio matinal, por lo que se les intentaba obligar a todos los clérigos a participar en la ilegalidad en que incurría Jacobo II. Todo párroco que se resistiese a hacerlo se exponía a ser juzgado por el Tribunal de la Alta Comisión, y de esta manera, podía ser suspendido o destituido por desobediencia al Rey. Los clérigos se formularon una pregunta esencial: ¿Cuáles eran los límites a la obediencia al Monarca? El arzobispo de Canterbury, William Sancroft, recomendó la desobediencia universal al Rey, al declarar que el Parlamento – no solamente el Rey – era la fuente suprema de las leyes, y que el Rey sin el Parlamento no podía suspenderlas³³. La Iglesia intentaba desobedecer al Rey, por lo que los tories comenzaron a considerar la tolerancia religiosa.

Después del desafío de la Iglesia a Jacobo II, éste último ordenó procesar a Sancroft y a otros seis Obispos, en virtud de que le habían escrito al Rey para suplicarle que el clero no fuese obligado a leer la Declaración, porque era ilegal. Fueron aprehendidos por motivo de libelo sedicioso, sin embargo este hecho fue de gran importancia, porque al observarse que se trataban de personas intachables y leales al Rey Jacobo II, claramente se traducía en que hasta los más venerables súbditos del país iban a ser sacrificados en caso de que se negasen a participar en los actos ilegales del Rey³⁴. Por lo tanto, nadie podía escapar a la venganza del Monarca, si a los obispos se les llegasen a imputárseles alguna sanción.

Los obispos acusados fueron sometidos a un proceso público el 29 de junio de 1688. En dicho proceso, el jurado tenía que decidir si a los súbditos les asistía el derecho de

32 Ibidem, p. 60.

33 Keir, David Lindsay, *The Constitutional History of Modern Britain: 1485 – 1937*, Londres, Adam and Charles Black, 1950, p. 266.

34 Idem.

petición ante el Rey y si la Declaración de Indulgencia era legal o ilegal. Al día siguiente, el jurado se pronunció, de forma unánime, por un veredicto de no culpabilidad. El júbilo popular por las calles de Londres, después de la absolución de los obispos, se desbordó³⁵, por lo que Jacobo II comenzó a hundir su reinado.

Poco después de casi un mes, la situación empeoró para Jacobo II, cuando la Reina le dio un hijo, por lo que el futuro de una dinastía católica en Inglaterra comenzaba a ser algo probable, además de las dudas que existieron acerca de que si dicho niño era realmente hijo

o no del Rey³⁶. Entonces había un varón con posibilidades reales de heredar el trono y, que por derecho propio eliminaba a las presuntas herederas protestantes, sus hermanastras María y Ana. Además, nadie dudaba de que sus padres del Príncipe lo educarían conforme a su creencia católica romana, por lo que los planes de los *tories* que consistieron en aguardar la muerte de Jacobo II, con la finalidad de esperar la sucesión de sus hijas, colapsaron.

Algunos de los líderes del partido *tory* se unieron con los miembros del partido *whig* de la oposición y se propusieron resolver la crisis, porque el catolicismo era una amenaza inminente para Inglaterra. Entonces, para ese mismo año de 1688 ocurrió, en términos de Trevelyan, un “renacimiento moral político³⁷”, porque tanto los *whigs* como los *tories* formaron un solo grupo político – fáctico –, como una especie de guardián para defender la Constitución y la religión de Inglaterra.

Después de absolver a los siete obispos, el 30 de junio de 1688, se le envió, de forma secreta, a Guillermo de Orange una carta en la que se le invitaba a desembarcar en Inglaterra con un ejército, para levantarse en armas contra el gobierno de Jacobo II, además de que se le garantizaba el apoyo completo del país. Este documento no insinuó algo acerca sobre el ofrecimiento de la Corona y fue suscrito por los actores políticos importantes de la época: los *whigs*, los *tories* y la Iglesia³⁸.

Entre 1687 y 1688, los líderes de los *whigs* y de los *tories* celebraron reuniones secretas para la defensa de los derechos públicos, realizando un plan de resistencia constitucional pacífico, al menos en principio. Sin embargo, el caso de los siete obispos y el nacimiento del príncipe de Gales aceleraron los acontecimientos que se desarrollaron en

35 Ibídem, p. 267.

36 Jacobo II tuvo como hijo al Príncipe “Jacobo III” o mejor conocido como el “Viejo Pretendiente”, sin embargo, aquél cometió la torpeza o ligereza de no llamar a testigos protestantes del pueblo que, de acuerdo a la tradición, debían dar testimonio de que había nacido el heredero al trono. Además, se esparció el rumor de que el niño fue introducido en el lecho de la Reina en un calentador, por lo que los enemigos de Jacobo II explotaron dicha historia de incertidumbre que envolvía el nacimiento del Príncipe. Ver: Trevelyan, George Macaulay, *La Revolución Inglesa: 1688 - 1689...*, cit., p. 72.

37 Ibídem, p. 67.

38 Ibídem, p. 74.

el terreno político, por lo que los partidos políticos planearon también en recurrir a la fuerza con el fin principal de deponer al Monarca.

La resistencia constitucional se encontraba al límite de su eficacia, por lo que ¿cuánto tiempo tendría el Rey “las manos libres”? En torno a esto, la doctrina política *whig*, relativa a un contrato entre el Monarca y su pueblo, justificaba la rebelión en contra del Rey que vulneraba constantemente las leyes; y la mitad de los *tories*, dirigidos por su líder Lord Danby, se adhirieron a la doctrina *whig* en dicho punto. El resto de los *tories*, dirigidos por Sancroft y por Lord Nottingham, no estaba dispuesta a una rebelión, pero adoptarían una postura de abstención de defender al Rey, en donde solamente hubiera una obediencia pasiva al Monarca tiránico³⁹.

Ahora, se puede formular la interrogante ¿por qué los *whigs* y los *tories* acudieron a las fuerzas militares extranjeras en 1688? Esto fue así, en función de que el país estaba más unido contra Jacobo II, que contra Carlos I en aquella primera guerra civil del siglo XVII. En 1642, Carlos I no contaba con otro ejército que pudiera reclutar con voluntarios realistas; mientras que, en 1688, Jacobo II poseía un gran ejército regular. En 1642, funcionaba un Parlamento como centro de autoridad en torno al cual era posible agrupar los hombres contra el Rey; en 1688 no existía Parlamento⁴⁰, porque el mismo Jacobo II – después de su fracaso en su intento por revocar la Ley de Pruebas – no volvió a convocarlo, sino que, al contrario, intentaba modificar las magistraturas y los distritos electorales para conformar un Parlamento *ad hoc* a sus intereses regios.

Por lo tanto, se necesitaba de una convocatoria para reorganizar la oposición contra Jacobo II, como un ejército de liberación, cuya posibilidad radicaba en las tropas holandesas y, que estarían al mando del esposo de la hija mayor del Rey: Guillermo de Orange.

El Príncipe Guillermo manifestó que había sido invitado por ciertos lores espirituales y temporales para restaurar las vulneradas libertades del pueblo inglés, por lo que se comprometía que todos los problemas se resolverían por un Parlamento libremente elegido, teniendo como objetivo la posibilidad de librarse de un poder arbitrario, apoyándose por la fuerza militar⁴¹.

A finales del mes de septiembre de 1688 se sabía en Inglaterra de los preparativos que se realizaban en los muelles de Holanda y que estaban dirigidos contra el gobierno inglés. El Rey Jacobo II se alarmó y comenzó a ofrecer grandes concesiones, tales como la abolición del Tribunal de la Alta Comisión, restablecimiento de antiguos privilegios de Londres y de otras ciudades, y la promesa de reinstalar en las magistraturas a mu-

39 Ibidem, pp. 75 y 76.

40 Ibidem, p. 77.

41 Keir, David Lindsay, op. cit., pp. 269 y 270.

chos de los nobles que había destituido. Estas concesiones llegaron demasiado tarde, la invasión holandesa era un hecho⁴².

No obstante, Jacobo II se negó a resolver el principal problema, respecto al poder ilimitado que se había adjudicado para la suspensión de las leyes. Además, conservó en los cargos públicos a los católicos, porque el Rey creía que tenía el derecho de suspender a funcionarios públicos por su exclusiva voluntad. Por lo tanto, a los *tories* que el Monarca les ofreció la restauración de sus cargos, se negaron a aceptar y, aquellos que aceptaron tampoco se sentían obligados a apoyar a Jacobo II en la lucha que se avecinaba contra el Príncipe Guillermo.

Finalmente, el 5 de noviembre de 1688, Guillermo de Orange desembarcó en Devon con un ejército que tenía entre 12, 000 y 15, 000 hombres, mucho menos de la mitad que las fuerzas regulares de Jacobo II⁴³. Luego entonces, los líderes políticos y religiosos comenzaron a unirse a la causa protestante de Guillermo.

Yorkshire, Newcastle, Norwich y Nottingham cayeron a manos de la unión política que lideraba Guillermo, sin la necesidad de causar derramamiento de sangre, en virtud de que sus líderes, gobernantes y la propia muchedumbre apoyaban la causa del Príncipe holandés. Jacobo II salió de Londres, dejando a un Consejo que lo representaría en su ausencia, con rumbo al oeste para ponerse al frente de sus tropas en Salisbury y lanzarse contra el invasor Guillermo. Sin embargo, muchos oficiales del ejército realista estaban en secreta relación amistosa con el Príncipe Guillermo, por lo que Jacobo se dio cuenta de la situación y ordenó la retirada a Londres⁴⁴. De esta forma, Inglaterra escapó de una guerra civil que parecía inminente y, Jacobo II fracasaba estrepitosamente en el ámbito político y militar, ya que prácticamente fue derrotado sin haber peleado una sola batalla.

El 10 de diciembre de 1688, la Reina y el Príncipe de Gales huyeron a Francia. Al día siguiente, el Rey intentó escapar, sin embargo, fue capturado por unos pescadores en la isla de Sheppey. Jacobo II huía sin haber instalado en Londres algún poder de regencia que se hiciese cargo del gobierno, destruyó aquellos edictos en que se convocaba un nuevo Parlamento, arrojó al Támesis el Gran Sello y ordenó que se dispersase el ejército realista. El Rey buscaba dejar a Inglaterra en la anarquía, pensando que él, probablemente, después regresaría al frente de un ejército francés prestado por Luis XIV⁴⁵.

Jacobó regresó a Londres el 16 de diciembre de 1688 e intentó reiniciar su gobierno, incluso presidiendo una reunión del Consejo Privado. Sin embargo, recibió una petición para que se marchase de Londres por parte del Príncipe Guillermo. Éste último, al mismo tiempo, ordenó a todas las tropas inglesas el abandono de la capital. Jacobo

42 Trevelyan, George Macaulay, *La Revolución Inglesa: 1688 - 1689...*, cit., p. 84.

43 Trevelyan, George Macaulay, *Historia Política de Inglaterra...*, cit., p. 335.

44 Trevelyan, George Macaulay, *La Revolución Inglesa: 1688 - 1689...*, cit., pp. 90 a 93.

45 *Ibíd.*, p. 95.

fue llevado a Rochester el 18 de diciembre del mismo año, bajo una guardia holandesa, justo cuando Guillermo de Orange realizó su entrada triunfal en Londres. El Rey Jacobo II huyó a la medianoche del 22 de diciembre para no volver jamás a la isla británica⁴⁶.

Poco antes de Navidad, los integrantes de la Cámara de los Lores y de la Cámara de los Comunes del reinado de Carlos II, se reunieron para deliberar sobre la seguridad del Reino, solicitarle al Príncipe Guillermo que se hiciera cargo de la administración gubernamental de Inglaterra y, que convocase un Parlamento – Convención o mejor conocida como la Convención del Parlamento.

En consecuencia, el 26 de diciembre de 1688, Guillermo de Orange, convocó una asamblea de todos los miembros del Parlamento que habían sobrevivido el gobierno del Monarca Carlos II. Esta asamblea, a su vez, convocó la Convención del Parlamento para que se reuniera y determinara el futuro de quien iba a ser el Monarca de Inglaterra, en función de la ausencia de Jacobo II⁴⁷.

Las elecciones de los parlamentarios fueron celebradas bajo la autoridad de los escritos del Príncipe de Orange y por la petición de la asamblea que había convocado a una Convención. El problema jurídico consistió en que no había, formalmente, un Rey que convocase al Parlamento, por lo que la reunión de dicha Convención estaba viciada de origen y era irregular su situación jurídica desde un principio. La gravedad del asunto, desde una perspectiva constitucional, giró en torno a que no existía Monarca en el trono, por lo que la Constitución inglesa continuó operando, cayendo en una paradoja inevitable, en virtud de que la institución de la Corona era fundamental para la propia Constitución – *Crown-in-Parliament* – y además porque los líderes de la Revolución Gloriosa buscaban la reivindicación de las leyes y de los derechos, en función de que en el fondo defendían la *Ancient Constitution*.

Consecuentemente, la paradoja se transformó en la legitimación necesaria para demostrar que la Corona continuaba existiendo, solamente que sin Monarca – como persona – que ocupase el cargo, por lo que la designación o elección de un Rey era obligatoria por las mismas exigencias constitucionales. En término políticos y pragmáticos, esto último se tradujo como una simple abdicación del Rey Jacobo II.

En esta elección del Soberano se rompía, definitivamente, con la tesis del derecho divino de los Reyes, en razón de que se realizó de manera temporal y terrenal, por motivo de las circunstancias que así lo exigían a finales de 1688. El Rey había huido, pero la Constitución estaba a salvo.

46 Ibidem, pp. 98 y 99.

47 Ibidem, p. 101.

4. THE BILL OF RIGHTS DE 1689

En este apartado analizaré las consecuencias jurídico – políticas de la Revolución Gloriosa, principalmente en referencia a los límites impuestos al Monarca por parte del Parlamento, consolidándose de esta manera la doctrina de la autoridad soberana parlamentaria, así como también la configuración de un Constitucionalismo moderno, que partió de las bases establecidas por el *common law*.

Una vez reunida la Convención del Parlamento, durante el mes de enero de 1689, se llegó a un acuerdo y se declaró que la huida de Jacobo II significaba, tácita o implícitamente, una declaración de abdicación. En consecuencia, el trono se le ofreció, de forma conjunta, a Guillermo y a María, de tal manera que ambos aceptaron. En dicha situación, el 13 de febrero de 1689, Guillermo III y María II aceptaron conjuntamente la Corona de Inglaterra⁴⁸. De esta forma, se resolvió para siempre las constantes pugnas entre el Rey y el Parlamento. Aquél 13 de febrero, sirvió como un recordatorio de que la Constitución inglesa jamás volvería a adoptar características absolutistas ni despóticas.

Entonces, la Revolución Gloriosa produjo algo fundamental: *Ley para declarar los Derechos y Libertades de los Súbditos y para determinar la Sucesión de la Corona*⁴⁹, también conocida como el *Bill of Rights*, en donde se limitó el poder del Monarca, al que se le prohibió un poder autónomo normativo, así como el poder de imponer tributos y de llamar a las armas, o de organizar y mantener el ejército en tiempo de paz, sin el consentimiento del Parlamento. En consecuencia, se generaron dos aspectos muy importantes: la supremacía del Parlamento, que afirmaba su rol fundamental conforme a la tradición de la Constitución inglesa y el establecimiento de una Monarquía constitucional o parlamentaria, traducida en limitar al Rey y el poder de la Corona, al asegurar los derechos y las libertades. En esta Carta de 1689, se confirmó la potestad legislativa del Parlamento, y al mismo tiempo les reconoció los derechos y las libertades públicas a sus súbditos.

En esta Carta de Derechos, al exponerse los actos ilegales e irregulares de Jacobo II y, especialmente, su pretensión de suspender las leyes por prerrogativa, declaraba que estos actos del citado Monarca eran contrarios al orden constitucional, por lo que se requería que los nuevos Reyes aceptasen desde un inicio las limitaciones intrínsecas que conllevaba la propia Monarquía, como una condición para su coronación⁵⁰. Entonces, el *Bill of Rights* era, prácticamente, una aceptación implícita de las limitacio-

48 Ibidem, pp. 104 a 115.

49 “Ley para Declarar los Derechos y Libertades de los súbditos y para determinar la Sucesión de la Corona. (The Bill of Rights) (13 de febrero de 1689)”, en: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/20.pdf>, consultado el 8 de agosto de 2018.

50 Ibidem, pp. 115 y 116.

nes de poder de la Corona, por parte de Guillermo y de María, al momento de suscribir dicha Carta de Derechos.

La misma Revolución Gloriosa consolidó el principio: *Crown-in-Parliament*, el cual es explicado por William Blackstone en su obra *Commentaries on the Laws of England* de 1765, en donde argumentó que el *common law* era un derecho único y superior a cualquiera. Él pensó que para hablar del término de “soberanía” en la Constitución inglesa era posible averiguar su concepción en 1689, ya que tras la Revolución Gloriosa se analizó la concepción de “autoridad soberana parlamentaria”, que no significó la representación del pueblo a través de la Cámara de los Comunes, sino que solamente se trató de un concepto legal que se tradujo en que el Rey convocaba al reino, traducido en la fórmula o principio anteriormente citado: “*Crown-in-Parliament*”, que está muy lejos de alguna expresión democrática sentimental popular, sino que se trata una noción formal de un Estado Soberano. La regla fundamental de la Constitución podía reducirse a un simple enunciado: “Lo que la Corona en el Parlamento promulga es ley”⁵¹

Por lo tanto, la Constitución – en el análisis de Blackstone – es la unidad conceptual de los tres componentes del Parlamento – *Rey, Lores y Comunes* – en su convivencia y armonía para frenar y contrapesar los distintos poderes que surjan de manera despótica o autoritaria – *checks and balances* –. Entonces, la ley fundamental de Edward Coke se quedó en un nivel abstracto del pensamiento, mientras que Blackstone presentó a la Constitución como una entidad realista y positiva traducida en la dirección jurídico-política de la Corona en el Parlamento.

Por lo anterior, el *Bill of Rights* fue la piedra angular de la soberanía parlamentaria y, a partir de entonces, la Corona junto con el Parlamento tenían que actuar en armonía, sin conflictos de por medio que pudieren entorpecer a una u otra institución.

De acuerdo a Langford, la importancia de la Revolución Gloriosa radicó, fundamentalmente, en la aceptación sustancial de una Monarquía parlamentaria. Esto se puede reflexionar en tres aspectos esenciales: Legitimación, Monarquía constitucional y Democracia⁵².

En el aspecto de la legitimación se rescata la figura del Monarca y se renueva la institución de la Corona, en virtud de que la tradición o la teatralidad de la que escribía Walter Bagehot, se vería sustituida por la racionalidad – nota característica de la filosofía moderna europea – que consiste en la aceptación de un Monarca “desde abajo”, es decir, en la óptica popular, y no exclusivamente vía divina o natural.

51 Blackstone, William, *Of the Rights of Persons, Commentaries on the Laws of England*, Chicago, The University of Chicago Press, 1979, v. I, pp. 142 a 159.

52 Langford, Paul, “The Eighteenth Century...”, cit., p. 401.

En lo que se refiere al aspecto, propiamente, de la Monarquía constitucional, en donde, evidentemente, se limita o se restringe el poder del soberano, hay dos temas: a) Se condicionó a Guillermo de Orange que su firma del *Bill Of Rights* era el acceso automático al trono, ya que de lo contrario, en el caso de que no se sometieran los Príncipes a dicha Carta, no podrían ascender al poder real de la Corona, y b) Los actos del Monarca serían válidos, siempre y cuando el Parlamento los aprobase.

Dentro del aspecto de la Democracia, me gustaría referirme al tema de la elección de los Monarcas, vía convención parlamentaria, dejando a un lado el derecho a heredar el trono, sustituyéndolo por la voluntad de una nación expresada a través del Parlamento; pero que tampoco significa una condición democrática tal como la conocemos hoy en día, en donde los ciudadanos expresan su voto y opinión respecto del gobierno en turno, porque este contexto democrático al que se refiere Langford es exclusivamente en sede parlamentaria. No obstante, los historiadores no están de acuerdo de manera unánime alrededor de este aspecto democrático de la Revolución Gloriosa, algunos como Mark Warren y Martin Loughlin suponen que es difícil y complejo de analizar algún asunto democrático, a finales del siglo XVII, en la isla británica, cuando la lucha política, principalmente, fue aristocrática y elitista.

La Convención después de cubrir el trono vacante y de haber sido, en la medida de lo posible, un Parlamento legal procedió a legislar el tema religioso. Mientras las relaciones de la Iglesia con los disidentes, de los anglicanos con los puritanos, no quedaran reguladas de un modo tolerable para ambos partidos políticos, el país estaría expuesto a posibles disturbios. Entonces, se promulgó la Ley de Tolerancia en mayo de 1689, que concedió a los disidentes protestantes el derecho al ejercicio público de su culto, resolviendo la problemática por medio de un compromiso duradero y, moderó la lucha entre la Iglesia de Inglaterra y los disidentes, porque eliminó cualquier aspecto sobre persecución religiosa⁵³. De esta forma, la libertad religiosa también tuvo un cambio constitucional importante, donde el anglicanismo toleraba otros cultos o creencias religiosas.

De tal modo que para Trevelyan existieron dos principios fundamentales de la Revolución que fueron reconocidos: a) *Inamovilidad de los jueces*. – La Corona no podía destituir a los jueces, por lo que la interpretación de la ley se confiaba a tribunales libres de cualquier interferencia o intervención gubernamental; b) *Libertad religiosa*. – Los disidentes protestantes gozarían de tolerancia para su culto religioso. En efecto, para el mismo Trevelyan, los temas de la soberanía parlamentaria o incluso de la Monarquía constitucional pasaron a un segundo plano, porque de alguna manera estos principios de la Constitución inglesa solamente se reivindicaron con la Revolución, en razón de que han existido en algún momento histórico⁵⁴. Sin embargo, los temas como la libertad religiosa y la independencia de los jueces de la Corona – asunto que Coke,

53 Trevelyan, George Macaulay, *La Revolución Inglesa: 1688 – 1689...*, cit., p. 117.

54 Ibídem, p. 104.

en su momento, había peleado arduamente –, significaba dar un salto mayúsculo en la configuración constitucional inglesa.

La *Glorious Revolution*, en mi opinión, significó un cambio a la Constitución inglesa, en donde existen dos interpretaciones al respecto: Solamente se reivindicó el *common law* y se rescató el patrimonio histórico de los derechos de los *Englishmen*, o realmente surgió un constitucionalismo diferente y revolucionario. Ante la duda, señalo a John Locke como el principal intelectual que combinó ambas visiones, respecto de que precisamente se conformó un Estado racionalista de reglas para garantizar los derechos de vida, libertad y propiedad, al ser fundamentales y limitativos al poder público, porque la comunidad política se convirtió en un ente más importante que el mismo Monarca, algo que ni el Aquinate mismo hubiese imaginado.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES

Trescientos treinta años después de la *Glorious Revolution*, la Monarquía británica continúa existiendo hasta nuestros días, precisamente por motivo de aquella Revolución, porque significó el nacimiento del constitucionalismo moderno, a través de una nueva ordenación del poder público y que la Corona comenzó a perder peso político.

El *Bill of Rights* de 1689 no es considerado una Constitución como tal en Inglaterra, en virtud de que se trata de un documento escrito – la Constitución inglesa no es escrita – y porque comprendió las formas que ya había adoptado, históricamente, el constitucionalismo inglés, como una Constitución media o mixta.

Por lo que pude estudiar para esta investigación, me percaté que para los escritores británicos el *Bill of Rights* no lo consideran como una Constitución, porque solamente con dicha Carta se defendió y se reivindicó el orden constitucional inglés preexistente. Ahora, desde mi perspectiva y conforme a lo expuesto en este texto, considero que la Revolución Gloriosa sí adopta un constitucionalismo revolucionario, al realizar un recordatorio de que la Constitución inglesa es ajena a la adopción del absolutismo, porque se trató de imponer límites a un poder soberano, que era extraño e infundía temor en el Medievo de que alterara la ordenación y la estabilidad de la Constitución mixta. Si bien es cierto que Inglaterra ha formado su propia Constitución Histórica, se puede reconocer la existencia de un tipo de Constitución propia de aquella Revolución de finales del siglo XVII.

Por lo tanto, en mi opinión es posible que el *Bill of Rights* se considere como un tipo de Constitución, en función de que sí se modificó la *Ancient Constitution*, en donde la doctrina de la autoridad soberana parlamentaria – *Crown-in-Parliament* – significó las limitaciones especiales por parte del Parlamento a la Corona, creando una Monarquía constitucional moderna que se adaptara a las circunstancias del tiempo. De esta forma, la Corona se ha renovado con el paso de los años, al flexibilizarse y modernizarse, aceptando la autoridad del Parlamento, pero principalmente al representar la tradición constitucional milenaria de los ingleses.

Para reforzar este último argumento, resulta necesario distinguir los términos de “Constitucionalismo Legal” y “Constitución Política”. El Constitucionalismo Legal se refiere, propiamente en estricto sentido, a la doctrina de la soberanía del Parlamento, ya que se estableció una nueva manera de estudiar el constitucionalismo, y además la importante labor de los jueces al interpretar el *common law*. La Constitución Política es, románticamente, aquella Constitución Británica que se ha entendido, históricamente, como un orden político – *ordinem rei publicae* – y una serie de acuerdos en el gobierno, entre la Corona y el Parlamento. En consecuencia, se puede mencionar que políticamente la Constitución siempre ha existido, pero que legalmente ha tenido modificaciones importantes, como fue el caso de la Revolución Gloriosa que conformó un nuevo tipo de Constitución. Por ende, el año de 1689, en Inglaterra, marcó el ocaso de la Constitución medieval, justo para entrar a la era del constitucionalismo moderno. La tradición y la modernidad de la Constitución inglesa se fundieron para conformar una Constitución inigualable desde entonces y que perdura hasta nuestros días.

FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

- Bagehot, Walter, *The English Constitution*, Nueva York, Cornell University Press, 1966, 310 pp.
- Blackstone, William, *Of the Rights of Persons, Commentaries on the Laws of England*, Chicago, The University of Chicago Press, 1979, v. I, 473 pp.
- Doyle, William, *Aristocracy: A very short introduction*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, 121 pp.
- Dryzek, John S. et. al. (eds.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, Nueva York, 2008, 883 pp.
- Filmer, Robert, *Patriarca o el Poder Natural de los Reyes*, Madrid, Calpe, 1920, 109 pp.
- Fioravanti, Maurizio, *Constitución: De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2011, 170 pp.
- Keir, David Lindsay, *The Constitutional History of Modern Britain: 1485 – 1937*, Londres, Adam and Charles Black, 1950, 568 pp.
- Kratochwil, Friedrich. *The Status of Law in World Society: Meditations on the Role and Rule of Law*. Londres, Cambridge University Press, 2014, 302 pp.
- Locke, John, *Two Treatises of Government*, Londres, Cambridge University Press, 1960, 520 pp.
- Loughlin, Martin, *The British Constitution: A very short introduction*, Londres, Oxford University Press, 2013, 135 pp.
- Morgan, Kenneth O., *The Oxford History of Britain*, Nueva York, Oxford University Press, 2010, 821 pp.

Trevelyan, George Macaulay, *La Revolución Inglesa: 1688 – 1689*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, 192 pp.

— *Historia Política de Inglaterra*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, 608 pp.

Cibergrafía

— “Ley para Declarar los Derechos y Libertades de los súbditos y para determinar la Sucesión de la Corona. (The Bill of Rights) (13 de febrero de 1689)”, en: *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/20.pdf>, consultado el 8 de agosto de 2018.



HERRAMIENTAS PARA EL ANÁLISIS Y SOLUCIÓN DE CASOS PRÁCTICOS

Por ARIEL SALANUEVA BRITO¹

Para mis alumnos

Una regla es la que describe brevemente una cuestión jurídica. El derecho no se extrae de la regla sino que del derecho se hace la regla. Así pues por regla se entiende la breve descripción de una cuestión jurídica, y, como dijo Sabino, siendo una especie de sumario de la causa, cuando en algo está viciada, inmediatamente pierde su función. PAULO D. 50. 17. 1.

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es proporcionar al estudiante de Derecho un conjunto de herramientas que le permitan iniciarse en el análisis y solución de casos prácticos. Dichas herramientas son la prudencia jurídica, la norma del caso y la perspectiva. La prudencia jurídica hace énfasis en el resultado del caso y entiende a las normas como medios para conseguirlo; la norma del caso es aquella norma sustantiva que da respuesta al caso y permite orientarse en el océano normativo; por último, la perspectiva permite fortalecer la respuesta al caso al anticipar las excepciones y defensas que opondrá el contrario y determinar si es posible obtener una sentencia debidamente fundada y motivada. La competencia en el manejo de las herramientas presentadas tiene como resultado que los alumnos adquieran la virtud de la prudencia y empiecen a pensar como abogados prácticos.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CASO PRÁCTICO. 3. LA PRUDENCIA JURÍDICA. 4. LA NORMA DEL CASO. 5. LA PERSPECTIVA. 6. RECAPITULACIÓN.

¹ Abogado Postulante. Socio del despacho Sánchez Medal. Profesor de Ética y Argumentación Jurídica en la Escuela Libre de Derecho.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho vive en los casos.

Una de las características distintivas de nuestra Escuela es que en el examen profesional para obtener el título de abogado es necesario defender oralmente y ante cinco sinodales la solución a un caso práctico². Es importante destacar que el profesor encargado de plantear el caso es un abogado experto en la materia que ha dedicado muchos años a su práctica y enseñanza.

En febrero de 2005 presenté mi examen profesional. Jorge Sodi fue el abogado encargado de plantear el caso.

El caso versaba sobre una empresa norteamericana que pretendía la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal norteamericano en contra de un matrimonio mexicano. El juicio se había llevado en rebeldía. La pareja, que residía en México, había contratado los servicios de la empresa norteamericana para un tratamiento de fecundación in vitro.

Tenía apenas tres años trabajando en un despacho especialista en litigio civil y mercantil. Aún recuerdo la mezcla de emociones que experimenté cuando recibí el caso: entre reto y temor reverencial, ya que uno de los puntos del caso versaba sobre una materia en extremo compleja el Derecho Internacional Privado; además, el abogado que lo planteó me llevaba décadas de ventaja en experiencia profesional y era experto en Derecho Procesal Civil.

Resolví el caso lo mejor que pude (de hecho, estudié como endemoniado) y presenté el dictamen ante los miembros del sínodo el mismo día del examen, donde lo defendí como si de mi mejor amigo se tratara. Así, el 3 de febrero de 2005, me recibí como Abogado por la Escuela Libre de Derecho.

Ahora que han pasado algunos años y he tenido la oportunidad de participar en algunas decenas de exámenes profesionales, comprendo que la resolución del caso práctico por los alumnos tiene dos finalidades principales:

La primera es que el alumno demuestre al sínodo que empieza a pensar como abogado; en efecto, la solución al caso práctico debe conducir a que un cliente cobre una cantidad de dinero, evite ir a prisión, recupere una propiedad, etc. y no sólo que el alumno revise y aplique una multitud de leyes, conceptos y doctrinas.

La segunda finalidad es que los sinodales señalen al sustentante el largo camino que le falta por recorrer para considerarse un verdadero abogado, ya que, por buena que sea la respuesta, los años y la experiencia profesional de los examinadores iluminan las

2 Véanse los artículos 42, 43 y 45 del Reglamento General de Escuela Libre de Derecho.

áreas del caso práctico que el sustentante no había considerado ni explorado. Y es que la práctica del Derecho consiste en casos de la vida real; las leyes, principios y teorías no son fines en sí mismos, sino instrumentos para analizar y resolver los casos.

Por lo anterior, es necesario que durante toda la carrera de Abogado el alumno se entrene en el análisis y solución de casos prácticos, ya que, como decía Pérez Galdós, *“La experiencia es una llama que no alumbra sino quemando”*.

Durante mi ejercicio profesional, así como en las clases que he tenido el privilegio de impartir, he recopilado algunas ideas sobre el análisis y resolución de casos prácticos. La finalidad de este trabajo es presentar dichas ideas en forma de un conjunto básico de herramientas que permita a los alumnos iniciarse en el oficio de abogado mediante el análisis y solución de casos prácticos. Espero que esto les ahorre, en la medida de lo posible, algunos descabros³.

La estructura del presente trabajo es la siguiente: en primer término nos ocupamos del caso práctico y de sus elementos, en segundo lugar presentamos el conjunto básico de herramientas para su análisis y solución. Este conjunto se compone de la prudencia jurídica, la norma del caso y la perspectiva. Por último, presentamos un resumen de lo expuesto.

2. EL CASO PRÁCTICO

Cuando un abogado recibe a su primer cliente escucha un relato sobre el origen del problema. Este relato es una mezcla de hechos, opiniones, sentimientos y omisiones. Por ejemplo, una mujer que desea divorciarse contará toda la historia de su noviazgo y matrimonio, nos relatará muchos episodios desagradables y recordará otros que la hacen dudar de su decisión y finalmente nos preguntará sobre las consecuencias y trámite del divorcio. Es posible que la cliente omita o distorsione datos que pueden ser vitales para proporcionar una debida solución.

La labor del abogado consiste en transformar ese relato en un conjunto de enunciados manejables que permitan analizar el problema y darle solución. Este conjunto de enunciados se denomina caso. Además, el caso es un problema práctico⁴ que debe solucionarse mediante acciones legales y no sólo con ideas y palabras.

Todo caso se integra por dos elementos: un conjunto de **Hechos** planteados por un cliente y el **Resultado** que éste desea obtener⁵. El resultado puede consistir en obtener una ventaja

3 Es importante que el estudiante sepa desde ahora que será mejor abogado entre más triunfos logre Sin embargo, una derrota nunca debe desanimarlo se aprende más de una derrota que de cien victorias.

4 Carrió, Genaro, *Como estudiar y como argumentar un caso* (2ª. ed, Argentina: Abeledo Perrot, 2009) p. 22 al 26.

5 Si bien el análisis de un caso implica distinguir estos dos elementos, cuando extraña un litigio es necesario que el análisis establezca quiénes son los sujetos del litigio y cuál es el interés objeto del litigio. Véase Carnelutti, Francisco Sistema de Derecho Procesal Civil (México, TSUDF, 2006) p.44 y siguientes.

otorgada por el orden jurídico o en evitar un mal impuesto por dicho orden; esto es, en el resultado debe determinarse qué derechos, facultades, obligaciones y sanciones tienen o pueden llegar a tener las partes involucradas en el problema. Por ejemplo: adquirir la propiedad de un bien, cobrar un adeudo, no pagar un adeudo, evitar la prisión, imponer una multa, etc.

caso = hechos + resultado

Todo caso reclama una **solución**, esto es un medio práctico que permite llegar al resultado partiendo de los hechos. Por ejemplo: tramitar un juicio, celebrar un contrato o un convenio, etc.⁶

Dependiendo de la solución, los casos pueden ser judiciales o extrajudiciales. La solución de los casos judiciales consiste en la tramitación de un juicio; en cambio, los casos extrajudiciales requieren de otro tipo de soluciones tales como la negociación, elaboración y celebración de un contrato, un testamento, etc.

3. LA PRUDENCIA JURÍDICA

La primera herramienta para el análisis y solución de los casos, que engloba a las demás, es la prudencia jurídica. *Esta herramienta nos permite enfocarnos en el resultado del caso sin perdernos en el Derecho aplicable*. Recordemos que la virtud de la prudencia se define⁷ como la recta razón en el obrar.

Esta virtud es necesaria ya que uno de los principales vicios que adquieren los estudiantes de Derecho cuando se enfrentan con un caso práctico es que se limitan a establecer qué leyes son aplicables y a interpretarlas. Por ejemplo, ante un pagaré, el estudiante se enfocará sólo en determinar qué artículos de la ley de Títulos y Operaciones de Crédito son aplicables, así como la manera en que esas disposiciones han sido interpretadas por la doctrina y la jurisprudencia.

Si bien estudiar la ley, la doctrina y la jurisprudencia es importante y necesario, un verdadero análisis y solución de un caso práctico debe enfocarse en el resultado que pretende obtener el cliente y en las acciones que conduzcan a su obtención; en suma obrar racionalmente y conforme a la prudencia. Solo con claridad en el resultado y en los hechos⁸, es posible identificar y construir una solución eficaz; es decir que funcione en la

6 Para efectos de este trabajo distinguimos la “solución al caso” de la “respuesta al caso”. Para nosotros, la respuesta al caso, que es una norma jurídica que nos indica si con base en los hechos del caso es posible obtener el resultado o no. En cambio la solución al caso sería un medio práctico, generalmente un documento como una demanda, un contrato, etc. construido con base en la respuesta al caso y que permite obtener el resultado práctico.

7 Platas Pacheco, María del Carmen, *Prudencia, Arte del Juzgador* (México: Porrúa, 2009) página 142.

8 Sherlock Holmes, el personaje creado por Conan Doyle, decía en la aventura Escandalo en Bohemia: “Es un error capital el teorizar antes de poseer datos. Insensiblemente, uno comienza a deformar los hechos para hacerlos encajar en las teorías en lugar de encajar las teorías en los hechos”.

realidad y evite los diversos obstáculos. En el caso del pagaré, identificar que el resultado es obtener el pago de una cantidad de dinero permitirá al estudiante enfocarse en establecer si existe un patrimonio a ejecutar, así como prever posibles excepciones y defensas como la falsedad de la firma, prescripción, problemas con el negocio causal, etc.

En este sentido, la filosofía tradicional (Aristóteles y Santo Tomás) tuvo entre sus grandes aciertos el estudio de la virtud de la prudencia que se enfoca en la obtención de un fin con base en determinados medios.

Ahora bien, la prudencia jurídica⁹ o “jurisprudencia”¹⁰ es la aptitud para investigar cuál es la respuesta a un caso concreto, esto es que derechos, facultades, obligaciones y sanciones corresponden a las partes involucradas en el problema. En un sistema basado en normas generales y abstractas, la prudencia jurídica consiste no sólo en construir la norma concreta que da respuesta al caso, sino también en elegir y construir, con base en dicha norma, la solución al problema; esto es, el medio práctico que conduce al resultado, tal como una demanda, un contrato, una denuncia, etc.

La prudencia jurídica inicia con una corazonada o intuición que se toma como una hipótesis para resolver el problema planteado, originada en la experiencia¹¹, y continúa con un proceso integrado por tres etapas: la deliberación, el juicio y el mandato.

La **deliberación** (también denominada consejo) consiste en un diálogo interior, o en un diálogo real, esto es un intercambio de opiniones, que tiene por objeto investigar cuáles son los medios adecuados para alcanzar un fin. La deliberación debe considerar tres cosas: **i)** los *hechos del caso*, a través de los medios de prueba; **ii)** las *normas* y su interpretación; y, por último **iii)** las *consecuencias* de la decisión que se tome. Al analizar las siguientes herramientas profundizaremos en la deliberación que debe conducir a formular la norma del caso para después tomar en cuenta las diversas perspectivas involucradas.

El **juicio** consiste en establecer la respuesta al caso concreto; esto es, que derechos, facultades y obligaciones corresponden a las partes en conflicto. Dicha respuesta puede formularse como la conclusión de un silogismo jurídico. Este silogismo está integrado por una *norma* o premisa mayor, los *hechos* del caso o premisa menor y la conclusión o *consecuencia jurídica o conclusión*.

El **mandato** consiste en poner en movimiento a la voluntad para que se realice la conducta debida. Por ejemplo, negociar y elaborar un contrato, elaborar, presentar y tramitar una demanda, etc.

9 Para el tema de la prudencia jurídica véase también Massini, Carlos, *La Prudencia Jurídica, Introducción a la Gnoseología del Derecho* (Argentina: Abeledo-Perrot 2006) Pág. 21 a 86

10 El término jurisprudencia tiene otros dos significados: La Ciencia del Derecho y las normas que tienen su origen en las sentencias de los tribunales.

11 Al razonamiento que suministra hipótesis, es decir, la mejor explicación posible a un problema, desde Pierce se denomina abducción.

En síntesis, la prudencia jurídica nos permite enfocarnos en el resultado del caso. Este enfoque no resta importancia al Derecho aplicable, sino que lo ubica en su justa dimensión como norma que da respuesta al caso (esto es como un medio para un fin). *Considerar a la prudencia como proceso nos permite evitar los prejuicios que a veces traen aparejadas las corazonadas y las intuiciones y centrarnos en el trabajo minucioso de estudiar los hechos y el Derecho.*

4. LA NORMA DEL CASO

La segunda herramienta para la solución de casos prácticos es la norma del caso¹², es decir aquella que le da una respuesta sustantiva.

En la respuesta a un caso intervienen multitud de normas. La imagen de esa multitud es la de un verdadero océano normativo.

En efecto, imaginemos un caso relativamente sencillo como una donación de un bien mueble entre consortes. En este caso, uno de los cónyuges afirma la existencia de una donación y otro la niega.

En este caso, la regulación local es la siguiente: el Código Civil para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, dedica los artículos 2332 a 2383 para regular el contrato de donación en general así como los artículos 219 a 234 para regular las donaciones antenupcial y entre consortes; esto sin contar la regulación en general de los contratos que se compone de los artículos 1792 a 1859. Las reglas procesales necesarias para determinar quién es el juzgado competente para llevar a un juicio, como debe tramitarse y que puedas pueden acreditar los hechos del caso, se contienen en los artículos 143 a 169, 255 y siguientes del Código de Procedimientos Civiles. Lo anterior sin contar otras reglas procesales contempladas en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, así como las reglas jurisprudenciales emitidas por el Poder Judicial de la Federación e incluso las normas constitucionales y convencionales que pueden tener incidencia en el caso.

Para evitar perdernos en este océano normativo, es necesario distinguir lo principal de lo accesorio. Esto es, debemos distinguir entre normas primarias y secundarias¹³, así como ser capaces de construir la norma que da respuesta sustantiva al caso concreto.

Las normas primarias prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no; es decir son reglas que imponen deberes y se refieren a acciones

12 Recordemos que las normas jurídicas se integran por doselementos: el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica. Un supuesto jurídico es un conjunto de condiciones de cuya realización dependen las consecuencias establecidas en la norma. Las consecuencias jurídicas consisten en el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones. Véase, García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho* (45° Edición, México: Porrúa,1993) Pág. 169 y siguientes.

13 Hart, H.L.A, *El Concepto del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004), Pág. 101 a 123.

que implican movimientos o cambios físicos. Un ejemplo de norma primaria es la prevista en los artículos 1910, 1912 y 1916 del Código Civil. De conformidad con estas disposiciones, quien cause un daño moral mediante el ejercicio de un derecho con el sólo fin de causar daño y sin utilidad para el titular, está obligado a reparar el daño causado mediante una indemnización en dinero.

En cambio, las normas secundarias “...establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación...” y se dividen en tres tipos: la regla de reconocimiento, las reglas de cambio y las reglas de adjudicación¹⁴.

La multitud de normas que intervienen en dicha solución dificulta el análisis y solución de los casos prácticos. Es por lo anterior que *el práctico del Derecho debe centrarse en identificar y construir la norma*.

Por brevedad a la norma primaria que da respuesta sustantiva al caso la denominaremos “norma del caso”.

A continuación, con base en mi experiencia profesional y en algunos conceptos que brinda la argumentación jurídica¹⁵ propongo un procedimiento para construir la norma del caso. Obsérvese que uso el término construir y no buscar; soy de la opinión de que las normas jurídicas son una construcción del jurista¹⁶. En efecto, si buscamos en

14 La regla de reconocimiento establece qué características debe tener una regla para que sea parte del sistema jurídico. Un ejemplo de regla de reconocimiento es el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta disposición establece que las normas jurídicas, deben respetar los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales. Otro ejemplo de regla de reconocimiento es la prevista por los artículos 215 y 216 de la Ley de Amparo. Estas disposiciones establecen que los criterios judiciales establecidos por contradicción o por reiteración son obligatorios para los tribunales. Las reglas de cambio facultan a uno o varios individuos a introducir y suprimir reglas primarias. Un ejemplo de regla de cambio es la que establece el artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Dichas normas facultan al presidente, a los diputados y senadores, y a las legislaturas de los estados para iniciar y reformar leyes. Las reglas de adjudicación identifican los individuos que pueden juzgar y definen el procedimiento. Varios ejemplos de reglas de adjudicación pueden encontrarse en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: en el artículo 156 se establecen reglas para establecer la competencia judicial; en el artículo 1º se establece quién puede iniciar un procedimiento o intervenir en él; en el artículo 281, se establece qué hechos deben probar las partes; en el artículo 82 se establece cómo debe fundarse una sentencia.

15 Sobre argumentación jurídica puede consultarse a los siguientes autores: Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de Argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997) capítulos primero y quinto; Taruffo, Michel, *La Motivación de la Sentencia Civil* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006), Pág. 197 a 248.

16 Las normas secundarias intervienen de la siguiente manera en la solución de un caso: Para identificar los artículos con base en los cuales se construye la norma del caso y su interpretación, se utiliza la regla de reconocimiento y las reglas de cambio. Por ejemplo, para identificar los artículos vigentes del Código Civil como una regla primaria es necesario identificar los decretos de reforma y analizarlos a la luz de las normas constitucionales que regulan el proceso legislativo. Una vez construida la norma del caso, es necesario establecer las reglas de adjudicación necesarias para aplicarla en un juicio. Por ejemplo, para

los artículos de las leyes y los códigos, no encontraremos expresada una que se ajuste perfectamente al caso concreto; por eso, es necesario construirla a través de un procedimiento que identifique los hechos del caso, los califique y con base en dicha calificación construya o mejor aún, confeccione como traje a la medida la norma del caso¹⁷.

Primer paso: determine los hechos.- Elabore una lista de los hechos narrados por el cliente. Esta lista debe cumplir con las siguientes características:

- a) Es importante **limitarse a los hechos** (que pueden ser verdaderos o falsos) y descartar las opiniones (que pueden ser correctas o incorrectas, pero no falsas o verdaderas). Por ejemplo: Juan mató a Pedro es un hecho. Afirmar que fue un homicidio culposo o doloso, o que media una causa que excluye el delito, es una opinión. Lo anterior es importante para evitar que nuestros prejuicios oscurezcan nuestra visión sobre los hechos.
- b) Los hechos deben ser **narrados con claridad y precisión**; esto es circunstandolos en modo, tiempo, lugar y persona.
- c) Los hechos deben estar **respaldados con pruebas**. Este requisito es sumamente importante. En el moderno derecho procesal son admisibles gran variedad de medios de prueba (documentales, testimoniales, confesionales, periciales, presuncionales, etc.), otras quedan excluidas como la prueba ilícita, y existen sanciones como la contumacia que pueden hacer que se tenga por probado un hecho que no aconteció en la realidad. Si bien, por regla general, la valoración de las pruebas queda al arbitrio del juez existen importantes criterios legales y jurisprudenciales que limitan dicho arbitrio.

Un ejemplo de lista de hechos es el siguiente:

1. El 20 de marzo de 2010 el señor Gilberto Pérez Anaya como comprador celebró un contrato de compraventa sobre el vehículo BMW serie 3 con placas de circulación AVX133. El precio pactado fue la cantidad de \$500,000.00 pesos. En el momento de

establecer que determinado se encuentran probados o que un juez es competente es necesario acudir a los artículos que integran el Código de Procedimientos Civiles.

- 17 Es importante aclarar dicho procedimiento es parte de lo que en la teoría de la argumentación jurídica se denomina “contexto de descubrimiento”, que es la manera en que buscamos una respuesta y tomamos una decisión y no “contexto de justificación”, que son las razones expresadas para justificar una decisión previamente tomada. el contexto de descubrimiento deben tomarse en cuenta cuatro tipos de problemas: los que se refieren a la interpretación de la norma aplicable que es cuando la norma admite más de una lectura (problemas de interpretación); los que existen cuando no hay una norma aplicable al caso (problemas de relevancia), los que existen cuando es necesario acreditar una premisa fáctica (problemas de prueba), los que existen cuando se discute si determinados hechos encuadran o no en el supuesto de la norma (problemas de calificación). Estos problemas son interdependientes entre sí. Por ejemplo, determinados que la muerte de una persona causa de un accidente de tránsito encuadra en la institución de la responsabilidad y no en un delito, las normas aplicables y los hechos que deben probarse serán distintos.

celebración del contrato, la cosa y el precio fueron entregados. El vendedor fue el señor Roberto López de Anda. La compraventa se celebró verbalmente en la casa del señor López de Anda ubicada en el Distrito Federal.

Existen dos testigos de la compraventa. Esto es, que existe una prueba testimonial de este hecho.

2. El bien era propiedad de la esposa del señor López quién no autorizó la venta ya que se encontraba en el hospital.

Lo anterior consta en un certificado médico. Esto es, existe una prueba documental de este hecho.

Segundo paso: establezca el resultado.- Establezca qué resultado desea obtener el cliente; esto es, la ventaja que quiere obtener o el perjuicio que desea evitar.

Por ejemplo, el señor Pérez desea recuperar la cantidad que pagó.

Tercer paso: califique los hechos.- Establezca una lista de conceptos e instituciones en que puedan encuadrarse los hechos; esto es aquellos que **califican jurídicamente** a los hechos.

Aquí es importante *tener en mente el resultado que desea obtener el cliente*. Por ejemplo, si el cliente desea el pago de daños y perjuicios debe buscarse en conceptos e instituciones civiles y/o mercantiles; si desea obtener un permiso debe buscarse en instituciones y conceptos administrativos; si desea evitar o que se imponga una pena de prisión debe buscarse en instituciones penales.

Por ejemplo, el caso referido puede encuadrarse en los conceptos de contrato, compraventa, nulidad e inexistencia, fraude, abuso de confianza, etc.

Cuarto paso: busque los artículos aplicables.- Con base en la calificación jurídica elabore una lista de artículos que probablemente se apliquen a los hechos. Para realizar este paso es necesario tomar como referencia a los ámbitos material, personal, temporal y territorial de la norma. Es buena idea copiar los artículos en un documento de Word e imprimirlos¹⁸.

18 En el caso planteado, una lista de los artículos aplicables podría ser la siguiente: "Artículo 1793. Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos, toman el nombre de contratos. Artículo 1794. Para la existencia del contrato se requiere:

I. Consentimiento;

II. Objeto que pueda ser materia del contrato.

Artículo 2224. El acto jurídico inexistente por la falta de consentimiento o de objeto que pueda ser materia de él, no producirá efecto legal alguno. No es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción; su inexistencia puede invocarse por todo interesado.

Artículo 2239. La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

Quinto paso: vaya del texto a los hechos; de los hechos al texto.- Compare el texto de los artículos con los hechos.

- a) Subraye el texto de los artículos que considere aplicable a los hechos.
- b) En caso de duda sobre si un hecho se encuadra o no en los artículos, consulte tesis, jurisprudencia y doctrina que interprete el texto normativo. Acuda a las técnicas de interpretación e integración de la norma para resolver dudas interpretativas, antinomias y lagunas¹⁹. En el caso que hemos puesto de ejemplo, algunos artículos hablan de inexistencia por falta de objeto y otros de nulidad de la venta de cosa ajena; para comprender qué figuras son aplicables es importante recordar lo que he dicho la jurisprudencia sobre la inexistencia y nulidad²⁰.

Artículo 2248. Habrá compra-venta cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho, y el otro a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero.

Artículo 2270. La venta de cosa ajena es nula, y el vendedor es responsable de los daños y perjuicios si procede con dolo o mala fe; debiendo tenerse en cuenta lo que se dispone en el título relativo al Registro Público para los adquirentes de buena fe”.

- 19 Sobre dichas técnicas puede consultarse a Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (México: Porrúa, S.A. de C.V., 2001).
- 20 Registro: 270028 NULIDAD E INEXISTENCIA. SUS DIFERENCIAS SON MERAMENTE TEÓRICAS. El artículo 2224 del Código Civil del Distrito no tiene, en cuanto a la base que pretende dar para establecer la distinción entre la inexistencia y la nulidad, sino meros efectos teóricos, ya que el tratamiento que en él reciben las inexistencias es el de las nulidades, como lo demuestra el siguiente análisis de casos de inexistencia tratados como si fueran de nulidad: la falta de objeto hace inexistente el acto según dicho artículo 2224; más sin embargo, en los artículos 1427, 1422 y 1434, se prevén facti especies de inexistencia y se les trata como nulidades. Los contratos sobre cosas que están fuera del comercio, técnicamente carecen de objeto; pero los artículos 1826 y 2950, fracción III que se refieren a la transacción sobre una sucesión futura, prevén uno de estos casos de falta de objeto y lo tratan por medio de la nulidad. El objeto de la compraventa es, indiscutiblemente, la transferencia del derecho de propiedad, según el artículo 2248; pero ello obstante, a la venta de cosa ajena se le llama nula en el artículo 2270. Y si de la venta de un crédito inexistente se trata, mismo que en el momento de la cesión engendra, según el artículo 2042, el efecto de obligar al cedente a presentar la garantía de su existencia, no hay sino decir que esta situación no se compagina con la institución de la inexistencia, que es la nada jurídica. Lo mismo puede decirse en el caso del contrato de renta vitalicia declarado nulo por el artículo 2779, si el beneficiario muere antes del otorgamiento. Y si a falta de consentimiento se refiere, los artículos 1802 y 2183 que prevén algunos de estos casos, le dan el tratamiento de la nulidad, mismo que deberá darse por falta de texto adecuado, al caso del acto celebrado por un incapaz en quien la ausencia de consentimiento es absoluta, pues habrá que tratarlo por el sistema de las incapacidades, originadora de la nulidad relativa, según el artículo 2230; el profesor Borja Soriano, que según las “Notas” de García Tellez inspiró la adopción de las inexistencias en el Código Civil vigente, pasa de la inexistencia a la nulidad sin puente alguno al referirse precisamente al artículo 1802: “Cuando una persona, dice (Teoría de las obligaciones, tomo I, páginas 361 y 362, primera edición), celebra un contrato a nombre de otra sin ser su representante, a ese contrato le falta uno de los elementos esenciales: el consentimiento del representado. No hay hasta entonces la oferta del otro contratante; no existe aún contrato por falta de consentimiento. Esta es, pues, la naturaleza de la nulidad a que se refieren los artículos citados en el número anterior”. Ahora bien, según los artículos 2162, 2163 y 2164 del Código Civil del Estado de Hidalgo (iguales a los números 2180, 2181 y 2182 del Código del Distrito), es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas, siendo la simulación absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real, y relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter, no produciendo ningún

- c) Revise los hechos probados para ampliarlos, modificarlos o ajustarlos al texto de los artículos nunca al revés. Lo anterior siempre con base en la realidad narrada por el cliente y a las pruebas que pueden acreditar los hechos en juicio.

Por ejemplo, si en el caso que nos sirve de ejemplo aparece que el vendedor se ostentó como representante y existen testigos que presenciaron dicha ostentación, la norma del caso debe integrar el artículo 1802 del Código Civil del Distrito Federal.

Repita este proceso las veces que sea necesario hasta encontrar los artículos en que se encuadren los hechos narrados por el cliente y el resultado que éste desea.

Sexto paso: elabore la norma del caso.- Construya una norma jurídica que prevea el supuesto de derecho aplicable a los hechos del caso y la consecuencia jurídica en que se encuadre el resultado deseado por el cliente. Ponga la norma por escrito. Por comodidad, subdivida, hasta en tres partes, el supuesto de hecho.

Por ejemplo: El que *vende una cosa ajena* (supuesto) está obligado a restituir el precio (consecuencia). Como puede apreciarse, el supuesto se integra de dos hechos: la venta y la cosa ajena.

No se case con su primera impresión. Los hechos, el resultado, la calificación jurídica y la norma son interdependientes y el cambio de uno de ellos afecta a todos.

A continuación, presento un esquema en que puede vaciarse el resultado del proceso descrito.

QUAESTIO FACTIO	QUAESTIO IURIS
HECHOS Y RESULTADO	ARTÍCULOS
Los hechos del caso son los siguientes:	Código Civil del Distrito Federal
1. El 20 de marzo de 2010 el señor Gilberto Pérez Anaya como comprador celebró un contrato de compraventa sobre el vehículo BMW serie 3 con placas de circulación AVX133. El precio pactado fue la cantidad de \$500,000.00 pesos. En el momento de celebración del contrato, la cosa y el precio fueron entregados. El vendedor fue el señor Roberto López de Anda. La compraventa se celebró verbalmente en la casa del señor López de Anda ubicada en el Distrito Federal.	Artículo 1793 Artículo 1794 Artículo 2224 Artículo 2248

efecto jurídico la simulación absoluta, mientras que en tratándose de la relativa descubierto el acto real que la oculta, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare. Si la simulación planteada es absoluta, naturalmente que también se plantea como herida de nulidad absoluta, según el texto legal correspondiente antes citado, pero que dentro del más riguroso logicismo de la teoría tripartita de la invalidez podría ser un caso de inexistencia, por lo que tomando en cuenta que conforme al citado artículo 2206 y el 2208 del Código Civil, bien que se trate de un caso de inexistencia o bien de nulidad, la acción correspondiente es imprescriptible.

QUAESTIO FACTIO	QUAESTIO IURIS
HECHOS Y RESULTADO	ARTÍCULOS
Existen dos testigos de la compraventa. Esto es, que existe una prueba testimonial de este hecho. 2. El bien era propiedad de la esposa del señor López quien no autorizó la venta ya que se encontraba en el hospital. Lo anterior consta en un certificado médico. Esto es, existe una prueba documental de este hecho. El resultado es que el señor Pérez desea recuperar la cantidad que pagó.	Artículo 2270
CALIFICACIÓN	NORMA
Venta de cosa ajena nula (o inexistente)	<u>Supuesto</u> El que vende una cosa ajena +Compraventa +Cosa ajena <u>Consecuencia</u> Está obligado a restituir el precio

En síntesis, la norma del caso, como segunda herramienta de nuestro kit, nos permite navegar el océano normativo y construir **la norma sustantiva que da respuesta al caso práctico**. A través de un procedimiento deliberativo, parte de la prudencia jurídica, es posible construir dicha norma y enunciarla.

5. LA PERSPECTIVA

La tercera herramienta para el análisis y solución de casos prácticos es la perspectiva.

Entendemos por perspectiva²¹ el punto de vista desde el cual se considera o analiza un caso. Esto es, aun cuando el caso es único, hay tantas perspectivas como personas involucradas en su análisis.

Los casos prácticos, en especial los judiciales, pueden considerarse o analizarse desde diversas perspectivas.

21 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española (22ª ed., España: Espasa Calpe, 2001) p. 1740. 19- Harper Lee, en la clásica novela Matar a un ruiseñor, nos enseña que “Verdaderamente no puedes comprender a una persona hasta que no consideras las cosas desde su punto de vista”.

La primera perspectiva es la del **cliente** quien por regla general no sabe derecho y necesita de la solución práctica que pueda proporcionarle un abogado.

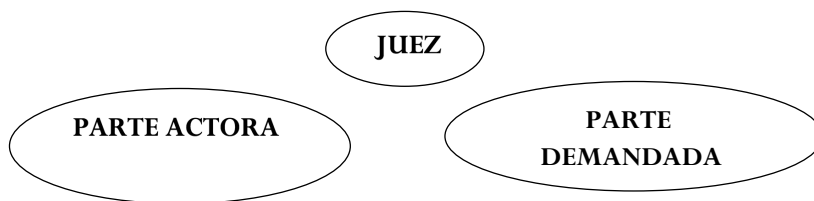
La segunda perspectiva es la del **contrario de nuestro cliente**. A esta perspectiva debe sumarse la del abogado que atiende al contrario. El contrario intentará refutar y destruir la solución práctica que proponemos a nuestro cliente.

La tercera perspectiva es la del **juez**. El juez analizará y cuestionará la solución para estimarla o desestimarla. Por obvias razones, en algunos asuntos (como los que involucren cuestiones sensibles tales como el aborto, discriminación, libertad de expresión, etc.) es necesario tomar en cuenta la perspectiva de la opinión pública, que a su vez influirá en la decisión del juez.

Es importante destacar que el *abogado que atiende un caso debe tomar en cuenta las diversas perspectivas planteadas ya que de otra manera su solución será frágil e ineficiente*. Lo anterior es así porque en un juicio toda solución será combatida por el contrario y analizada y cuestionada por un juez, quien finalmente la estimará o desestimaré.

Podemos utilizar el modelo de Stephen Toulmin²² para analizar un caso desde diversas perspectivas. Este modelo tiene los siguientes sujetos y elementos.

Hay tres sujetos en un caso judicial: El proponente, el refutante, y el tercero imparcial. El proponente que es quien hace valer la pretensión (que en los juicios es la parte actora). El refutante que es quien propone las condiciones de refutación, esto es, las excepciones y defensas (en los juicios es la parte demandada). El tercero imparcial (Juez) es quien estimará fundada o infundada la pretensión y las condiciones de refutación²³.

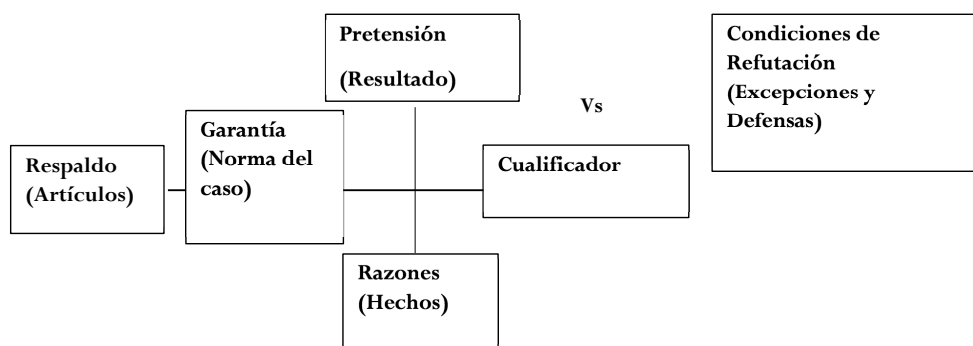


Los elementos de un caso judicial son la pretensión, las razones, la garantía, el respaldo, el cualificador y las condiciones de refutación, mismos que a continuación se definen:

22 Véase Atienza, Manuel, *Las Razones del Derecho Teorías de la Argumentación Jurídica* (MÉXICO: UNAM, 2003) p. 81 a 104.

23 Véase Art. 1 81 y 82 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

- La **pretensión** es el resultado que quiere el proponente (Cliente)²⁴.
- Las **razones** son los hechos relevantes o suficientes para sostener la pretensión si es cuestionada²⁵.
- La **garantía** son las reglas que justifican el paso de las razones a la pretensión. En el Derecho, equivale a la norma del caso que, repetimos, se construye con base en los preceptos legales aplicables al caso.
- El **respaldo** es el campo general de información que está presupuesta en la garantía aducida. En el Derecho, son los artículos de la ley que sirven de base para construir la norma del caso²⁶.
- El **cualificador** es el tipo de apoyo que las razones, la garantía y el respaldo prestan a la conclusión. Por ejemplo: poco probable, presumiblemente, con toda probabilidad, etc.
- Las **condiciones de refutación** son las circunstancias extraordinarias o excepcionales que pueden socavar la fuerza de los argumentos. En el Derecho, son las excepciones y defensas planteadas por el contrario²⁷.



Por ejemplo, el señor Pérez desea adquirir la propiedad de la casa en que vive. El señor Pérez ha habitado dicha casa durante 15 años pagando el predial, luz, agua, etc.

24 Art. 255 fracción IV del Código de Procedimientos Civiles.

25 Art. 255 fracción V del Código de Procedimientos Civiles.

26 Art. 255 fracción VI del Código de Procedimientos Civiles

27 Véase 260 fracciones III y 266 del Código de Procedimientos Civiles.

Sin embargo, en principio carece de título para poseer la casa en concepto de dueño porque la rentaba al señor Godínez quien murió hace 10 años sin dejar testamento. Al parecer, el señor Godínez, mediante una carta firmada antes de su muerte le regaló la casa al señor Pérez.

En este caso, la pretensión o resultado que plantearía el señor Pérez es adquirir la propiedad de la casa que habita.

Las razones del señor Pérez son: que ha poseído la casa durante 10 años y que antes de morir el señor Godínez le regaló la casa.

La garantía o norma jurídica sería siguiente: Quien posee una cosa, en concepto de dueño en forma pacífica, continua, pública y durante el tiempo que marca la Ley adquiere su propiedad.

El respaldo estaría compuesto por los artículos 13, fracción II, 790, 806, 823, 824, 825, 826, 1135, 1136, 1137, 1138, 1139, 1151 y 1152 del Código Civil para el Distrito Federal.

El cualificador sería que probablemente el señor Pérez puede adquirir la propiedad del bien.

Las condiciones de refutación: En este caso podrían ser las excepciones y defensas que opondría el titular registral, tales como la falsedad del título, o bien que no ha transcurrido el tiempo necesario para la prescripción ya que la posesión es de mala fe, etc.

El esquema de Toulmin, nos permite abordar las perspectivas de las partes de un juicio. Este esquema debe ser complementado por la perspectiva del juez, quién debe de estimar o desestimar la acción en una sentencia que debe estar debidamente fundada y motivada en términos de los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En síntesis, en un asunto civil, el juez establecerá en dicha sentencia si es competente, si la vía intentada es la correcta, calificará los hechos alegados por la parte actora para enunciar la norma del caso y determinará si estos hechos están debidamente probados. En este caso condenará a la parte demandada, a menos de que esta haya probado sus excepciones y defensas. En otras palabras, el juez justificara en forma interna externa su decisión construyendo un silogismo y resolviendo los problemas de interpretación, relevancia, prueba y calificación que presente el caso (a esto último se le conoce en la teoría de la argumentación jurídica como justificación externa).

En síntesis, la tercera herramienta para el análisis de casos es la perspectiva, *esta nos permite ponernos en el lugar del contrario y del juez para adelantarnos a las posibles excepciones y defensas que oponga aquel y a la manera en que éste pueda resolver el caso. Sólo si ensayamos nuestra solución con la piedra de toque de la perspectiva lograremos construir una respuesta sólida y eficaz.*

6. RECAPITULACIÓN

En la solución de casos prácticos nada sustituye a la práctica y a la experiencia. Sin embargo, es posible dotar a los alumnos de Derecho de casos concretos que les permitan comprender las materias impartidas durante la carrera de abogado, así herramientas para ejercitarse en el análisis y solución de dichos casos.

Dichas herramientas son las proporcionadas por la filosofía tradicional, la teoría del derecho y la argumentación jurídica. En este trabajo nos ocupamos de tres: la prudencia jurídica, la norma del caso y la perspectiva.

La prudencia jurídica permite enfocarse en el resultado del caso y no perder de vista la verdadera función de las normas y la doctrina: el de medios para conseguir el resultado. Distinguir entre las normas primarias y secundarias nos permite navegar en el océano normativo y construir la norma sustantiva que da respuesta al problema. Por último, tomar en cuenta las diversas perspectivas envueltas en la solución de un caso, permite fortalecer dicha solución al anticiparnos a las excepciones y defensas opuestas por el contrario y establecer si es posible obtener una sentencia debidamente fundada y motivada.

En este sentido, son cuatro las actividades que pueden practicarse con miras al análisis y solución de casos concretos: **i)** identificar el resultado buscado por el cliente, **ii)** construir la norma del caso, **iii)** contemplar las perspectivas del caso con base en el esquema propuesto por Toulmin y **iv)** con base en estos elementos, proponer una solución (redacción de una demanda, negociación y redacción contrato, etc.). He comprobado que tener en cuenta estas actividades en la solución y análisis de casos permite que los alumnos adquieran poco a poco la virtud de la prudencia y empiecen a pensar como abogados.

FUENTES DE CONSULTA

Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de Argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997)

Carrió, Genaro, *Como estudiar y como argumentar un caso* (2ª. ed, Argentina: Abeledo Perrot, 2009).

Carnelutti, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil* (México, TSUDE, 2006).

García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho* (45º Edición, México: Porrúa, 1993).

Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (México: Porrúa, S.A. de C.V., 2001)

Hart, H.L.A, *El Concepto del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004).

Massini, Carlos, *La Prudencia Jurídica, Introducción a la Gnoseología del Derecho* (Argentina: Abeledo-Perrot 2006)

Platas Pacheco, María del Carmen, *Prudencia, Arte del Juzgador* (México: Porrúa, 2009).

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española* (22ª ed., España: Espasa Calpe, 2001).

Taruffo, Michel, *La Motivación de la Sentencia Civil* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006).



DISTRIBUCIÓN DEL PODER O COMPETENCIA ENTRE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Por JORGE ALBERTO SILVA¹

RESUMEN: El autor incursiona en el artículo 106 constitucional, especialmente en las relaciones horizontales entre las entidades federativas. Trata de responder a la interrogante ¿cómo es que se distribuye el poder jurisdiccional entre las entidades federativas? Brevemente nos introduce en la taxonomía de las normas de competencia, los enunciados competenciales, sus notas características, hipótesis de adjudicación y reglas constitucionales a tomar en cuenta. El punto de vista dramático se encuentra en el actuar del tribunal de competencia, que examina a partir de las decisiones judiciales habidas.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRECISIONES CONCEPTUALES: JUEZ, FORO Y IUS. 3. TAXONOMÍA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA INTERESTATAL. 4. ENUNCIADOS COMPETENCIALES. 5. PRESCRIPCIONES ADJUDICANTES DEL PODER O COMPETENCIA. 6. LA PRÁCTICA SEGUIDA PARA EL TRASLADO DE UN ASUNTO A OTRA ENTIDAD. 7. EXTRAÑA VARIACIÓN EN LA NATURALEZA DE LA CONTROVERSIA COMPETENCIAL.

1. INTRODUCCIÓN

México, como estado federal, mantiene en cada entidad diversas autoridades judiciales y legislativas para cada una, incluida la autoridad del encargado del poder ejecutivo, que también es local. La esfera de competencia (legislativa y judicial) es diversa en cada entidad.

Al suponer un nivel de descentralización del Estado mexicano, con diversos entes o subordenamientos (entidades federativas) cada una tiene el poder para legislar y conocer de un asunto.

En este contexto, se presentan problemas relacionados con las autoridades de cada foro que afirman o niegan tener el poder para conocer y resolver de algún asunto (incluso contender por ese poder). ¿Cómo se armoniza el poder entre las entidades federativas?

Sin duda alguna, este es el tema más reiterado y resuelto por los tribunales federales, aún más que el relacionado con el orden jurídico sustantivo a tomar en cuenta.

¹ Profesor de derecho conflictual. Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de DIPr. Investigador nacional (CONACyT), nivel III.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES: JUEZ, FORO Y IUS

A reserva de lo que explicaré cuando me refiera a la competencia de las entidades y de sus órganos, es necesario evitar confundir al juez o tribunal que conoce de un asunto con el foro o entidad en que se encuentra.

Por foro cabe entender, como lo hicieron los romanos, a un espacio donde se ejerce poder. Es un sitio o espacio geográfico (v.g., el lugar del domicilio, el lugar de pago, el lugar de fallecimiento). Es el lugar donde actúan diversas autoridades, en nuestro caso, las de una entidad federativa. Contamos con 32 entidades, cada una es un foro a los efectos de este artículo.

En cada foro se encuentra acreditado algún funcionario para que realice una actividad jurídica. Pueden ser jueces, notarios, registradores, etc. Es necesario diferenciar a una entidad, de los funcionarios que en el interior actúan. Para el derecho interestatal, las normas de competencia del foro son las de importancia; el juez, en su caso, es un funcionario designado internamente. Lo anterior obliga a diferenciar lo que se conoce como competencia interna de la competencia estatal. Cualquiera de ambas supone poder para actuar, pero de obtiene de diversa forma.

Cabe insistir en la diferencia entre foro y ius. Mientras el primero es el espacio en que se actúa, el segundo, corresponde al orden jurídico a tomar en cuenta (puede ser competente la entidad A, pero el orden jurídico que resuelve es el de B). En algunos casos el foro elegido se corresponde con el orden jurídico designado. Por lo general coinciden porque la ley establece claramente que tanto el foro como la ley concurren, pero no siempre así ocurre en el derecho interestatal.

3. TAXONOMÍA DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA INTERESTATAL

Normalmente, cuando hablamos de competencia, los abogados suelen pensar en la competencia judicial. Esto es, el poder de que está investido un juez. En el ámbito interestatal, el tema de la competencia el concepto es más amplio, como paso a explicar.

Para comprender su dimensión, es necesario presentar algunos de los criterios de clasificación del concepto competencia empleado en la disciplina, con el fin de proporcionar un marco que permita adentrarnos en el tema. Corresponde a un elemento taxonómico importante para la ordenación y sistematización de este apartado del conocimiento.

3.1. Competencia federal y local

Los estudios constitucionales suelen diferenciar la competencia federal, de la local. Es a las autoridades de una entidad a quienes, en lo general, se les atribuye el conocimiento de los asuntos que se refieran al estado civil de las personas, bienes muebles o inmuebles, responsabilidad civil, sin que importe que el interviniente sea mexicano o

extranjero. La regla a seguir puede enunciarse de la siguiente forma “sólo los asuntos listados en la Constitución le competen a la autoridad federal, el resto, a las entidades federativas.” Como regla general, la Constitución general no le adjudica poder a los tribunales federales o nacionales para reconocer y resolver asuntos de derecho privado, sino a las autoridades locales (las de cada entidad federativa).

Las normas de adjudicación pueden ser de dos tipos en cuanto a su fuente: federales y locales. Las primeras se encuentran en la Constitución general o en leyes federales, mientras que las segundas, se encuentran prescritas en cada orden estatal (el de cada entidad). Las federales se caracterizan por ser pluriordinamentales, mientras que las de las entidades federativas son unilaterales. Esto es, las federales distribuyen el poder entre las entidades (pueden designar a una u otra entidad como competente (v.g., es competente Chiapas, Durango, Jalisco), en cambio en las que expide cada entidad federativa son unilaterales, pues solo comprenden el ejercicio de su propio poder, incluso, auto adjudicándose para conocer de asuntos interestatales, pero no pueden adjudicarlo a otra entidad. En el derecho conflictual se dice que están espacialmente condicionadas. Así, las normas de una entidad no pueden adjudicarle o restarles poder o competencia a los órganos de otra entidad federativa.

Generalmente, los asuntos de derecho privado les corresponden a las entidades federativas (v.g., asuntos del estado civil). No obstante, hay algunas excepciones. Según estas, ciertos asuntos son de la competencia federal. Aludo a algunos de ellos.

a) Primera hipótesis. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN) ha resuelto, como caso de excepción, que algunos asuntos civiles y de familia, relacionados con el cuerpo diplomático y consular dependen legislativamente de los tribunales federales. Se han apoyado para ello en el art. 104 constitucional, frac. VI.² Acorde a este enunciado, tratándose de diplomáticos y cónsules, los tribunales federales son los competentes para conocer de sus asuntos (los de estas personas), sean asuntos laborales, civiles o del estado civil, no importa que se trate de cónsules o diplomáticos mexicanos o extranjeros.³

En estas hipótesis (relacionadas con el llamado fuero personal), debe tomarse en cuenta que el poder o competencia del gobierno federal solo comprende a los tribunales, no a sus órganos administrativos (v.g., no existe un registro civil federal). De igual forma, tampoco se establece que a los cónsules les debe ser aplicada una ley federal (salvo la hipótesis a que me refiero).

Una resolución judicial (de 1920) no hubiera sido compartida por Mariano Coronado, quien, poco antes, en 1906, afirmó que en las hipótesis en que es competente el poder

2 Art. 104 constitucional: “Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: [...] VI. De los casos concernientes a miembros del cuerpo diplomático y consular.”

3 Cuarta Sala, SJF, 8a época, p. 27, 191/85, 12 de junio de 1986, registro: 207668. Pleno, SJF, 5a época, p. 654, sin núm. de toca, 12 de agosto de 1920, registro: 288195.

judicial de la federación, su actividad solo se circunscribe a las conductas relativas a las funciones oficiales de los agentes, según los principios del derecho de gentes. Los actos privados de estos funcionarios, decía, dependen legislativamente de las autoridades locales (las entidades federativas).⁴

b) Segunda hipótesis. El lugar en que una entidad federativa no puede ejercer poder, este le corresponde a una autoridad federal. Corresponde a las personas residentes en alguna parte del territorio nacional, cuyo espacio no forma parte de alguna entidad federativa. Recordemos que el territorio mexicano se conforma por las partes que integran la federación, como son cada una de las entidades federativas (que lista el art. 43 constitucional), pero, como sabemos, los territorios de cada entidad federativa no son los únicos que conforman el territorio nacional. El art. 42 constitucional lista, además otros espacios, como el territorio de algunas islas, el de la plataforma continental, el espacio situado sobre el territorio nacional, etcétera.

Si alguien nace a bordo de un avión o de una embarcación el orden que regula el acta de nacimiento será el federal.⁵ Algo similar ocurre en la hipótesis de algunas islas. Cuando estas no pertenecen a alguna entidad federativa, están sujetas a las autoridades y reglamentación federal (art. 48 constitucional). Varias resoluciones judiciales han argumentado que de conformidad con el citado artículo: "...se desprende que, en principio, el régimen competencial al cual se encuentran sujetas las islas es el que corresponde a la Federación, quien por tanto es la constitucionalmente facultada para dictar todos los actos del orden administrativo, legislativo y jurisdiccional concerniente a esas porciones del territorio nacional."⁶

Lo anterior significa que las normas de competencia (y de conflicto) que rigen a sus moradores serán las derivadas del Código Federal de Procedimientos Civiles, que sintetizaré como CFPC⁷ (así como el Código Civil Federal o CCFed), por lo que es a los tribunales federales a quienes se les adjudica el poder para conocer de estos asuntos. De lo anterior deriva que resultan inconstitucionales aquellos enunciados de las entidades federativas que regulan el acta de nacimiento de personas nacidas a bordo de embarcaciones o sobre una aeronave en vuelo cruzando diversos Estados.

c) Tercera hipótesis. Se fundamenta en el artículo 121 constitucional que expresa que el Congreso de la Unión debe dictar una ley que regule los problemas interordinamenta-

4 Cowles, Willard B., "International Law as Applied Between Subdivisions of Federations", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, t. 74-I, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1949, p. 194.

5 Algo semejante podría producirse con un testamento ológrafo elaborado en alta mar a bordo de una embarcación con bandera mexicana.

6 Pleno, SJF, 7a época, p. 61, AR 950/85, 28 de enero de 1986, registro: 232098. Pleno, SJF, 5a época, p. 45, Acuerdo SCJN, 3 de septiembre de 1934, registro: 335970.

7 En este momento se encuentra en vigor una reforma constitucional que dará lugar a un código nacional de procedimientos civiles, aun no conocido.

les, esto es, entre las entidades federativas, Dentro de esta ley, se encuentran diversos supuestos que son originariamente del poder de las entidades federativas, pero que, por disposición constitucional, le competen al gobierno federal.

Resumiendo, cada entidad federativa es un centro autónomo de producción normativa. De ahí que algunas teorías, comenzando con la Kelsen, expliquen a las entidades como entes descentralizados, en el sentido de que el orden jurídico general (la Constitución federal) descentraliza la producción de enunciados jurídicos a cargo de órganos descentralizados.⁸ Esto es, cuenta con sus propios órganos de gobierno, con poder para ejercerlo en el espacio que se le adjudicó. Una descentralización supone que los órganos descentralizados pueden legislar y juzgar dentro de los espacios para los que han sido creados (únicamente dentro de esos espacios).

3.2. Competencia interestatal e intraestatal

Es necesario diferenciar dos tipos de normas de adjudicación:

- a) las interestatales, que son normas que se enfocan a precisar o definir el poder con el que cuenta cada entidad federativa, independientemente de cuál sea el órgano específico que va a conocer;
- b) las intraestatales, que atribuyen el poder en el interior de una entidad federativa a sus funcionarios y autoridades.

Las primeras, adjudican el poder a alguna entidad federativa (suponen la descentralización del Estado federal), las segundas, le adjudican el poder a algún órgano de una entidad federativa (v.g., un juez o un notario). Normalmente las primeras provienen de la Constitución, las segundas, de cada entidad federativa. Unas se refieren a la entidad, otras, a un órgano o a un funcionario que se encuentra dentro de la entidad.

EJEMPLO. Supongamos que una persona otorga un testamento en Hermosillo, Sonora; fallece en Guadalajara, Jalisco; deja bienes en Cd. Juárez, Chihuahua; y su último domicilio estaba en Morelia, Michoacán. En esta hipótesis, es necesario identificar, primeramente, cuál es la entidad competente para conocer del asunto sucesorio, antes de elegir al órgano o funcionario de la entidad elegida. Esto es, en primer lugar, se debe elegir a la entidad federativa a la que se le atribuye el poder para conocer (v.g., Sonora, Jalisco, Chihuahua o Michoacán), elección que se hace mediante una norma de adjudicación o competencia interestatal.

Luego de identificada la entidad federativa competente es necesario consultar el orden jurídico interno de esa entidad para precisar cuál es el órgano de gobierno competente

8 Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, pp. 315 y ss. Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, p. 215.

(v.g., un juez de primera o segunda instancia, uno civil, de familia, penal, de paz, de Acámbaro, de Morelia, mixto, un notario, etc.). Esta última determinación se hace mediante una norma de adjudicación interna o intraestatal.

Son pocos los enunciados interestatales previstos en las entidades federativas, pues es raro encontrar aquellas con vocación interestatal (que presuponga un problema de tráfico jurídico interestatal). Como lo explicaré, en las normas interestatales originadas en las leyes de una entidad federativa, la distribución o autoatribución de poder suele ser el exclusivo no imponen derechos ni obligaciones a otra entidad, sino solo a sus agentes de autoridad.

Las normas que interesan en este artículo son las interestatales. Por tanto, excluyo las intraestatales, esto es, las que carecen de vocación interestatal, se trata de las que no presuponen problemas de tráfico jurídico interestatal.

La norma de adjudicación constitucional es poco lo que aporta para precisar el poder de cada entidad. Adelanto que es poco lo que la dogmática interestatal ha aportado sobre el particular, a pesar de que somos ricos en decisiones judiciales, especialmente tratándose de litigios judiciales. Generalmente las decisiones judiciales suelen confundir al juez competente con el foro competente. Lo que trata el derecho interestatal no es cuál es el juez o autoridad competente, sino cuál es el foro o entidad competente. ¿A qué entidad o foro le corresponde un asunto?

3.3 Competencia para juzgar y para legislar

Es necesario diferenciar el poder para legislar del de juzgar. La norma que le adjudica u otorga poder a una entidad federativa y a sus tribunales para conocer de una causa petendi o cualquier asunto no litigioso (los hechos y situaciones jurídicas a conocer y, en su caso, resolver) es diferente de la norma de adjudicación legislativa. Mientras la primera conduce a prescribir cuál es la entidad federativa facultada para conocer y resolver un problema de tráfico jurídico interestatal, la de adjudicación legislativa indica cuál es la entidad federativa facultada para regular una situación de ese tipo.⁹

9 En la terminología de Hart encontramos dos tipos de *normas de adjudicación*; la primera confiere potestades jurisdiccionales, mientras que la segunda, potestades legislativas. Una norma de atribución de competencia debe diferenciarse de una norma primaria o sustantiva. A la vez, cabe diferenciar las de competencia jurisdiccional de las de competencia legislativa. Mientras las primeras otorgan poderes, facultades para conocer, resolver y ejecutar, las primarias prescriben cómo debe resolverse el fondo del negocio. Una norma reguladora de la competencia para conocer y resolver, a diferencia de las normas reguladoras del fondo o sustanciales; *indica cuál es el Estado competente*. Una norma de competencia de este tipo no establece cómo debe resolverse el fondo del asunto, es decir, no prescribe si una persona tiene un derecho, está obligada a pagar cierta cosa o se le impone una prohibición. La norma de competencia otorga poder para crear una resolución o una ley.

3.4. Competencia judicial y administrativa

Tomando en cuenta el órgano que conoce y el tipo de asunto, la capacidad o competencia puede recaer en autoridades judiciales o administrativas.

Por lo general, esta clasificación importa a la competencia intraestatal ya que cada entidad federativa está facultada internamente para adjudicarle poder a sus órganos de gobierno. Un notario, por ejemplo, podría tener ciertas facultades para conocer de un asunto sucesorio sin ser autoridad judicial. Lo mismo ocurre con las autoridades del DIF, del Registro Civil, del Registro Público de la Propiedad, etc. No obstante, se trata de un tipo de competencia que suele trascender a las relaciones interestatales.

A los órganos de gobierno local se les adjudica el poder para conocer, tal es el caso del Registro civil, del Registro Público de la Propiedad, del DIF local, etc. En el caso de un litigio cabe recurrir a las autoridades judiciales de la entidad federativa correspondiente.

Las leyes notariales (que son de la competencia legislativa de cada entidad federativa) le restringen a cada notario su actuar a su demarcación territorial, sin que puedan ejercer fuera de ese lugar, esto es, no pueden ejercer su función fuera de la demarcación territorial para la que fueron asignados. No obstante, los actos de que conozcan (los “que se celebren ante su fe”) podrán referirse a cualquier otro lugar (v.g., art. 34 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal). Es una norma de adjudicación o competencia general que prescribe que una autoridad solo puede actuar dentro de su territorio (el espacio territorial que le fue asignado), aunque el bien o sujetos destinatarios se encuentren fuera de ese territorio.

4. ENUNCIADOS COMPETENCIALES

Luego de recordar una taxonomía de las normas de competencia interestatal, continúo exponiendo algunos de los enunciados constitucionales y legales relacionados con la atribución de poder a las entidades federativas, así como diversas hipótesis derivadas de estos enunciados, sobre todo, las que sirven de fundamento para dirimir las mal llamadas controversias competenciales.

En general, responderé a lo siguiente: ¿quién debe decidir a qué entidad federativa le corresponde conocer y resolver un asunto o litigio?, ¿cuál es el procedimiento que debe seguirse?

4.1. Los enunciados constitucionales y legales

A diferencia de lo que ocurre en la reglamentación de las relaciones de tráfico jurídico internacional, en donde es difícil encontrar un tribunal que resuelva una controversia competencial (a menos de que exista algún tratado), en el ámbito interestatal se ha creado un tribunal de competencia (con esta denominación), que resuelve una

diferencia entre entidades federativas relacionada con la determinación de cuál es la competente.¹⁰ Al efecto, la Constitución general crea un órgano para dirimir las controversias competenciales que se susciten entre los tribunales de diversas entidades federativas. El enunciado constitucional prescribe lo siguiente:

Art. 106. Corresponde al Poder Judicial de la Federación, en los términos de la ley respectiva, dirimir las controversias que, por razón de competencia, se susciten entre los tribunales de la Federación, entre éstos y los de las entidades federativas o entre los de una entidad federativa y otra.¹¹

De este enunciado resalto algunos elementos de que se compone:

- a) Presupone la existencia de una controversia de poderes entre las autoridades judiciales de dos o más entidades federativas. Se les conoce como controversias competenciales. ¿Cuál de las entidades es la que tiene el poder o competencia sobre un problema de tráfico jurídico interestatal?, ¿Cuál es la norma que le adjudica el poder a una de esas entidades?
- b) El poder judicial federal es el único órgano competente para resolver (es el tribunal de competencia).
- c) El tribunal de competencia está facultado para conocer y resolver las controversias de poder o competencia que se susciten entre las entidades federativas, pero solo las que se susciten entre los tribunales judiciales de diferentes entidades federativas.¹²
- d) Si acaso el poder atribuido a cada entidad es concurrente, esto es, que a dos o más se les adjudica o auto adjudican poder (lo que ocurre con cierta frecuencia), entonces el tribunal de competencia decidirá cuál entidad es la que debe continuar conociendo hasta resolver. La norma que dicta es adjudicatoria.

10 Patrick Staelens opina que en México debería existir un tribunal que tuviese la facultad de conocer de conflictos de leyes, compuesto por jueces especializados en la disciplina, tribunal que es diferente al tribunal de competencia al que me estoy refiriendo. Staelens, Patrick, "El nuevo marco legal de los conflictos de leyes en México", en *Alegatos* 8, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, enero abril 1988, p. 33.

11 La Constitución de 1824 prescribía: "art. 137. Las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia son las siguientes: [...] e)...iv. Dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales de la federación, y entre estos y los de los estados y las que se muevan entre los de un estado y los de otro...". En la de 1857 se estableció: "Corresponde también a la Suprema Corte de Justicia dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales de la Federación; entre estos y los de los Estados, o entre los de un Estado y los de otro". En el Proyecto de Constitución de 1917 se establecía: "Corresponde también a la Suprema Corte de Justicia dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales de la Federación, entre éstos y los de los Estados o entre los de un Estado y los de otro."

12 Su facultad también alcanza a resolver las diferencias entre entidades federativas y federación.

- e) Ese tribunal de competencia está facultado para atribuir (adjudicar), el poder o competencia a una entidad y sus autoridades.
- f) Esta disposición no dice qué es lo que le corresponde a cada entidad. Se conforma con establecer que la reglamentación para resolver las controversias se encuentra en la “ley respectiva” (enunciado literal en la Constitución).

La última nota característica produce una duda. ¿La “ley respectiva” la expedirá el legislador federal o uno local? Por un lado, presupone una ley que establece enunciados que distribuyen el poder entre las entidades. Lo que sirve para resolver una controversia competencial y (en su caso) adjudicarle a cualquiera de las contendientes el poder, declarando (si fuese el caso) que otra, carece de poder. La ambigüedad lingüística la caracteriza.

Aunque el artículo 106 no define cuál es la ley respectiva, es razonable que sea una ley federal la aludida, pues se trata de una disposición que debe emplearse para resolver una controversia entre dos partes integrantes de la federación. Esto es, estimo que corresponde a una facultad implícita que se infiere del sistema federal.¹³ Llama la atención el hecho de que en las llamadas competencias legislativas, reguladas en el artículo 121 constitucional, se ordena expedir una ley sobre el particular, en el caso de las llamadas controversias competenciales, nada se dice sobre esta obligación. Por ello, una interpretación sistemática (propio del contexto) me conduce a afirmar que el Congreso de la Unión debe de expedir esta ley reglamentaria del artículo 106 constitucional.

El argumento es que si se quiere precisar con fuerza vinculativa el orden jurídico conforme al cual ha de resolverse, no sería el de una entidad federativa en conflicto, por ser interesada. Además, porque el tribunal de competencia, que es federal (en el sentido de supra estatal), debe ser imparcial. Por último, que atañe a una controversia interestatal y se requiere de una ley coordinadora de poderes o competencias. Es más razonable que sea una ley federal la que cumpla sin parcialidad y sin interés particular con la coordinación y ejercicio del poder entre las entidades.¹⁴

La “ley respectiva” debe incluir procedimientos para resolver la controversia: reglamentarlos, incluyendo las reglas a tomar en cuenta para la adjudicación.

No existe una ley especial o cuerpo legislativo particular reglamentario del art. 106 constitucional. No obstante, las leyes federales secundarias han reglamentado este enunciado, principalmente en el CFPC. Este cuerpo legal, incluye una reglamentación

13 Así ha sido aceptado, pues la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación establece la facultad a los tribunales de la federación para resolver los problemas de competencia entre las entidades federativas (art. 21, frac. VI).

14 En algunas decisiones judiciales se ha entendido por “ley respectiva” una ley federal. Tribunales colegiados, SJF, 9a época, p. 1050, Competencia 16/2010, 17 de noviembre de 2010, registro: 162196. Primera Sala, SJF, 9a época, p. 53, Competencia 101/95, julio de 1995, registro: 200475.

de coordinación supletoria, en su sección quinta, titulada “de las competencias entre los tribunales de dos o más Estados.” Al respecto, prescriben lo siguiente:

Art. 32. Cuando las leyes de los Estados cuyos jueces compitan, tengan la misma disposición respecto del punto jurisdiccional controvertido, conforme a ellas se decidirá la competencia.¹⁵

Art. 33. En caso de que aquellas leyes estén en conflicto, las competencias que promuevan los jueces de un Estado a los de otro, se decidirán con arreglo a la sección segunda de este capítulo.¹⁶

Corresponden a enunciados que delinean disposiciones para resolver una controversia competencial o de poderes, conducen a conformar una norma específica que declara cuál entidad tiene el poder para resolver una controversia (produce una norma concreta de adjudicación).

La declaración judicial con la que se culmina el procedimiento es doble: declara que una entidad posee el poder, en tanto que otra carece del mismo. Si declara el poder a favor de las autoridades de una entidad, también le adjudica ese poder. Son enunciados que deben ser tomados como prescripciones reglamentarias del art. 106 constitucional.¹⁷

El Código de Procedimientos Civiles Federales de 1897 en su Exposición de motivos, expresaba que hasta antes de esa ley los problemas competenciales entre entidades se solucionaban según el Derecho internacional privado. Anotaba que la SCJN no podía resolver esos problemas, aunque ya se hablaba de la posibilidad de que cada entidad resolviera su problema, pues la uniformidad era la existente. Por ello, se tomó en cuenta la hipótesis en que las leyes de cada entidad coincidieran, pero que, si diferían, se prefirió tomar en cuenta lo que prescribiese el Derecho internacional.¹⁸ Se seguía un enfoque epistémico internacionalista, como el que mencioné en el capítulo I.

Debe tomarse en cuenta que, por lo general, cada entidad federativa se autoproclama competente a partir de sus normas internas (o rechaza ser la competente). En la hipótesis de que el tribunal de competencia resuelva, aplicará una norma derivada de la ley federal, no de una local. Esto significa que no se trata de convalidar o ratificar la norma de una entidad, ni de anular la de otra, ni tampoco de determinar que la de un Estado vale más que la de otro Estado, sino de aplicar una federal. Ante la diferencia de las prescripciones locales se opta por una federal, aquí, la federal prevalece por sobre la local.

15 En lugar de punto jurisdiccional, cabe entender controversia competencial.

16 La sección segunda (arts. 23 a 27) prescribe los criterios competenciales para la adjudicación de poder. Adelante presentaré el enunciado principal (art. 24).

17 Tome nota que reglamenta al art. 106 constitucional y no al 121. No obstante, las disposiciones reglamentarias no pueden dejar de tomar en cuenta lo que el 121 y sus bases prescriben. El antecedente de los enunciados del CFPC se encuentra en los arts. 105 y 106 del correspondiente CFPC previo al vigente.

18 *Código de procedimientos civiles federales*, México, Herrero Hnos., 1901, p. 55.

4.2. Notas que caracterizan al tribunal de competencia

Aunque ya he venido citando algunas características del tribunal de competencia, cabe resumir y agregar, entre otras, las siguientes:

- Es un tribunal nacional y superior a las entidades contendientes.
- Resuelve controversias de competencia que se suscitan entre dos entidades federativas, representadas por el poder judicial de cada una.¹⁹
- Puede tratarse de controversias positivas o negativas.
- Es el único órgano del Estado que puede resolver este tipo de controversias, pues ningún otro poder podría hacerlo (v.g., ejecutivo, legislativo).
- Resuelve con fuerza vinculante, no emite una opinión; es una actividad jurisdiccional, no arbitral.
- Declara cuál entidad federativa que debe ejercer poder o competencia. Cabe enfatizar que lo que ha de decidirse está referido a cuál entidad es la que debe de conocer (por medio de sus tribunales). Cuando la controversia es entre dos tribunales de un mismo Estado, al tribunal de competencia a que me refiero no le corresponde decidir cuál es el competente (esto le compete a cada entidad). Dicho de otra manera, al tribunal de competencia no le corresponde decidir qué tribunal es competente, sino cuál es la entidad federativa a la que le corresponde conocer del caso.
- Uno de sus objetivos consiste en mantener la armonía y equilibrio de poderes territoriales entre las entidades, elementos indispensables en un estado federal.
- Delimita el ámbito del poder de cada entidad. Se trata de una disposición constitucional que coadyuva a la distribución del poder entre las entidades.

Mientras en el ámbito de las relaciones internacionales es desconocida la existencia de un tribunal de competencia superior a los contendientes, en el ámbito interestatal es loable la creación y funcionamiento de un tribunal como este. Lo que es posible en un sistema pluriordinamental federal.

Por un lado, logra uniformar, en cierta medida, el poder o competencia de las autoridades de cada foro y, por otro, los procedimientos para definir las pautas competenciales. No obstante, desplaza los criterios y foros acogidos por cada entidad federativa, que no armonizan en el estado federal al resolverse cada caso concreto.

19 Barajas Montes de Oca, Santiago, "Comentario al artículo 106", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, México, UNAM, 1994, prefiere estimar que se trata de una competencia constitucional y no judicial.

4.3. Las hipótesis de adjudicación

El art. 32 del CFPC lista diversos supuestos normativos que vincula con los órganos de alguna entidad, como facultados para conocer y resolver de un asunto interestatal. Esto es, es el fundamento legal para la conformación de las normas de competencia interestatal. De esta forma, les adjudica el poder a las autoridades de alguna entidad.²⁰

En gran medida, esta normatividad ha impedido el surgimiento de foros exorbitantes, controlando el poder de las entidades y distribuyéndolo entre todas.

Un principio político de un Estado federal indica que cada entidad federativa debe ejercer su poder dentro de los límites que las normas de competencia interestatal le otorgan (lo que conviene para equilibrar el poder entre el universo de entidades federativas). Ninguna entidad puede rebasar el poder que se le otorga, ni tampoco puede dejar de ejercerlo. Si su poder se excede en los límites, será exorbitante; si no lo ejerce hasta sus límites, será deficiente y podrá provocar una denegación de justicia.

Cabe recordar algo que ya expresé: la Constitución general distribuye los poderes o competencias en un sentido vertical (esto a las autoridades federales, esto otro a las entidades federativas), pero no explícitamente en un sentido horizontal (a la entidad x le compete esto, a la entidad z le compete esto otro).

Aunque la Constitución no adjudica el poder a una entidad en forma particularizada y se lo niega a otra, prescribe que una ley secundaria dictará las bases para construir las normas de adjudicación. Así, es la ley federal (una ley secundaria) la que distribuye y adjudica el poder entre las entidades. En su estrategia para lograr esto, aprovecha las normas competenciales de cada entidad federativa (las retoma) y elige de entre esas entidades la correspondiente e impone una norma. En principio, toma en cuenta lo que sobre el particular han prescrito las leyes de las entidades contendientes y, cuando no puede tomarlas, decide libremente. Trataré de explicar.

De los enunciados transcritos (arts. 32 y 33 del CFPC), que han pasado como reglamentarios del art. 106 constitucional,²¹ se desprenden dos hipótesis que suponen cuándo ha de tomarse o no en cuenta lo que prescriban las entidades:

- a) Que exista diferencia entre los enunciados competenciales prescritos en cada entidad federativa, que identificaré como la regla de la diferencia (la hipótesis o supuesto a ser resuelto en cada entidad se vincula con foros diferentes).
- b) Que exista similitud, coincidencia o paralelismo entre los enunciados competenciales prescritos en cada entidad federativa, que identificaré como la regla de la similitud (la hipótesis o supuesto a ser resuelto en cada entidad coincide en ambos foros).

20 Sobre estos conceptos que explican la conformación de una norma de competencia, puede verse Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional sobre el proceso*, México, Porrúa, 2011, pp. 147 y ss.

21 El abrogado Código Federal de Procedimientos Penales (art. 11) incluía reglas similares, pero en el nuevo se les olvidó a los legisladores incluirlas.

En estas hipótesis el problema más grave se presenta cuando las normas de competencia de cada entidad federativa son diferentes (primera hipótesis). Supone un desacuerdo entre las normas autoatributivas de competencia de cada entidad (en el sentido de una diferencia en el contenido de cada orden jurídico), una diferencia en la autoatribución de poder.

Cuando no existe diferencia en el contenido de los enunciados competenciales de cada entidad federativa (los de autoatribución de poder), el poder se decidirá tomando en cuenta el orden jurídico de cada entidad federativa (segunda hipótesis).

En la primera hipótesis, la norma que regula la atribución de competencia será la federal, en el segundo, la ley federal toma en cuenta la norma competencial de las entidades federativas en controversia. En el fondo, la ley federal incorpora lo que al respecto prescriben las leyes de las entidades.

De lo anterior tenemos que para declarar cuál es la entidad federativa que ejercerá el poder para conocer de un asunto (a la que se le adjudicará o confirmará el poder) se debe pasar por los siguientes pasos (en este orden):

- a) Localizar en el texto de la Constitución general un enunciado que indique cuál es la entidad federativa a la que se le atribuye poder o competencia.
- b) Si la Constitución carece de un enunciado adjudicatorio, habrá que buscarlo en las leyes de las entidades federativas (se toma en cuenta a las entidades).
- c) Si los enunciados competenciales de las entidades federativas coinciden en la designación del foro competente (coinciden en adjudicarle poder a una específica entidad), esos enunciados serán tomados en cuenta para resolver el caso (la ley federal las adopta como propias).
- d) Si las normas de competencia de las entidades no coinciden en el foro que conocerá, entonces se impondrán las normas adjudicatarias o competenciales residuales previstas en la ley federal (CFPC).

Como lo dejé entrever, el tribunal de competencia entra en función una vez que se plantea el “conflicto competencial” entre entidades federativas; aplicará las leyes federales relacionadas con el procedimiento para resolver la controversia; incorporando, en su caso, los enunciados estatales, salvo que exista diferencia entre las entidades contendientes.

5. PRESCRIPCIONES ADJUDICANTES DEL PODER O COMPETENCIA

La reglamentación interestatal comprende varios supuestos competenciales que paso a explicar. Como se verá, las normas de competencia interestatal no necesariamente son similares a las seguidas para las de competencia internacional. No parece que nuestros legisladores se hubiesen apoyado en los criterios y tendencias internacionales, cosa que, en general, si ha ocurrido tratándose del orden jurídico sustantivo designado por la norma de conflicto. Aquí, más bien, los supuestos internos han sido llevados al plano interestatal.

Explicaré en las siguientes líneas la problemática para cada una de las hipótesis que expuse: tanto para la regla de la similitud, como la de la diferencia. Como habrá de observarse corresponde a normas de competencia rígidas que evitan la flexibilidad negándole, prácticamente, al tribunal de competencia una discrecionalidad (v.g., evitar recurrir al foro más significativo).

5.1. Regla de la similitud

Esta regla supone que el enunciado que designa el foro competente es similar en las leyes de las entidades contendientes (regla de la similitud). En esta hipótesis (cuando la norma de adjudicación es similar en ambas entidades), el tribunal de competencia, tal y como lo prescribe el CFPC (art. 32), se apoya en estas disposiciones, las retoma y de ahí elige a la entidad competente. Presupone un cierto acuerdo o coincidencia en las políticas legislativas de cada entidad, que el gobierno federal incorpora para sí.

EJEMPLO: Tratándose de asuntos sucesorios:

- Estado A designa al foro del último domicilio del de cujus.
- Estado B designa al foro del último domicilio del de cujus.
- En consecuencia, hay similitud en el foro designado, por lo que el foro competente es el del último domicilio del de cujus.

El enunciado tiene sus antecedentes en el siglo XIX, cuando la SCJN decidió que en los casos en que no exista diferencia en las leyes de las entidades federativas contendientes no era necesario “recurrir al Derecho internacional privado”, pues el derecho interno ofrece soluciones al problema.²² Algo similar se resolvió en 1989 al diferenciar las normas de competencia internacional de las interestatales.²³

Varias resoluciones de los tribunales han reiterado la regla de la similitud de significados para resolver negocios sucesorios. Por ejemplo, la que elige el foro del último

22 Pueden consultarse varias resoluciones de este tipo en *El Foro*. En una, de 1878, se asentó que no se debe acudir a “los preceptos del Derecho internacional privado, que solo es permitido invocar cuando las leyes de los Estados a que los jueces competidores pertenecen, se encuentran en conflicto y no sea posible conciliarlos”, sino a la legislación nacional existente. En otra, se afirmó que “en estos casos no es de aplicarse la ley internacional para decidir las competencias, porque faltando el conflicto entre las leyes de los Estados cuyos jueces se disputan la jurisdicción, falta la razón constitucional de la aplicación de aquella ley, porque no se viola la soberanía de éstos al resolver una competencia según las prescripciones de sus propias leyes, puesto que no se da a la ley de un Estado efecto extraterritorial con perjuicio a la soberanía de otro.” *El Foro, Periódico de jurisprudencia y legislación*, (diversos números), siglo XIX, México, edición facsimilar a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, 14 de diciembre de 1878, t. IV - 2a época, núm. 117, p. 453 - 454. *El Foro, Periódico de jurisprudencia y legislación*, (diversos números), siglo XIX, México, edición facsimilar a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, 1 de enero de 1879, t. IV - 2a época, núm. 1, pp. 2 y 3.

23 Tercera Sala, SJF, 8a época, p. 220, Competencia 73/89, 18 de septiembre de 1989, registro: 207257.

domicilio del de cujus o el domicilio del demandado, tratándose de acciones sobre bienes muebles o del estado civil.

Tanto el legislador federal (CFPC) como los tribunales federales han optado por la regla de la similaridad, pensando en que al ser similares las conexiones (entre supuesto y foro) también deben interpretarse de forma similar. Así, a pesar de que la redacción de los enunciados pueda ser igual, la interpretación y aplicación no siempre ha sido similar.

Hay un aspecto sobre el que conviene una explicación. Como se observa, el enunciado de cada entidad no es interestatal. Es intraestatal, no extraterritorial. Si se toma en cuenta el criterio para elegir el foro competente (similar en las entidades federativas), no es porque una entidad federativa lo imponga, sino que es elegido a partir de enunciados federales. Es por esto que he afirmado que la ley federal retoma o incorpora lo previsto por las leyes locales. Y lo que era una norma intraestatal sirve para conformar una interestatal. El legislador federal toma como basamento lo que expresan las leyes locales. Si el legislador federal quisiera eliminar la regla de la similitud, lo podría hacer.

Permítaseme una última precisión. Debe diferenciarse lo que es la similaridad entre las leyes de las entidades federativas, especialmente la similitud significativa (punto a que me estoy refiriendo en este epígrafe), de lo que es única ley rigiendo ambas entidades federativas. Mientras que en la primera suponemos una ley para cada entidad federativa, en la segunda, suponemos una y única ley para ambas entidades federativas.

5.2. Regla de la diferencia

Cuando el orden jurídico de cada entidad federativa contendiente prescriba enunciados diferentes en su contenido para designar el foro competente, no se tomará en cuenta la norma competencial de ninguna de esas entidades federativas, sino el enunciado directo que prevé el CFPC (regla de la diferencia).

Durante el siglo XIX a la SCJN se le ocurrió que debía recurrirse a los principios del Derecho internacional privado (en adelante DIPr) para resolver controversias interestatales, decisión que afortunadamente no se reitera con frecuencia en la actualidad. El CFPC, como orden directivo, prescribe diversas reglas de competencia:

Art. 24. Por razón de territorio es tribunal competente:

- i. El del lugar que el demandado haya señalado para ser requerido judicialmente sobre el cumplimiento de su obligación;
- ii. El del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación;
- iii. El de la ubicación de la cosa, tratándose de acciones reales sobre inmuebles o de controversias derivadas del contrato de arrendamiento. Si las cosas estuvieren

situadas en, o abarcaren dos o más circunscripciones territoriales, será competente el que prevenga en el conocimiento del negocio;

- iv. El del domicilio del demandado, tratándose de acciones reales sobre muebles o de acciones personales, colectivas o del estado civil;
- v. El del lugar del domicilio del deudor, en caso de concurso.

Es también competente el tribunal de que trata esta fracción para conocer de los juicios seguidos contra el concursado, en que no se pronuncie aún sentencia al radicarse el juicio de concurso, y de los que, para esa ocasión, estén ya sentenciados ejecutoriadamente, siempre que, en este último caso, la sentencia no ordene que se haga trance y remate de bienes embargados, ni esté en vías de ejecución con embargo ya ejecutado. El juicio sentenciado que se acumule, solo lo será para los efectos de la graduación del crédito vuelto indiscutible por la sentencia;

- vi. El del lugar en que haya tenido su domicilio el autor de la sucesión, en la época de su muerte, tratándose de juicios hereditarios; a falta de ese domicilio, será competente el de la ubicación de los bienes raíces sucesorios, observándose, en lo aplicable, lo dispuesto en la fracción III. A falta de domicilio y bienes raíces, es competente el del lugar del fallecimiento del autor de la herencia.

Es también competente el tribunal de que trata esta fracción, para conocer:

- a) De las acciones de petición de herencia;
 - b) De las acciones contra la sucesión, antes de la partición y adjudicación de los bienes, y
 - c) De las acciones de nulidad, rescisión y evicción de la partición hereditaria;
- vii. El del lugar en que se hizo una inscripción en el Registro Público de la Propiedad, cuando la acción que se entable no tenga más objeto que decretar su cancelación;
- viii. En los actos de jurisdicción voluntaria, salvo disposición contraria de la ley, es juez competente el del domicilio del que promueve; pero, si se trata de bienes raíces, lo es el del lugar en que estén ubicados, observándose, en lo aplicable, lo dispuesto en la fracción III.

Cuando haya varios tribunales competentes conforme a las disposiciones anteriores, en caso de conflicto de competencias se decidirá a favor del que haya prevenido en el conocimiento, y

- ix. Tratándose de juicios en los que el demandado sea indígena, será juez competente el del lugar en el que aquél tenga su domicilio; si ambas partes son indígenas, lo será el juez que ejerza jurisdicción en el domicilio del demandante.

Mientras que acorde a la regla de la diferencia se acoge una y única decisión, que no necesariamente se corresponde con la de alguna entidad (no necesariamente coincide), en la regla de la similaridad se acoge o incorpora la elección del foro prescrito por cada entidad federativa.

Siguiendo la regla de la diferencia los tribunales de competencia han elegido al tribunal de la entidad federativa en la que se encuentra el domicilio del demandado. Se recurre a este foro tratándose de acciones personales, como las del estado civil, y, en general, en cualquiera hipótesis en que los enunciados de las entidades federativas sean diferentes.

EJEMPLO: En un asunto sobre responsabilidad objetiva vinculada a los Estados de Jalisco y Nayarit se recurrió al CFPC para aplicar su regla de la competencia, ya que, mientras en Jalisco, por tratarse de una acción personal se vinculaba el asunto con el foro del domicilio del demandado, en Nayarit se le vinculaba con el foro donde se originó la responsabilidad objetiva proveniente de causa extracontractual.²⁴ Con la regla de la diferencia (el criterio de la prevalencia) el tribunal federal negó la posibilidad de incorporar alguna regla de las entidades federativas contendientes. Ninguna de sus normas fue apta para ser incorporada y resolver el conflicto de competencia surgido entre ellas.²⁵

Los criterios y decisiones del legislador y juzgadores me conducen a unas reflexiones. La elección de una norma neutra o preferente significa que políticamente el legislador federal no toma en cuenta las necesidades, opiniones y políticas de cada entidad contendiente (al menos para equilibrar o estabilizar). El problema es que esta elección, en principio, carece de vínculos reales con una o ambas entidades.

Me parece que (de lege ferenda) cabe repensar en una respuesta o decisión más racional podría haber sido elegir alguno de los criterios prescritos por cada entidad federativa, resolver el problema a favor del foro con los vínculos más estrechos o la prestación característica,²⁶ y no por una decisión carente de vínculos con los foros contendientes.²⁷

24 Tercera Sala, SJF, 8a época, p. 260, Competencia 7/89, 13 de julio de 1989, registro: 207308.

25 Prefiero referirme a *conflictos competenciales*, aun cuando varios autores prefieren denominarle *conflictos de jurisdicción*. Ovalle, Favela, *Teoría General del Proceso*, México, Oxford, 2017, p. 124.

26 La *prestación característica* es una denominación empleada para referirse al lugar con el que un contrato o negocio presenta los vínculos más estrechos, esto es, sirve para afinar el punto de conexión (que es flexible).

27 En EUA se ha preferido resolver tomando en cuenta la conexión más razonable, sin hacer intervenir un tercer orden jurídico. Cavers, David F., "Contemporary conflicts law in american perspective", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, t. 131, Académie de Droit International de La Haye, Martinus Nijhoff, 1971, p. 111. Igualmente, Symeonides, Symeon C., "American Federalism and Private International Law", en *Revue Hellénique de Droit International*, núm. 62, 2010.

6. LA PRÁCTICA SEGUIDA PARA EL TRASLADO DE UN ASUNTO A OTRA ENTIDAD

Para resolver las controversias competenciales entre diversas entidades federativas suele seguirse un procedimiento, que trataré de delinear a partir de ciertas prácticas judiciales, semejantes a las seguidas en un estado central o único (a pesar de la ausencia de disposiciones legales y constitucionales).

El trámite y resolución suele cursar por dos planos: el plano interno y el interestatal o externo.

En el plano interno suponemos que un asunto o litigio se encuentra ante los tribunales de una entidad federativa. Suele ocurrir que uno de los litigantes (actor o demandado) o el juez, cuestionen el poder o competencia (afirman que ese tribunal carece de una norma de adjudicación que le permita conocer y resolver). En este plano, suele acudir a procedimientos que tienden a rechazar la competencia del caso que están conociendo (declinatoria) o evitar que otro conozca del asunto (inhibitoria). En ambas hipótesis se procura precisar cuál entidad es la competente (a la que se le adjudique el poder) y, a consecuencia de ello, tras una definición de poderes, que una sea declarada incompetente y, la otra, sea declarada competente (si así lo fuese).

Estos procedimientos internos, cuando todavía no han trascendido al exterior de la entidad federativa, se inician conforme al orden jurídico de una entidad (diseñado, normalmente, para problemas intraestatales).

Hasta aquí, el tribunal de una entidad acepta o rechaza ser competente. Nada se habla del traslado del asunto ya iniciado.²⁸

Una vez definida la posición jurídica que la entidad adopte (rechaza ser la competente), se inician los procedimientos en el plano extraestatal, esto es, a reclamar de otra entidad federativa que deje de conocer del asunto que ya está conociendo o a pedirle que asuma el poder o competencia sobre el asunto. A partir de aquí, todo se sigue por prácticas o derecho consuetudinario.

En estas hipótesis, cada entidad federativa suele recurrir a los procedimientos establecidos en su propio orden jurídico, que procuran interestatalizar. Cabe destacar que en estos procedimientos los tribunales han trasplantado sus normas internas al ámbito interestatal.

Cuando no hay acuerdo entre las autoridades de cada entidad federativa para definir cuál se queda con el asunto (una autosolución), la controversia competencial interes-

28 En EUA la rigidez de los procedimientos de inhibitoria y declinatoria han sido suavizados por otro procedimiento surgido al calor de los conflictos interestatales. Así, el *forum non conveniens*, propio del *common law*, surgió para localizar el foro más conveniente.

tatal ha quedado definida (se fija una litis competencial) y debe resolverse declarando cuál es la entidad federativa competente (se deslinde el poder): que a una se le adjudique el poder para conocer y, a otra (según el caso), que se inhiba en conocer o que continúe conociendo.

En este plano interestatal es llamado un tribunal que resolverá la controversia competencial (heterosolución). Es este el tema que le interesa el Derecho interestatal y que suele apoyarse en el art. 106 constitucional (que solo alude al competente, no al traslado de lo actuado).

Para dirimir las controversias competenciales o de poder se recurre a un tribunal de competencia. Este tribunal de competencia (ya lo expliqué) es el que posee el poder o capacidad para resolver los conflictos de competencia que se suscitan entre los tribunales de diversos foros (diversas entidades). Le adjudica el poder correspondiente a la autoridad de una entidad y declara (en su caso) que otra entidad carece de una norma interestatal que le adjudique poder.

7. EXTRAÑA VARIACIÓN EN LA NATURALEZA DE LA CONTROVERSIA COMPETENCIAL

Las resoluciones judiciales producidas hasta ahora, han seguido una perspectiva epistémica similar a la que he descrito, pensando que los procedimientos intraestatales debe ser interestatalizados.

Al paso del tiempo, el tribunal de competencia ha producido una segunda, pero extraña tendencia interpretativa que paso a presentar. En la primera tendencia, el Pleno de la SCJN afirmó que: "...si no hay entre ellos [los tribunales] resoluciones contradictorias, no se está en el caso de que las autoridades judiciales contendientes, remitieran los autos de que respectivamente conozcan, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación."

Es decir, si entre las disposiciones competenciales de las entidades no existe una diferencia para designar el foro competente, no es necesario que el tribunal de competencia participe o sea llamado a resolver.²⁹ Incluso, en 1879, la SCJN decidió que cuando en una controversia competencial un juez se desista, tampoco hay materia a resolver, pues simplemente no hay controversia entre las entidades.³⁰ Sentó, con ello, una pauta que habría de continuar por más de cien años.

En 1988³¹ la SCJN modificó el enfoque interpretativo tradicional, construyendo uno diferente relacionado con la llamada "cuestión competencial" planteada mediante la

29 Pleno, SJF, 6a época, p. 62, Competencia 70/55, 13 de enero de 1960, registro: 258427.

30 *El Foro, Periódico de jurisprudencia y legislación*, (diversos números), siglo XIX, México, edición facsimilar a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, 17 de julio de 1879, t. VI, 2a época, núm. 13, pp. 49 y 50.

31 Tercera Sala, SJF, 8a época, p. 327, Competencia 17/88, 18 de abril de 1988, registro: 207586.

inhibitoria; contrariando, directamente el enfoque interpretativo tradicional. A partir de aquí, aquí dio lugar a una segunda tendencia interpretativa o reformulatoria. En esta segunda, el tribunal de competencia afirmó que aun cuando los foros competidores estén de acuerdo o coincidan en que uno de ellos es el competente, su acuerdo es intrascendente, pues el asunto debe ser llevado al tribunal de competencia para que defina cuál es el foro competente. Lo anterior, siempre y cuando uno de los sujetos del litigio original (actor o demandado) se hubiese inconformado con la resolución del tribunal o tribunales que reflejase el citado acuerdo o coincidencia.

En esta segunda posición interpretativa, el tribunal de competencia sostuvo una explicación que no me satisface (no parece conformarse con las notas que lo caracterizan). Por un lado, a la SCJN no pareció interesarle la existencia de la controversia competencial entre tribunales de diferentes entidades federativas. Es más, afirmó ni siquiera es necesaria la controversia, y, por otro, hizo participar en el procedimiento a los litigantes particulares que, obviamente, no representan a los foros judiciales de alguna entidad federativa. Esto es, el tribunal de competencia cambió las notas y variables que caracterizan al tribunal de competencia y el objeto de conocimiento del procedimiento para adjudicar o negarle competencia a alguno de los foros competidores. Es más, ni siquiera importó que los foros fuesen o no competidores. Esta es la razón por la que me detengo con unas líneas para incursionar en el objeto a resolver por el tribunal de competencia.

Me referiré a las tesis o posiciones judiciales reformulatorias que acabo de esbozar (propias de la segunda tendencia interpretativa).

Previamente, cabe tomar en cuenta que partimos de una controversia o litigio y que trata de resolver cuál es el foro competente (¿a cuál entidad se les adjudicará el poder o competencia para conocer?). No hay que olvidar que un tercero extraño a la contienda (el tribunal de competencia) es el que debe decidir. A esta decisión debe llegarse mediante un proceso al que comparecen los sujetos del litigio competencial (las entidades federativas que discuten los poderes de una u otra para conocer de un asunto), exponiendo sus pretensiones (afirman detentar o no un poder o competencia) y un tercero que resuelve, adjudicando el poder a favor de una entidad, luego de un procedimiento contradictorio. Tómese en cuenta que no se trata de resolver cuál es el órgano o funcionario de un estado que conocerá del asunto (un problema de competencia intraestatal), sino cuál es la entidad competente (problema interestatal). El problema central en estos litigios (propio de un estado federal), no es entre jueces o funcionarios de una entidad, sino entre entidades. Es por aquí por donde se debe comenzar a resolver.

No olvidar la diferencia entre competencia interestatal e intraestatal. La Constitución distribuye el poder entre los poderes del estado federal (v.g., entre entidades), esto es, presupone definir la competencia interestatal, no la intraestatal.

Primera tesis o tesis tradicional. Con relación a los sujetos del litigio original o principal (actor y demandado) la SCJN ha sostenido diversos criterios reformulatorios.

En el primero, que el art. 106 constitucional supone una controversia entre los foros contendientes, entiéndase, entre los órganos del poder judicial de diferentes entidades federativas. En esta explicación, la controversia no se produce entre los sujetos primarios del litigio (actor y demandado), sino entre las entidades federativas (se trata de un problema de competencia interestatal).

En la controversia competencial, presupuesta en el art. 106 constitucional, lo que se hace valer –afirmó la Corte– es la soberanía de cada una de las entidades federativas, de manera que si uno de los foros declina su competencia a favor de otro foro, con ello “declina la soberanía” de que estaba investida, renunciando a ejercerla totalmente. Para esta tesis, la opinión del actor o del demandado en el juicio del que surgió la controversia competencial es irrelevante, pues los sujetos del litigio original no pueden mantener vivo el conflicto competencial entre las autoridades.³²

En esta resolución, aunque la SCJN dio por hecho que existe una supuesta “contienda de soberanías”, admitió que existe una diferencia entre lo que es una controversia entre entidades, respecto a cuál le ampara la norma de adjudicación de poder para conocer y resolver (la competencia interestatal).

Esta explicación de la SCJN se reiteró más tarde cuando declaró que “las cuestiones de competencia entre autoridades judiciales, son el reflejo de los atributos de jurisdicción e imperio de que están investidas.” Por lo que el “interés de los particulares que figuran como actor y demandado en la controversia judicial respectiva, queda relegado a segundo término o, mejor dicho, desaparece totalmente, en cuanto a los efectos de la cuestión competencial que se haya suscitado.” En estas resoluciones, la SCJN afirmó, que el particular solo podrá hacer uso de los medios de impugnación que la ley procesal establezca, para que el superior revise o, incluso, recurrir al amparo indirecto.³³ Siguiendo la misma línea argumentativa, la Corte afirmó que en el conflicto competencial “lo que se hace valer es la autonomía y soberanía de cada una de dichas autoridades (las contendientes)”;

esto es, resolver sobre un problema interestatal.

Segunda tesis o nueva tesis. Una tesis o posición contraria interpretativa vino después, todo, a partir de una nueva reformulación. La SCJN desaprobó los argumentos expuestos en su tesis anterior. Afirmó que la reformulación, o criterios anteriores, se sustentaron en una doctrina que interpretaba las cuestiones de competencia “como las pugnas que surgen entre jueces o tribunales que pretenden conocer de determinado litigio, o por el contrario, abstenerse de intervenir en el mismo.” Entendió que en la interpretación tradicional se presupone una contienda entre las autoridades de diversas entidades federativas.

32 Cuarta Sala, SJF, 5a época, p. 4697, AR 2358/40, 24 de septiembre de 1941, registro: 353683. Pleno, SJF, 5a época, p. 2162, Competencia 34/51, 9 de diciembre de 1953, registro: 278216.

33 Pleno, SJF, 6a época, p. 62, Competencia 70/55, 13 de enero de 1960, registro: 258427.

En la nueva decisión, la SCJN afirmó que “no se trata, pues de resolver un conflicto de soberanías, sino determinar entre los planteamientos de las partes y de los jueces, en su caso, cuál es el que debe conocer del asunto.” Sostuvo que la cuestión no debe verse como un conflicto entre jueces, sino como un medio de satisfacer el interés de las partes para conocer del asunto. Agregó que lo que regula el artículo 106 constitucional no se refiere a un conflicto de soberanías entre entidades federativas, sino de resolver los planteamientos de las partes y de los jueces. Si fuese un conflicto de soberanías, esto ya está previsto en el artículo 105, frac. I, constitucional. En el mejor sentido interpretativo debe admitirse --dijo-- que se procura respetar la garantía de audiencia de las partes, que se inconforman con la determinación del juez, a fin de que el tribunal de competencia resuelva cuál es el órgano competente. Con esto, se propicia la defensa del interesado.³⁴

Como se aprecia, en esta tesis, se le dio importancia a los sujetos del litigio original (actor y demandado), rechazando la interpretación anterior, según la cual, los únicos sujetos del litigio competencial son las entidades federativas, pues la contienda se produce entre estas. Además, se introdujo a un tema de competencia intraestatal, prácticamente negando el de la competencia interestatal. El punto central es que esta disposición --se dijo-- “procura respetar la garantía de audiencia de las partes.” En el fondo, legitimó procesalmente a los sujetos del litigio original y admitió sus opiniones y argumentos, como si se tratase de un recurso para las partes, en lugar de un medio para resolver controversias competenciales entre los estados.

El nuevo criterio o reformulación, como rectificador de precedentes previos, no parece consistente, pues comienza por sostener que los conflictos de competencia son conflictos que deben seguirse por lo que dispone el art. 105 constitucional, esto es, por los procedimientos que regulan las controversias constitucionales, cuando que el art. 106 es claro al aludir a (“dirimir las controversias que, por razón de competencia, se susciten” entre tribunales de diferentes entidades federativas). El nuevo argumento dice fincarse en el “respeto la garantía de audiencia de las partes”, y niega que se trate de controversias competenciales.

Como lo he descrito, a mi parecer el art. 106 da pie a las normas de adjudicación entre entidades, esto es, las que atribuyen poder o competencia a una u otra entidad federativa (tiende a fijar las relaciones horizontales de poder entre las entidades, resolviendo el problema competencial). Esta es su principal función: resolver a qué entidad federativa le corresponde ejercer el poder. Del art. 106 no se infiere alguna relación con el litigio entre particulares. Mas bien, el tribunal de competencia debe de “dirimir las controversias que, por razón de competencia, se susciten entre [...] las entidades federativas”.

La nueva tesis niega que se trate de un conflicto de soberanías. Y, en efecto no es un problema de soberanías. Pero afirma que es una “garantía de audiencia” al legitimar

34 Tercera Sala, SJF, 8a época, p. 335, Competencia 223/88, 17 de marzo de 1989, registro: 207387.

a los particulares para instar una decisión atributiva de competencia; desecha la tesis de “tribunales competidores”; y afirma que lo único que comprende es saber cuál es el foro competente, que cabe ser precisado como una controversia competencial.

Elemento complementario de la segunda tesis. Paso a explicar otro aspecto de las controversias competenciales, complemento de la nueva tesis. Este complemento o desarrollo comenzó con una resolución judicial de un tribunal de competencia al autoafirmar que puede obrar con plenitud de jurisdicción, pues oficiosamente puede allegarse de los elementos que crea conducentes, considerar extemporáneo el planteamiento o (y aquí lo sorprendente y extraño) adjudicar el poder a favor de una tercera entidad federativa, aun cuando no hubiese sido llamada al proceso competencial.³⁵ Se trata de lo que la teoría francesa denomina exceso de poder. Recordando a Hart, es evidente que la interpretación va más allá del núcleo central del significado. Nada de esto no se encuentra contemplado en el artículo 106.

En efecto, en 1982 la SCJN resolvió un problema en el que dos tribunales de foros diferentes (uno, la CDMX y, otro, Morelos) debatían en torno a cuál de ellos era el competente para conocer de un negocio. Aunque cada uno afirmaba ser el competente, el tribunal de competencia (la SCJN) resolvió que a ninguno de los foros contendientes podría adjudicársele el poder o competencia. Esto es, ambos carecían de una norma de adjudicación que les otorgase el poder para conocer y decidir.

¿Qué hacer en este caso?, ¿se debería decidir a fortiori a favor de una de las entidades federativas contendientes supuesto que el conflicto competencial se presentó entre ambas? o, acaso ¿debería dejar de conocer del asunto, a fin de que los litigantes volvieran a presentar su demanda ante el tribunal de la entidad federativa competente? La Corte resolvió que el juez de una tercera entidad era el competente y le adjudicó tal poder, aunque ese tercer tribunal (posiblemente una tercera entidad federativa) ni siquiera intervino en la contienda competencial, ni se enteró de la misma. Por desgracia, desconozco la serie de razones utilizados para llegar a esta decisión,³⁶ no obstante, colmó una laguna axiológica,³⁷ y no precisamente legislativa dada la ausencia de razones convincentes y fundadas.

Algunos años después, la misma SCJN afirmando que el tribunal de competencia obraba con plenitud de jurisdicción (entiéndase, con todo absoluto), decidió que tam-

35 Tercera Sala, SJF, 7a época, p. 27, Competencia 84/80, 12 de febrero de 1982, registro: 240536.

36 Encontré un antecedente en cierta forma parecido al aquí reseñado ocurrido en el siglo XIX y publicado en *El Foro*. En esta resolución, derivada de una contienda entre los jueces de la CDMX y de Puebla, el Procurador Fiscal opinó que ninguno de ambos era el competente, sino un tercero. Por desgracia, al resolver la SCJN el primer caso (que reseñó), inexplicablemente no se refirió a esta opinión. *El Foro, Periódico de jurisprudencia y legislación* (números diversos), siglo XIX, México, edición facsimilar a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005, 17 de abril de 1878, t. III, 2a época, núm. 71, pp. 282 y 283.

37 Por laguna axiológica entiendo la que el juzgador considera existente al contrastar lo insatisfactorio o equivocado que se encuentra la ley. Para esto, da una respuesta que le parece “justa.”

bién podía adjudicarle poder o competencia a un tribunal de otra entidad federativa, esto es, a un foro que tampoco había contendido.³⁸

Lo que aquí ocurrió fue que, para decidir a favor de un tercer foro, el tribunal de competencia resolvió *ex officio*, esto es, contra el principio *ne procedat iudex ex officio*, partiendo de la afirmación de que el tribunal de competencia puede obrar con plenitud de jurisdicción, pero sin apoyarse o argumentar a partir de alguna ley este punto de la decisión. Al menos, constitucionalmente no encontré este apoyo. Tampoco la podría haber en una interpretación meramente formalista, ni realista.

Sin duda alguna estas sentencias han redefinido lo que es una contienda competencial y obligan a reflexionar respecto a la naturaleza del procedimiento competencial a que se refiere el art. 106 constitucional.

Las resoluciones, afirmando una plenitud de jurisdicción o poder, carente de fundamento, resultan dudosas desde el punto de vista constitucional, pues no explican cuál es o puede ser el apoyo (constitucional y legal) para que el alto tribunal la hubiese auto asumido y para adjudicarle poder o competencia a un tercer foro (una tercera entidad federativa).

En el afán de resolver un conflicto competencial se resolvió a favor de una tercera entidad federativa, que ni siquiera fue llamada al proceso competencial, y que ni siquiera manifestó interés por el asunto y por la que el actor y demandado (al parecer) ni siquiera habían pensado.

No hay que olvidar que “obrar con plenitud de jurisdicción” (la expresión empleada por la SCJN) significa que la autoridad superior se sustituye a la inferior en sus decisiones, por ejemplo, que no es necesario exigir expresión de agravios, ni tener que recurrir al reenvío, pues puede resolver por sí sola, esto es, con poder absoluto. En el caso concreto resuelto, la SCJN fue más allá, pues las facultades con las que dijo haber obrado, no solo fueron de decisión, sino tan amplias como cualquier facultad omnímoda que carece de límite alguno y al amparo de su solo albedrío. Al menos, la secuencia de razones que expresó la SCJN no las encuentro fundadas ni justificadas.

38 Tercera Sala, SJF, 8a época, p. 47, Competencia 212/91, 2 de marzo de 1992, registro: 206673.

LA LEGISLACIÓN MINERA EN EL ESTADO DE MÉXICO 1824-1883: ENTRE LO DESEABLE, LA COYUNTURA Y LO POSIBLE

Por MARIO A. TÉLLEZ G.¹

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo analizar las condiciones en las que intentó desarrollarse la actividad minera en el Estado de México en el período de 1824 a 1883, y para ello se ofrece un panorama previo, en el último tramo de la Colonia, que permitirá entender cómo cambiaron esas condiciones entre un momento y otro.

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES. LAS HERENCIAS DEL MUNDO COLONIAL Y LA MINERÍA MEXICANA DEL SIGLO XIX. 2. LA LUCHA POR LA INDEPENDENCIA Y LAS PRIMERAS DÉCADAS DE GOBIERNOS NACIONALES. 3. LA ACTIVIDAD MINERA EN EL ESTADO DE MÉXICO. 4. COMENTARIOS FINALES.

A mediados de los años setenta aparecieron destacadas investigaciones sobre la actividad minera en México y eso generó a la postre una importante y cuantiosa bibliografía sobre la materia. En 1996, publiqué *La legislación minera en el Estado de México 1824-1883*. A poco más de dos décadas de que viera la luz este texto podría decirse que una de sus aportaciones fue avanzar sobre la necesidad de reflexionar desde la historia del derecho en el ámbito local.² En ese entonces la historia minera del Estado de México era una vertiente sobre la que todavía se discutía poco y sobre la historia del derecho local, la cual apenas contaba con unos pocos cultivadores. Hoy, a nivel local parece que el interés ha decaído tanto en el estudio de la actividad minera como de la historia del derecho. Una circunstancia por completo distinta sucede a nivel nacional por cuanto a esta última, en donde se ha multiplicado el trabajo de varios y destacados historiadores y juristas.

Tal vez, la otra aportación más destacada y que no fue suficientemente explicada en el propio texto, fue evidenciar que a pesar de la existencia de minerales preciosos y de las necesidades económicas urgentes que había no se dieron las condiciones institucionales idóneas para lograr extraerlos. Las luchas intestinas entre las distintas facciones impidieron que los capitales invertidos en los primeros años independientes pudieran

1 Profesor investigador en UAM Cuajimalpa.

2 Véase Arenal, 1991, pp. 145-149.

ser rentables. Los gobiernos que se sucedieron en el tiempo, de distinta tendencia política, intentaron generar incentivos para la actividad pero todos fracasaron. La falta de trabajadores, que lejos de incorporarse a las actividades productivas se sumaron a la lucha armada, y la falta de recursos públicos impidieron que se prolongaran las políticas fiscales de apoyo o, peor aún, que los mismos gobiernos los revirtieran grabando distintos productos relacionados con la actividad o que requisaran metales para financiarse y la falta de funcionamiento del sistema de administración de justicia fueron algunos de los principales obstáculos.

La legislación minera aspiró, en un primer acercamiento, conocer cuál fue el régimen jurídico que aplicaron o intentaron aplicar los distintos gobiernos locales, corridos desde la primera república federal hasta 1883, cuando la entidad perdió definitivamente sus facultades para legislar sobre la actividad.

Bajo esta perspectiva es que la legislación local se constituyó en una buena posibilidad explicativa de lo que sucedía en la actividad minera local del siglo XIX.

1. ANTECEDENTES. LAS HERENCIAS DEL MUNDO COLONIAL Y LA MINERÍA MEXICANA DEL SIGLO XIX

Desde los primeros años de la conquista empezaron a definirse las principales características de lo que ahora podría llamarse el complejo mundo minero mexicano, cuya producción de metales se redujo principalmente al oro y a la plata; actividad que tuvo como principales elementos distintivos los siguientes:³

Casi todo el metal que se producía era acuñado y exportado a España para luego transitar a los mercados europeos y asiáticos a cambio de una gran variedad de productos necesarios para el consumo interno, principalmente, de la metrópoli y, luego, de las colonias.

Respecto a los métodos de explotación, la actividad minera en la Nueva España fue incapaz de generar cambios tecnológicos importantes que permitieran optimizar el proceso productivo. Se conservó la convivencia en los reales mineros de dos clases de trabajadores, unos que alquilaban voluntariamente su fuerza de trabajo a cambio de una retribución y otros que eran obligados por la autoridad a prestar sus servicios con pagos regulados.⁴

En relación con la parte financiera, la actividad se caracterizó fundamentalmente por un permanente estado de inseguridad de los capitales de inversión; las “grandes bo-

3 Modesto Bargalló en su clásico trabajo *La memoria y la metalurgia en la América española durante la época colonial*. Citado en Randall, 1997, p.32-36

4 Según algunas estimaciones, los trabajadores forzados siempre resultaron insuficientes para sostener por sí mismos la actividad minera, aunque sí contribuyeron para paliar los grandes vaivenes productivos. Véase Velasco, 1986, pp.281-282; 1987, pp.109-111.

nanzas y borrascas”, como las llamó Ann Staples,⁵ eran una constante. Y en la última parte del siglo XVIII se agregó la inestabilidad social y política; elemento que acompañó a la actividad por lo menos tres cuartas partes de la siguiente centuria. En todo el periodo colonial también quedó establecido, de acuerdo con el regalismo dominante, que las minas permanecerían incorporadas al real patrimonio y el rey estaba facultado para recobrarlas y adjudicarlas de nuevo;⁶ elemento que, guardando las proporciones, fue incorporado como un elemento constitutivo del Estado Mexicano.

La política minera de los Borbones se centró en poner en práctica cambios que determinaron el *boom* productivo de finales del siglo XVIII y principios del siguiente, pero no mediante el mejoramiento de los procesos de explotación y beneficio sino de un decidido apoyo de la corona para otorgar canonjías y privilegios a los empresarios; prerrogativas que al final fueron en buena medida las que permitieron su desarrollo. Sobre este particular, cabe mencionar el monopolio que ejerció el rey en el suministro de mercurio y que fue un elemento fundamental para todo el periodo colonial. Hacia la segunda mitad del siglo XVIII, como parte de esas canonjías redujo su precio en poco más de 50% y liberó su comercialización, hecho que indudablemente influyó en el auge productivo de esos años.

Las famosas reformas borbónicas, dentro de las cuales se explican todas las acciones para incentivar al sector minero, se constituyeron en un ambicioso plan de la corona para recuperar el poder político que la metrópoli había perdido en sus dominios y también, por supuesto, destinado a la obtención de mayores beneficios económicos; significaron, dice Brading, una reconquista.⁷

Además, como parte del apoyo de la Corona, se publicaron las importantes *Ordenanzas de Minería de 1783* que fundamentaron la creación del Tribunal, del Banco y del Colegio de Minería.

Este importante cuerpo legislativo constituyó un hito en la historia jurídica de la actividad en la medida en la que recogieron, reformaron y sintetizaron la confusa legislación expedida a lo largo del periodo colonial en un solo cuerpo legal.⁸ Su importancia fue tal que después de la Independencia y, por lo menos en términos generales hasta 1884, siguieron siendo el marco institucional de referencia de la actividad minera del país. Más aun, desde nuestro punto de vista, constituye jurídicamente la primera gran aportación del pensamiento español a la codificación racionalista de la época; aun cuando Ma. Del Refugio González, estudiosa tanto de la codificación mexicana como de las propias ordenanzas no se haya pronunciado sobre este particular.

5 *Ídem*, 1994

6 Becerra González, 1967, p.17. González, 1980, p. 792; *ídem*, 1984(a), p.61.

7 Brading, 1985, p. 53.

8 Para una extensa explicación del contexto en el que se expidieron las ordenanzas, véase Moreno, 1984.

Las Ordenanzas de Minería, al sentar las bases para la constitución del Tribunal General de Minería, reconocieron a los empresarios mineros la posibilidad de constituirse en una entidad corporativa perfectamente estructurada con su propia jurisdicción para “conocer, proceder, juzgar y sentenciar”. Esta novedosa situación trajo como consecuencia la agilización de los procesos judiciales en el ramo que con anterioridad causaban serios retrasos a la producción; lo asuntos tenían que ser solucionados de manera verbal mientras no rebasaran una cuantía de 200 pesos.⁹ Las Ordenanzas también señalaron las autoridades con las que debía contar el Tribunal, los derechos y obligaciones a los que estaban comprometidos los integrantes del cuerpo, los procedimientos para regular el denuncia, apropiación, delimitación y explotación de las minas y de las haciendas de beneficio. El Tribunal de Minería fue probablemente la institución, de las tres que se erigieron, la que más impacto dejó en la actividad de esos años. Su mayor aporte fue proporcionar confianza y certidumbre a los inversionistas. Respecto a la jurisdicción contenciosa, quizá el mayor acierto de las Ordenanzas, fue hacer expedita la administración de justicia al facultar a las diputaciones para que resolvieran en sus respectivos distritos los asuntos jurisdiccionales en primera instancia.¹⁰ La apelación y la segunda suplicación se hacían frente a la Audiencia y al Consejo de Indias respectivamente pero suponían un incremento sustancial de los montos en disputa y para conflictos mayores.¹¹

Así, es en estas condiciones institucionales que la actividad minera llegó a finales de la época colonial.

2. LA LUCHA POR LA INDEPENDENCIA Y LAS PRIMERAS DÉCADAS DE GOBIERNOS NACIONALES

En términos generales, la lucha armada de 1810 provocó severos daños a la producción de metales por la desarticulación del complejo sistema comercial y financiero en el que se sustentaba. La suspensión de labores en muchos de los centros mineros más importantes, producto de la guerra civil, provocó que se dejara de desaguar las minas y muchas de ellas se inundaron o se destruyeron. Las haciendas de beneficio sufrieron la misma suerte. La mano de obra desocupada pasó a engrosar en muchos casos las filas rebeldes, del ejército realista o se convirtieron en asaltantes y malhechores comunes. El deterioro y la inseguridad de los caminos comerciales impidieron el suficiente y oportuno suministro de los insumos que se consumían de manera cotidiana en los reales mineros, así como el envío de los metales que se producían para su acuñación en la Casa de Moneda. En especial el azogue y la pólvora resintieron estos cambios. Los comerciantes, por su parte, aprovecharon esta caótica solución para especular e incrementar el precio de sus productos. Diversos inversionistas retiraron sus capitales

9 Véase, Téllez, tomo IV, *Compilación de Decretos*, 2006 en donde se reproducen dichas ordenanzas.

10 Título III de las ordenanzas de minería de 1783, tomo IV, *Compilación de Decretos*, 2006.

11 *Ídem*.

de la actividad y otros más se dedicaron en muchos casos a beneficiar los minerales de baja ley acumulados y olvidados afuera de las minas y haciendas durante los tiempos de esplendor.

En términos absolutos la producción de metales disminuyó sustancialmente en comparación a las décadas precedentes. Entre 1809 y 1815 la acuñación de moneda pasó de 26 millones a 8,500 millones de pesos;¹² una caída de casi el 70% de la producción. Y, por el otro lado, la necesidad de dinero para financiar los gastos bélicos obligaban a la imposición de préstamos e impuestos de guerra como el llamado impuesto del “convoy” (0.5 % de los metales que transportarán) y otros más determinados de manera arbitraria por las partes del conflicto.¹³ Todo lo cual trajo como consecuencia el repunte del contrabando de metales.

Iniciado el primer gobierno republicano y desarticulado en buena medida el sistema que décadas atrás le había permitido llegar a niveles de gran producción, la actividad minera tuvo que sortear toda clase de obstáculos, aun cuando los distintos gobiernos intentaron conservarle algunos privilegios del pasado.¹⁴ El gobierno nacional reconoció los apoyos que en el régimen anterior le habían posibilitado momentos de auge económico e intentó proporcionarle otros como reducir a un 3% el cobro de impuestos sobre el valor total de los metales y a dos reales los costos de acuñación. Más tarde, en la medida en que no había un número destacado de empresarios y capital dispuesto para ser invertido, el gobierno decretó una ley que autorizó ingresar al país capitales extranjeros para que fueran empleados en la actividad.¹⁵

Por otra parte, con la promulgación de la Constitución de 1824 los grupos de corte liberal ganaron la primera batalla política, no reconocieron los fueros y jurisdicciones corporativas; en la misma línea que la propia Constitución de Cádiz de 1812 ya lo había trazado. Esta decisión significó para los empresarios mineros la supresión de todas las facultades del Tribunal de Minería para administrar la justicia en el ramo, la cual pasó a ser potestad de los tribunales de fuero común. Estas modificaciones, sumadas a la inestabilidad política que afectó la actividad de los tribunales, propició que la solución de los litigios se volvería excesivamente lenta y, en muchos casos, inoperante.¹⁶

12 Véase apéndice 8 en Pérez Herrero, 1998, pp.317-320.

13 Marichal, 1994, p.106.

14 Coatsworth, 1990, p.150.

15 Sobre los resultados de la inversión inglesa Henry G. Ward, primer encargado de negocios del gobierno británico en México, expresó en 1825 “no se tomaron en cuenta los efectos morales y físicos de catorce años de guerra civil, la dispersión de la porción más valiosa de los trabajadores mineros, el deterioro de los bienes raíces, la dispersión del ganado, y la dificultad de reorganizar una rama de la industria como la minería, tan extensa en sus bifurcaciones y a la vez tan dependiente de otras ramas sin conexión inmediata con las minas en sí, y, en consecuencia, fuera del control de sus directores”, Ward, 1981, p.357.

16 González, 1984, pp.251-252.

Las Ordenanzas de Minería de 1783 fueron integradas, como dice Refugio González, en estricta legalidad al cuerpo de leyes de la nueva República, en una especie de “re-
cepción” del derecho colonial. No fueron derogadas de manera expresa sino hasta la penúltima década del siglo XIX con la promulgación del primer Código de Minas de 1884 y pasaron a ser parte del marco jurídico de referencia de innumerables disposiciones del ramo que se fueron creando con los años. No obstante, muchos de esos ordenamientos, contrarios a su intención, complicaron el marco legislativo de la actividad.

Hacia mediados de siglo los llamados centralistas o conservadores, sin resultados de largo alcance, en más de una ocasión intentaron restituir a los empresarios mineros sus facultades jurisdiccionales bajo el mismo esquema planteado en la Colonia.

Al doblar la segunda mitad del siglo XIX, y a lo largo de casi dos décadas más, las políticas mineras continuaron siendo efímeras, no pocas veces ambiguas y en más de una ocasión solo pudieron beneficiar de forma coyuntural a la actividad. Pero a pesar de ello, los empresarios, según su importancia y sus influencias, habían aprendido a negociar con los poderes políticos regionales ciertas prebendas de orden legal y extralegal que les permitieron continuar con su labor. Así, en la mayor parte del siglo concurren las contradicciones y continuidades del final del régimen colonial que de distintas formas se prolongó en el tiempo y el comienzo del federal que tardó mucho tiempo en imponerse en contra del centralismo.

3. LA ACTIVIDAD MINERA EN EL ESTADO DE MÉXICO

La entidad se formó al término de la lucha por la independencia en los límites que englobaron durante la Colonia la Intendencia de México y que abarcaba buena parte del centro del país.¹⁷ Esta compleja situación geográfica y social al momento de su formación le auguraba disponer de valiosos recursos humanos y naturales. Por cuanto a los recursos minerales existían antecedentes históricos promisorios en distintas regiones. Sin embargo, la desarticulación institucional provocada por la guerra y el cambio de régimen provocó que los grupos de poder regionales recién formados se fortalecieran y vinieran a cooptar los vacíos dejados por las autoridades generales y por los grupos tradicionales.¹⁸ Fenómeno que había comenzado cuando la Constitución de Cádiz permitió que las ciudades y poblaciones con más de mil habitantes que se constituyeran en ayuntamientos.¹⁹ Esta circunstancia prolongada en el tiempo y sumados los resquemores que tenían otras entidades, le significaría a la entidad ir perdiendo significativos

17 Rosenzweig, *et al.*, 1997, pp.194-195. Gerald McGowan señala con más precisión que la extensión del estado era de 107, 619 km² y contaba con una población de 930 000 habitantes, *idem*, 1991, p.11.

18 San Juan Victoria, *et al.*, 1984, pp.66-68.

19 Jaime Rodríguez dice textualmente: “De un modo que todavía no comprendemos, el poder político paso del centro a las localidades”, Rodríguez, 1991, p.510.

espacios de territorio, como sucedió con Hidalgo primero, a donde se ubicaban importantes zonas mineras, y más tarde Guerrero.

En esos primeros años independientes se registró la llegada de capitalistas británicos aglutinados en las empresas Real del Monte Company, Tlapujahua Company, Anglo Mexicana Company en regiones como Zimapan, Real del Monte, Mineral del Oro y El Cardonal. Así, era de esperarse para los analistas de la época que en la medida en que se lograra establecer por completo la calma en el país, surtieran efecto las leyes que se habían promulgado sobre la reducción de impuestos. Pero esa pretendida tranquilidad no sucedió y solo unas pocas empresas generaron las ganancias esperadas.²⁰

Habría que esperar a que transcurriera más allá de la mitad del siglo XIX y que terminaran los años de mayor inestabilidad nacional para que comenzaran a externarse en los registros oficiales las primeras señales de un leve optimismo sobre la recuperación de la actividad.

Es posible señalar que en las primeras décadas del siglo XIX los gobiernos del Estado no tuvieron suficiente claridad de la situación en la que se encontraba la actividad. Podría decirse que en el Estado se pasó del optimismo y de la reconstrucción de la planta productiva a la incertidumbre y a una lenta recuperación de los niveles de producción hacia el final del periodo. Por supuesto que esa tardía recuperación supuso ciertos períodos de retroceso y otros apenas de sobrevivencia.

3.1. La política fiscal

En el caso de la actividad minera nacional y su régimen fiscal, uno de los ordenamientos más importantes que se expidieron en la segunda década del siglo XIX, fue el decreto promulgado por las Cortes de Cádiz del 8 de junio de 1821 y reconocido en noviembre siguiente por el gobierno mexicano. Esta última disposición marcaría la pauta en gran parte de la centuria sobre diversos impuestos cobrados a los metales; y pretendió resolver de manera integral la mayoría de los problemas a los que se enfrentaba la actividad. En esencia, estableció el cobro de 3% a la cantidad de oro y plata que se produjera, 2 reales por marco acuñado, derecho de apartado, feble, real de minería, derecho de circulación y de exportación. El primero de esos gravámenes fue el que se conservó por más tiempo, el resto, variaron sus montos y características a lo largo del siglo.²¹

El régimen tributario aplicado a la minería en el Estado de México tomó la misma dirección pero mantuvo una constante fricción con la federación por la titularidad de

20 Para conocer un caso excepcional de una negociación minera en el Estado de México del siglo XIX, véase los artículos de Brígida Von Mentz y Beatriz Sharer donde estudia el caso de la familia Stein en la región de Sultepec, Mentz, *et al.*, 1982.

21 Velasco, *et al.*, 1988, p.150; González, 1980, p.807.

esos cobros; la característica común para los gobiernos de todas tendencias en ese largo período fue la astringencia económica. Aunque es cierto que la controversia sobre los impuestos derivados de la actividad fue generalizada, las necesidades presupuestales de los distintos gobiernos generó siempre muchas expectativas sobre esta actividad.

Al final del primer periodo federal se observa que el Congreso Nacional nunca decidió de forma definitiva la controversia en torno a qué instancia gubernamental debería cobrar los impuestos a la producción y a la circulación, y esa falta de certidumbre se prolongó por varias décadas. Por la información que aparece en las memorias estatales se sabe que ambas instancias se repartieron el caudal generado de la producción mientras que el de la circulación fue ejercido plenamente por el Estado a través de las tesorerías de rescate.²² En períodos posteriores en la entidad, a fin de estimular la actividad, los gobiernos intentaron reducir los gravámenes; aunque con escasos resultados. La situación cambiaría hasta 1884 con la expedición del código federal minero; período en el que la federación recuperó la rectoría de la economía nacional y, por consecuencia, de la actividad minera.

Por su parte, la transportación de mercancías en el interior del país conservó muchos de los elementos que la caracterizaron en la época colonial. La introducción de los ferrocarriles, que sería hasta la década de los setenta, logró una enorme articulación y ampliación del mercado interno a lo largo y ancho del territorio. Pero mientras eso no sucedió, el traslado de los productos tuvo como principal medio de movilidad al sistema de recuas de mulas.²³ El entorno fiscal de la circulación fue muy difícil ya que estuvo determinado por disposiciones de carácter nacional y estatal, por frecuentes cambios en el monto de las tarifas que tenían que cubrir, por las complejas formas de recaudación y por las diversas prácticas de corrupción como evasión, exportación e importación fraudulentas.²⁴

El sistema arancelario que imperó en la mayoría del siglo fue recaudador y se manifestó por medio de la imposición de gravámenes a una gran cantidad de productos; derechos que en ciertos casos se constituyeron como los únicos ingresos seguros con los que presupuestos federales y locales podían contar para satisfacer sus necesidades de gobierno. En este sentido y por las características propias del proceso productivo de metales la cantidad de productos nacionales y extranjeros que se consumían en los reales mineros era cuantiosa.²⁵

22 Marichal, *et al.*, 1994(a), pp.27 y ss.

23 Par mediados del siglo, por ejemplo, no existía todavía una vía entre Temascaltepec y Toluca. Seguramente la transportación de mercancías y productos se tenía que realizar por veredas y estrechos caminos, “muy peligrosos por los peñascos, desfiladeros y ríos que los embarazaban y atraviesan”; Staples, 1994, p.171-172. Incluso la primera todavía en la primera década XX, los caminos de herradura no existían en Zacualpan y Sultepec; y entre Temascaltepec y Real de Arriba solo los había peatonales.

24 Herrera, 1984, pp.193-194.

25 Brígida Von Mentz señala que uno de los principales gastos que tenían que realizarse en la actividad minera era precisamente en insumos; Mentz, *et al.*, 1982, p.187.

Para el Estado de México 1827 fue un año importante en esta materia. En poco menos de seis meses el gobierno de la entidad expidió dos decretos que de forma directa o indirecta beneficiaron a los productos que eran consumidos en la actividad. Lamentablemente no resultaron suficientes ni duraderos y, por ello, productores y beneficiadores de minerales acudieron de forma individualizada al gobierno estatal. Se ha señalado que en gran parte del siglo XIX este tipo de acciones fue constante.²⁶

Al mismo tiempo el gobierno local intentó aplicar otras medidas de fomento, prueba de ello es que se eximió en 1829 del derecho de alcabala a la venta de minas “pertenecientes al estado”, al establecimiento de minas de azogue, etc. También decidió poner en práctica una política de apoyo a la actividad minera por medio de la compra directa de metal a los productores y la acuñación de moneda.²⁷ La retracción del capital y la disminución de quienes se dedicaban al negocio del crédito minero animó al gobierno local a intentar algunas acciones concretas. Así, decidió crear una Casa de Moneda local y las tesorerías de rescate. Esta decisión también estuvo influida por la adjudicación del gobierno federal de la Casa de Moneda que existía en la ciudad de México y que formó parte de un serio conflicto entre el Estado y el gobierno nacional por la apropiación de la capital del país y de todo lo que allí estuviera por parte de este último. Las tesorerías de rescate comprarían con recursos públicos los metales directamente a los productores; fueron pensadas como una especie de banco refaccionario. Se pensó con ello favorecer principalmente a los medianos y pequeños empresarios, de tal suerte que no tuvieran que esperar mucho tiempo para reinvertir en sus negociaciones mientras enviaban sus metales hasta la Casa de Moneda y esperaban a que se los reintegraran acuñados. Además, las tesorerías de rescate, tenían la importante encomienda de recaudar los impuestos mineros.

El ciclo financiero que se esperaba alcanzar con la buena marcha de esas instituciones se convertiría en una fuente de financiamiento para los empresarios, para el presupuesto público y, en general, para toda la economía del estado. Este ciclo financiero debía cubrir a grandes rasgos dos pasos. Por un lado, el intercambio “casi inmediato” de metal por numerario en las tesorerías, y por otro, el traslado de metal a la Casa de Moneda estatal para su acuñación y regreso de nuevo a las tesorerías para reiniciar el ciclo. Y al paso del tiempo se iría liberando capital a distintas actividades hasta permear al total de la economía local. Al tiempo de corregirse poco a poco también la carencia crónica de circulante de la que tanto se había padecido siempre.²⁸

26 Es importante destacar que en este lapso temporal analizado se registraron muy pocas peticiones de exención. De este fenómeno se podría inferir dos posibilidades: que el régimen hacendario no fuera tan opresivo como para generar numerosas protestas o que las instituciones recaudadoras no tuvieran la suficiente autoridad para hacerlo efectivo y los particulares podían evadirlo con facilidad.

27 Potash, 1986, pp.31-56; Hale, 1987, pp.255-297.

28 Macune, 1878. Así mismo, véase Marichal, 1994, pp.101-127 para una explicación global de las contradicciones entre el Estado y la federación por la potestad para cobrar los impuestos recaudados en la ciudad de México así como de la fiscalidad en la entidad.

Al inicio se tomó la determinación de concesionar la Casa de Moneda a un particular pero las propuestas para obtenerla, contrario a las pretensiones del gobierno, no llegaron. Sin embargo, cancelar el proyecto le habría significado credibilidad, por un lado, y en su proyección al futuro, un alto costo económico. Al final, el gobierno se tuvo que decantar por la creación de la Casa de Moneda con recursos públicos, y ubicarla en la llamada finca “La Cadena”, propiedad del entonces gobernador Lorenzo de Zabala, para ser inaugurada en febrero de 1828.

Frente a esos malos y sospechosos augurios los resultados no se hicieron esperar. La apertura, lejos de solucionar nada, provocó problemas al interior del estado y también fuera de él. Las primeras acciones de las autoridades locales se encaminaron a negociar con el gobierno nacional que se le proporcionaran los útiles, herramientas y maquinas necesarias. Esta habilitación nunca llegó a completarse y meses después, antes de su clausura, todavía seguía sin concluirse el acondicionamiento el inmueble. Para 1829 la situación de la negociación no iba mejor y, por ello, el gobierno tomó la decisión de cerrarla definitivamente en mayo de 1830.

El éxito de la Casa de Moneda siempre estuvo asociado en buena medida a la obtención de resultados en las tesorerías de rescate. Fueron establecidas por el mismo decreto que en 1825 creó la Casa de Moneda en Pachuca, Zimapán, Taxco y Temascaltepec. Pero el gobierno del Estado, en vez de cumplir con su obligación de recibir el metal, cobrar los impuestos que por ley le pertenecían, amonedar y devolver el metálico respectivo, dispuso del caudal para sufragar alguna de las carencias de su presupuesto. Más allá del costo económico, la consecuencia más grave fue la falta de credibilidad -todo lo contrario a lo que se quería cuando se decidió su establecimiento- y se tradujo casi de inmediato en la disminución de las introducciones de metales a las tesorerías, las cuales también fueron cerradas en 1830.

Después de esos primeros años de entusiasmo y apoyo de los gobiernos estatales, en lo sucesivo, la política fiscal se limitó, como ya se dijo, a gravar la extracción de metales y de forma errática a subir y bajar otros impuestos así como de los insumos que demandaba la actividad dependiendo de lo acuciante que fueran las necesidades presupuestales.

3.2. La administración de justicia

La Constitución federal de 1824 reconoció tanto para la formación del gobierno general como para la particular de los estados a la división tripartita de poderes. Respecto al poder judicial y al sistema de administración de justicia se hicieron modificaciones muy importantes. Una de las más destacadas era la que se refería a la desaparición de todos los fueros especiales, a excepción del eclesiástico y militar, que hasta esa fecha existieran. Por ello, debería entenderse que el Tribunal de Minería, institución novohispana encargada de dirimir las divergencias en la materia, debía cesar todas sus atribuciones y serían los juzgados ordinarios quienes se encargarían a partir de ese

momento de ventilar las diferencias surgidas al interior del gremio. De esa manera fue como los empresarios del ramo perdieron una de las facultades heredadas de las reformas borbónicas que más beneficios había reportado.

El gobierno federal expidió en mayo de 1826, una ley reglamentaria que derogó en forma expresa todas sus facultades jurisdiccionales, gubernativas, económicas y directivas de ese Tribunal y en su lugar creó el denominado “Establecimiento de Minería”, entidad que durante los años que estuvo en operación se dedicó más bien a actividades administrativas del Fondo Dotal y del Colegio de Minería. Como consecuencia de esa reforma, a las diputaciones de minería que pertenecían a la estructura orgánica del Tribunal y se habían convertido en símbolos de poder regional del gremio también les fueron derogadas todas sus prerrogativas en el ámbito jurisdiccional. Así fue como estas instituciones quedaron condenadas a cumplir solo funciones administrativas.²⁹

Por su parte, el Estado de México en su Constitución de 1827 actuó en términos generales en la misma línea -no podía ser distinto- y se ajustó a lo establecido a nivel federal.³⁰ Este año se publicó un decreto que tenía por objeto “arreglar provisionalmente el ramo de la minería”. En esa ley se determinó que lo económico y gubernativo del ramo quedaría a cargo del gobernador y que las diputaciones de minería localizadas en el territorio estatal serían las encargadas de desempeñar, con entera sujeción al gobierno, las facultades económicas de antaño.

En cuanto a la cuestión contenciosa, el decreto de 1826 determinó que la primera, segunda y tercera instancias en los asuntos de minas serían del conocimiento de los jueces de letras -oyendo dictamen de la diputación respectiva-, de los jueces de apelación (jueces de distrito) y del tribunal de tercera instancia (Tribunal Superior de Justicia) respectivamente -ambos oyendo el dictamen de las personas que nombraran las partes-.³¹ Lo que no podía prevenir este decreto es que la forma de organización de los juzgados locales allí señalada era en esos momentos un proyecto que no terminó como se preveía y, en consecuencia, la administración de justicia en lo general y la particular del ámbito minero tampoco. La incertidumbre y la improvisación fueron también la pauta en materia jurisdiccional.

Desde antes de la supresión del Tribunal de Minería, en 1825, ya se discutía en el Estado de México el vacío jurídico e institucional que su desaparición provocaría. El Congreso de la entidad debatió sobre los alcances de las facultades que debían tener las diputaciones territoriales de minas al integrarse al régimen federal y, por el otro, quería precisar el funcionamiento de los juzgados ordinarios para administrar justicia en la materia. Al término del debate, la opinión que prevaleció fue la de reducir al máximo la posibilidad de que volvieran a tener el poder e influjo que

29 González, 1980, pp.807-808.

30 Constitución Política del Estado de México de 1827.

31 Téllez, 2006; Randall, 1977, pp.199-200.

una vez alcanzaron. Sólo se les reconoció el ejercicio de las facultades económicas pero como ya se dijo, “con entera sujeción” al gobierno. Este mismo año se decretó que dichas facultades consistían en que las diputaciones recibirían los denuncios y adjudicarían las posiciones de minas o haciendas solo en calidad de instancias intermedias de la administración; como oficinas de enlace entre los empresarios y el gobierno al que estaban “sujetas”. En cuanto a la jurisdicción contenciosa quedaron solo como órganos consultores en la primera instancia, subordinadas a la autoridad del fuero ordinario, y sin injerencia en la primera y segunda instancias. El hecho de que fueran jueces legos los encargados de administrar justicia y que no tuvieran la obligación jurídica, por lo menos hasta 1841 de fundamentar sus sentencias, sumado a la inestabilidad política que imperaba en esos años, trajo como consecuencia que los juicios se prolongaran indefinidamente y que la corrupción favoreciera –como casi siempre– a los más adinerados e influyentes.³²

A pesar de estas reformas, la permanencia de las diputaciones siguió considerándose importante por décadas. Sin embargo, no es difícil suponer que por las dificultades que atravesó la actividad, dichas diputaciones tuvieran problemas para funcionar. De otra forma, no se entiende que en 1831 el Congreso emitiera un decreto en donde el gobernador, con base en sus derechos para ejercer “lo gubernativo y económico del ramo”, mandara establecer las diputaciones territoriales de minas en todos los reales que reunieran los elementos necesarios de acuerdo a lo estipulado por las Ordenanzas y dentro de los límites marcados precisamente por la ley de 1826. En los años siguientes, en condiciones que hasta ahora se desconocen, continuaron su existencia hasta 1875 que finalmente se optó en la entidad desaparecerlas definitivamente. Se determinó que fueran los jueces de primera instancia quienes resolverían, además de los asuntos jurisdiccionales, lo referente a los denuncios, adjudicaciones y posesiones de minas. Los juicios serían resueltos por la vía sumaria donde solo cabría la posibilidad de una apelación como segunda y última instancia ante el Tribunal Superior de Justicia y en la que por ningún motivo podía demorarse la solución definitiva del caso; y con la finalidad de paliar el desconocimiento de los jueces ordinarios en la materia, antes de emitir su fallo, debían oír informes de peritos especializados.

Podría decirse que la intensión de todas las reformas fue alcanzar la rápida y efectiva acción de la justicia, pero sobretodo, se pretendió terminar de una vez por todas con la influencia corporativa y del Antiguo de Régimen que habían detentado las diputaciones a lo largo de su existencia y, por ende, con la de los grupos de empresarios regionales que de manera tradicional las habían presidido. La realidad es que los órganos de la administración de justicia también tuvieron serios problemas para instalarse y funcionar como se esperaba, con las consecuencias que ello representó para la actividad y para el resto de la sociedad.

32 Velasco, *et al*, 1988, p.347.

Finalmente, para 1884, con la promulgación del Código de Minas, el gobierno federal retomó el control de la actividad y muy pronto se darían las condiciones que permitirían un nuevo auge de la actividad a nivel nacional.

4. COMENTARIOS FINALES

Es incuestionable que en la segunda mitad del siglo XVIII la Corona española, a través de las reformas borbónicas, creó las condiciones necesarias para permitir el resurgimiento de la actividad minera, de la plata y el oro principalmente. Las Ordenanzas de Minería de 1783 representaron en buena medida el logro más acabado de esas reformas en la materia, allí quedaron reflejadas entre otras cosas la política económica (fisco y comercio), las instituciones jurídicas creadas (Colegio de Minería, diputaciones mineras y el Tribunal de Minería principalmente) y la política laboral que impulsaron el resurgimiento de la actividad.

El movimiento revolucionario de 1810 y las guerras intestinas posteriores significaron no sólo profundos daños para la actividad sino que las políticas de apoyo establecidas a finales del siglo XVIII pudieran prolongarse en el tiempo. Así, después de revisar lo que llamamos la “política fiscal” y la “administración de justicia” para el Estado de México podemos entender que las afectaciones más sobresalientes que sufrió la actividad fueron: 1ª. La destrucción de minas y haciendas productoras de metales; 2ª. El desplazamiento de la fuerza de trabajo hacia los grupos en lucha o a la delincuencia; 3ª. Un permanente estado de inseguridad; 4ª. La dislocación de los circuitos de abastecimiento y de tránsito de los metales o monedas; 5ª. Un alza de precios en los insumos; 6ª. El retiro de los inversionistas; 7ª. La quiebra del monopolio que los empresarios habían logrado sobre la actividad en su conjunto; 8ª. Una política fiscal errática; y, 9ª. La quiebra del control de la actividad minera ejercido por los propios empresarios mineros principalmente a través de las diputaciones de minería y del propio Tribunal del ramo, en donde la supresión de las jurisdicciones especiales y la imposibilidad de poner en funcionamiento a los tribunales ordinarios que sustituyeran a los tribunales extraordinarios para resolver las controversias en la materia terminaron por paralizar la actividad.

Sin embargo, con el antecedente de que la producción de metales se había incrementado exitosamente en las décadas previas, la actividad tenía que ser considerada como prioritaria en las expectativas de desarrollo nacional y local.

En estas condiciones no es difícil entender que la legislación minera en el estado de México, en la mayor parte del período, aun cuando intentó en distintos momentos impulsarla, tuviera una orientación fundamentalmente recaudatoria. De igual forma, en coincidencia con ella, la política económica no fue pensada como un proyecto para aplicarse a mediano y largo plazo si no apenas como soluciones parciales y fraguadas en la mayoría de los casos, en la inmediatez o en la improvisación. Las circunstancias de la época impidieron por completo que la acción legislativa se gestara a partir de

otras condicionantes. Por ello es que la actividad minera en el Estado de México para el período de estudio se debatió entre lo deseable, la coyuntura y lo posible.

FUENTES DE CONSULTA

Del Arenal, Jaime. "Derecho de juristas: un tema ignorado por la historiografía jurídica mexicana", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 15, núm. 15.

Becerra González, María. *Derecho minero de México*, México, Limusa-Wiley, 1963.

Brading, David. *Mineros y comerciantes en el México borbónico*, México, FCE, 1985.

Coatsworth, John. *Los orígenes del atraso. Nueve ensayos de historia económica de México en los siglos XVIII y XIX*, México, Alianza Editorial, 1990.

González, Ma. Del Refugio. "Panorama de la legislación minera en la Historia de México", *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm.12, 1980.

— *Introducción al derecho mexicano*, México, UNAM, 1981.

— "Legislación minera de los siglos XVI y XVII", *Minería Mexicana*, México, Comisión de Fomento Minero, 1984(a)

— "La reforma de 1793 a las Ordenanzas de la Nueva España", *Minería Mexicana*, México, Comisión de Fomento Minero, 1984(b)

Hale, Charles. *El liberalismo mexicano en la época de Mora*, México, Siglo XXI Editores, 1987.

Herrera, Inés. "La circulación: transporte y comercio", *Ciro Cardoso (coordinador), México en el siglo XIX (1821-1910). Historia económica y de la estructura social*, México, Nueva Imagen, 1984.

Macune, Charles Jr. *El Estado de México y la federación mexicana*, México, FCE, 1978.

Marichal, Carlos. "La hacienda pública del Estado de México desde la independencia hasta la república restaurada", *Carlos Marchal et al, El primer siglo de la hacienda pública del Estado de México 1824-1923. Historia de la hacienda pública del Estado de México*, tomo I, México, El Colegio Mexiquense, 1994.

McWogan, Gerald. *El Distrito Federal de dos leguas*, Toluca, El Colegio Mexiquense, 1991.

Mentz, Brígida von *et al. Los pioneros del imperialismo alemán en México*, México, Ed. de la Casa Chata, 1982.

Moreno de los Arcos, Roberto. "Las instituciones mineras del siglo XVIII", *Minería Mexicana*, México, Comisión de Fomento Minero, 1984.

Pérez Herrero, Pedro. *Plata y libranzas. La articulación comercial del México borbónico*, México, El Colegio de México, 1988.

- Potash, Robert. *El Banco de Avío de México. El fenómeno de la industria 1821-1846*, México FCE, 1986.
- Randall, Robert. *Real del Monte: una empresa minera británica en México*, México, FCE, 1977.
- Rodríguez, Jaime. “La Constitución de 1824 y la formación del Estado mexicano”, *Historia Mexicana*, XL, núm.3, 1991.
- Rosenzweig, Fernando. “La formación y el desarrollo del Estado de México”, *ídem, et al, Breve historia del Estado de México*, México, El Colegio Mexiquense, 1987.
- San Juan Victoria, Carlos y Salvador Velázquez R. “La formación del Estado y las políticas económicas (1821-1880)”, Ciro Cardoso (coordinador), *México en el siglo XIX (1821-1910). Historia económica y de la estructura social*, México, Nueva Imagen, 1984.
- Staples, Anne. *Bonanzas y borrascas mineras en el Estado de México, 1826-1876*, México, El Colegio Mexiquense, 1994.
- Téllez G., Mario A. *La legislación minera en el Estado de México 1824-1883*, México, El Colegio Mexiquense, 1996.
- Compilación de Decretos del Estado de México 1824-2005*, DVD, México, ITESM-UAM-LV Legislatura, 2006.
- Velasco, Cuauhtémoc. “Los trabajadores mineros de Nueva España, 1750-1810”, *La clase obrera en la historia de México. De la Colonia al Imperio*, tomo I, México, Siglo XXI-UNAM, 1986.
- “Política borbónica y minería en Nueva España 1766-1810”, *Historias*, núm.18, México, 1987.
- Velasco, Cuauhtémoc *et al. Estado y Minería en México (1767-1910)*, México, FCE, 1988
- Ward, Henry G. *México en 1827*, México, FCE, 1981.



CONCEJO INDÍGENA DE GOBIERNO: DERECHO INSURGENTE; CANDIDATURA INDÍGENA: USO ALTERNATIVO DEL DERECHO

Por JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL¹

RESUMEN: Desde una visión crítica del Derecho, utilizando las categorías del Derecho Alternativo y Derecho Insurgente, se analiza la participación como aspirante a la candidatura para la presidencia de México del Concejo Indígena de Gobierno, por medio de su vocera María de Jesús Patricio Martínez, en las elecciones de 2018.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LAS DECISIONES DEL CONGRESO NACIONAL INDÍGENA. 2. PRESUPUESTOS TEÓRICOS. 3. EL CONCEJO INDÍGENA DE GOBIERNO: DERECHO INSURGENTE. 4. LA CANDIDATURA A LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA: USO ALTERNATIVO DEL DERECHO. 5. LOGROS POLÍTICOS. PARA CONCLUIR.

INTRODUCCIÓN

Para cuando este artículo, incluido en el número 42 de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, de la Escuela Libre de Derecho, haga su aparición, ya habrán pasado varios meses de que el proceso electoral mexicano de 2018 concluyó. Aquí me quiero referir a un aspecto de ese proceso, en el que, por primera vez, se dio la posibilidad jurídica de la postulación de candidatos independientes para la presidencia de la República. En especial pretendo tratar de la muy interesante participación de la “vocera” del Concejo Indígena de Gobierno, María de Jesús Patricio Martínez, como aspirante a la candidatura a la presidencia de México. Aunque haya quedado sólo en aspiración y no apareciera en las boletas electorales, creo que es digno de destacarse aspectos jurídicos y políticos de esas acciones.

Lo que adelante expreso, forma parte de una investigación más amplia, auspiciada por la Universidad Autónoma de Aguascalientes, que trata de “Pluralismo Jurídico y Derecho Insurgente en América Latina: al amparo y al margen del Derecho Positivo”. Así que, desde la reflexión teórica del *derecho insurgente* –o *direito insurgente*,

1 Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

como acuñaron la locución los juristas brasileños–, y la del *uso alternativo del Derecho*, analizaré la decisión y la práctica del Congreso Nacional Indígena (CNI), de crear el Concejo Indígena de Gobierno (CIG) y de postular como aspirante a candidata a la presidencia de la República a una mujer, como su vocera, para las elecciones del 2018.

1. LAS DECISIONES DEL CONGRESO NACIONAL INDÍGENA

El Congreso Nacional Indígena se constituyó el 12 de octubre de 1996, como un espacio de los pueblos originarios para la reflexión y solidaridad en sus luchas de resistencia.

Para conmemorar el vigésimo año de vida, se celebró en el Centro Indígena de Capacitación Integral –Universidad de la Tierra (CIDECI-UNITIERRA), Chiapas, la primera etapa del V Congreso Nacional Indígena, del 9 al 14 de octubre de 2016. Producto de esa reunión es el manifiesto de fecha 14 de octubre de 2016, suscrito por el Congreso Nacional Indígena y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), titulado “Que retiemble en sus centros la tierra”. En ese documento se denuncian una enorme cantidad de agresiones a pueblos y comunidades, a lo largo y ancho del País, producto de los megaproyectos energéticos y mineros, y otras acciones fruto del lucro del capital. Dicen lo siguiente:

Considerando que la ofensiva en contra de los pueblos no cesará sino que pretenden hacerla crecer hasta haber acabado con el último rastro de lo que somos como pueblo del campo y la ciudad, portadores de profundos descontentos que brotan también en nuevas, diversas y creativas formas de resistencias y de rebeldías es que este Quinto Congreso Nacional Indígena determinó iniciar una consulta en cada uno de nuestros pueblos para desmontar desde abajo el poder que arriba nos imponen y que nos ofrece un panorama de muerte, violencia, despojo y destrucción.

Ante todo lo anterior, nos declaramos en asamblea permanente y consultaremos en cada uno de nuestras geografías, territorios y rumbos el acuerdo de este Quinto CNI para nombrar un Concejo indígena de gobierno cuya palabra sea materializada por una mujer indígena, delegada del CNI como candidata independiente que contienda a nombre del Congreso Nacional Indígena y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional en el proceso electoral del año 2018 para la presidencia de este país.

Ratificamos que nuestra lucha no es por el poder, no lo buscamos; sino que llamaremos a los pueblos originarios y a la sociedad civil a organizarnos para detener esta destrucción, fortalecernos en nuestras resistencias y rebeldías, es decir en la defensa de la vida de cada persona, cada familia, colectivo, comunidad o barrio. De construir la paz y la justicia rehilándonos desde abajo, desde donde somos lo que somos.

Es el tiempo de la dignidad rebelde, de construir una nueva nación por y para todas y todos, de fortalecer el poder de abajo y a la izquierda anticapitalista, de que paguen los culpables por el dolor de los pueblos de este México multicolor.²

2 “Que retiemble en sus centros la tierra”, Manifiesto o declaración del Congreso Nacional Indígena y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, CIDECI-UNITIERRA, Chiapas, 14 de octubre de 2016.

Como fruto de la segunda etapa del V Congreso Nacional Indígena, que se celebró en los últimos días de 2016 y los primeros días de 2017, se emite una Declaración, suscrita en Oventik, Territorio Zapatista, Chiapas, el 1 de enero, en la que se dice que se emitieron acuerdos de asambleas comunales, ejidales, de colectivos, municipales, intermunicipales y regionales, “que una vez más nos llevan a entender y asumir con dignidad y rebeldía la situación por la que atraviesa nuestro país, nuestro mundo”, por lo que, “43 pueblos de este país”.

ACORDAMOS nombrar un Concejo Indígena de Gobierno con representantes hombres y mujeres de cada uno de los pueblos, tribus y naciones que lo integran. Y que este concejo se proponga gobernar este país. Y tendrá como voz a una mujer indígena del CNI, o sea que tenga sangre indígena y conozca su cultura. O sea que tiene como vocera a una mujer indígena del CNI que será candidata independiente a la presidencia de México en las elecciones del año 2018.³

El domingo 28 de mayo de 2017, en San Cristóbal de Las Casas, se celebró la asamblea constitutiva del Concejo Indígena de Gobierno (CIG) del CNI y fue designada como su vocera y aspirante a la candidatura independiente a la presidencia de la República, María de Jesús Patricio.⁴ Participaron 1252 representantes de pueblos y comunidades y 230 delegados zapatistas.⁵

María de Jesús Patricio Martínez es indígena nahua; nació en el Estado de Jalisco, el 23 de diciembre de 1963. Es médica tradicional y herbolaria.⁶ Marichuy, como es conocida, fundó y dirige la *Calli Tecolhocuateca Tochan*, la Casa de los Antepasados, ubicada en el centro de Tuxpan, Jalisco, que con una alianza con la Universidad de Guadalajara (U de G), apoya la medicina tradicional y la lengua nahua en el sur de Jalisco; ha recibido varios reconocimientos.⁷

El 7 de octubre de 2017, la aspirante a candidata entregó su documentación al Instituto Nacional Electoral, manifestando su intención de ser candidata a la Presidencia de la República, llamando a “organizar esos dolores y rabias” de los pueblos.⁸

¿Por qué digo que la creación del Concejo Indígena de Gobierno, constituye *derecho insurgente*?

¿Por qué sostengo que la aspiración y posible candidatura indígena a la presidencia de la República, se trata de *uso alternativo del Derecho*?

Para poder responder, recurramos a algunos temas de teoría crítica del Derecho.

3 Declaración del V Congreso Nacional Indígena “¡Y retembló informe desde el epicentro!”, Oventik, Territorio Zapatista, Chiapas, 1 de enero de 2017.

4 Cfr. *La Jornada*, 29 de mayo de 2017; *El Sol del Centro*, 29 de mayo de 2017.

5 Cfr. Gómez, Magdalena, “Concejo Indígena de Gobierno”, en *La Jornada*, 30 de mayo de 2017.

6 Cfr. Hernández Navarro, Luis, “María de Jesús Patricio, la vocera del CIG” en *La Jornada*, 30 de mayo de 2017.

7 Cfr. Nota de Partida, Juan Carlos G, “Marichuy, heredera de *Ramona*”, en *La Jornada*, 29 de mayo de 2017.

8 Cfr. Nota de Herrera Beltrán, Claudia. *La Jornada*, 8 de octubre de 2017.

2. PRESUPUESTOS TEÓRICOS

Para mejor entender la autonomía ejercida por diversas comunidades y pueblos indígenas, y responder las preguntas planteadas, voy a referirme brevemente a algunos presupuestos teóricos, a saber: el Pluralismo Jurídico; algunas ideas del jurista soviético Stuchka; y la teoría del *direito insurgente* (derecho insurgente), desarrollada por los juristas brasileños militantes, como Miguel Pressburger y Ricardo Prestes Pazello. Parte del desarrollo de estos presupuestos lo utilizamos en nuestra colaboración en el número 40 de la *Revista de Investigaciones Jurídicas*, cuando hablamos de los “Acuerdos de San Andrés, veinte años después: derecho insurgente”; sin embargo quien me haya leído entonces y haga el favor de leerme ahora, notará diferencias importantes.

2.1. Pluralismo Jurídico

La teoría del Pluralismo Jurídico, hace un rompimiento epistemológico con la teoría dogmática del derecho y el Estado, construida en la modernidad; parte de otra racionalidad, de otra comprensión del Derecho.

La concepción del Derecho en la modernidad es unívoca. El Derecho tiene un solo sentido, responde a una única realidad: el Derecho es la Ley. Así Ley es igual a Derecho; y Derecho es igual a Ley. Y la Ley tiene como fuente exclusiva de origen el Estado. Así que el Derecho está constituido por un conjunto de normas establecidas por el Estado para que rijan la sociedad, y se llama Ley.

Dice Paolo Grossi que, con el advenimiento de la concepción moderna del Derecho, el viejo pluralismo es sustituido por un rígido monismo; de tal modo que el “drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley en su identificación con la ley.”⁹ En otro lugar el historiador italiano escribe:

La visión del fenómeno jurídico tal como se nos aparece hoy en el ámbito del denominado Estado moderno de derecho es unilateral y reductiva, inspirada, a pesar de las premisas económicas y políticas de cuño liberal, en el más riguroso absolutismo jurídico. Monismo rígido en el ámbito de las fuentes, jerarquía de las fuentes como filiación consecuente y coherente, principio de estricta legalidad, certeza del derecho, son concepciones e instituciones que pueden incluso representar el mérito histórico del Estado de Derecho como sistema de garantías para el ciudadano en abstracto, pero ponen de manifiesto una construcción del ordenamiento que llueve desde lo alto sobre la urdimbre de la experiencia, que tiende a formalizarse y a cristalizarse, así como –inevitablemente– a separarse sin pausas del devenir de la sociedad, arriesgándose a ser identificado con el mensaje de los detentadores del poder.¹⁰

9 Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, p. 36.

10 Grossi, Paolo, *El Orden Jurídico Medieval*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996, p. 42.

El Pluralismo Jurídico no entiende el Derecho de manera unívoca; no tiene una concepción monista del Derecho. La fundamentación del Pluralismo Jurídico la encuentro al utilizar una racionalidad analógica: el Derecho es una realidad compleja que no se agota en la ley. El Derecho, ciertamente, es ley, conjunto de normas, pero no sólo es eso, constituye también derechos subjetivos, facultades de las personas y de los grupos sociales sobre lo suyo; y además, Derecho es las cosas y/o conductas debidas a los otros, esto es lo justo objetivo, como concretización de la justicia.¹¹ Por otro lado, no aceptamos que el Estado sea la única fuente de producción de lo jurídico. Los usos y costumbres; los principios generales del Derecho (concretizaciones de equidad); la realidad humana misma, naturaleza e historia; y la naturaleza de las cosas; producen juridicidad. El Derecho también nace del pueblo; de las relaciones interhumanas, de las luchas y reivindicaciones de diversos colectivos.

Recuperar la visión del derecho como ordenamiento de las agregaciones sociales, afirmar que cada una de éstas puede ser –y con frecuencia lo es en realidad– un ordenamiento jurídico primario, tiene, por tanto, un doble significado: recuperar el Derecho para la naturaleza misma del cuerpo social e identificar el Derecho como forma vital de aquel cuerpo en la historia.¹²

Aplicando esa racionalidad analógica, decimos que la teoría del Pluralismo Jurídico se separa de la tesis univocista de la modernidad; hace un rompimiento epistemológico. Se acepta la diversidad, lo plural, no de manera equívoca; no el todo se vale; no el todo es Derecho; sino que, por aplicación de la analogía, acepta lo diverso, lo distinto, pero sin perder lo esencial de la juridicidad, lo que le da sentido en última instancia, lo que le permite ser Derecho: la justicia.

Esta teoría del Pluralismo Jurídico da cuenta, entonces, que el derecho se produce no sólo por las instancias estatales, sino por diversas fuerzas sociales. Sujetos sociales que reivindicar derechos, generan juridicidad; en palabras del profesor Wolkmer, “es un pluralismo comunitario-participativo, cuya fuente de Derecho es el propio ser humano proyectado en sus acciones colectivas que incorpora la juridicidad concreta y la libertad emancipada.”¹³

2.2. Poder organizado y Derecho: el aporte de Stuchka

En 1917 se cumplieron cien años de la Revolución Rusa, la Revolución de los *Sovits*. Uno de los activos participantes de esta emblemática Revolución, fue el jurista Piotr Ivánovich Stuchka, que fue nombrado el primer Comisario del Pueblo para la Justicia tras la llamada Revolución de Octubre.¹⁴

11 Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo Histórico Analógico*, México, Ed. Porrúa, 2011.

12 Grossi, *El Orden... Op. Cit.*, págs. 41.42.

13 Wolkmer, A. C., *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla, Ed. MAD, 2006, p. 151.

14 Fue en octubre de acuerdo al Calendario Juliano, en uso en Rusia todavía en 1917.

Su modo de entender el Derecho ayuda teóricamente a entender el Pluralismo Jurídico y el *derecho insurgente*. Para él el Derecho no está constituido prioritariamente por las normas; para Stuchka, ante todo, el Derecho es un sistema de relaciones sociales impuesto y tutelado por la clase que domina la sociedad.

Ahora bien, el propio proceso de la Revolución Soviética, lo hace descubrir lo que llama poderes de clase enfrentados que producen juridicidad, diarquías que generan Derecho, y esto le permite poner bases de pensamiento jurídico para fundamentar *derecho insurgente*, derecho que nace del pueblo. Lo cito:

En la definición del derecho que hemos formulado hemos indicado como uno de los caracteres de éste el hecho de ser *tutelado por la clase mediante un poder organizado*. Con esta definición entendíamos referirnos ante todo al Estado, pero habíamos considerado necesaria una definición... que pudiera incluir elementos transitorios... o sea, las diarquías que en el desarrollo histórico posterior colocaron al lado del poder gubernativo el poder de otra clase, que disponía de una fuerza igual o casi igual a la de éste... Durante la revolución, el problema se hizo para nosotros evidente cuando actuó abierta y formalmente un poder doble: el del gobierno burgués (o de coalición) y el poder de hecho de la clase obrera y de la pequeña burguesía, personificada en el Comité ejecutivo de Petrogrado.”¹⁵

Queda esta cita del jurista soviético, como muestra teórica de la producción jurídica de las clases sociales que no son dominantes; texto producto no sólo de su reflexión teórica sino también de su praxis revolucionaria.

2.3. El derecho insurgente (*direito insurgente*)

La contribución teórica más interesante, con relación al Derecho, desde América Latina, en los últimos años, es la llamada Crítica Jurídica y la sistematización teórica del llamado Derecho Alternativo. Se trata de dos quehaceres del saber jurídico interrelacionados.

Lédio Rosa de Andrade, siguiendo a Amilton Bueno de Carvalho, propone la locución *Derecho Alternativo* (*Direito Alternativo*) como género que admite tres especies: el “positivismo de combate”; el “uso alternativo del derecho” y el derecho alternativo en “sentido estricto”.¹⁶ El primero consiste en la lucha porque el derecho objetivo, aquellas leyes que reconocen derechos al pueblo, sean realmente efectivos; la búsqueda de que el derecho positivizado sea eficaz en aquello que favorece a los más desvalidos de la sociedad. El “uso alternativo del derecho” –segunda especie– se relaciona directamente con la hermenéutica jurídica; se trata en un “proceso hermenéutico por el cual el

15 Stuchka, P.I., *La función revolucionaria del Derecho y el Estado*, Barcelona, Ed. Península, 1974, págs. 77-78.

16 Cfr. Rosa de Andrade, Lédio, *O que é direito alternativo*, Florianópolis, Ed. Obra Jurídica, 1998, págs., 46-48.

intérprete da a la norma legal un sentido diferente del pretendido por el legislador de derecha o por la clase dominante”.¹⁷ Así se hará interpretación extensiva de los textos legales que favorecen a las clases populares, y restrictiva de las normas que favorecen a las clases hegemónicas. La tercera especie, el derecho alternativo en sentido estricto constituye precisamente el “pluralismo jurídico” del que ya hablamos, es decir la juridicidad producida en el seno mismo de los grupos sociales.

El “uso alternativo del derecho” nace en Italia y se teoriza sobre el mismo, ligado al quehacer de los jueces¹⁸. Pero en América Latina, si bien también se aplica a las acciones interpretativas de las judicaturas, en especial a los famosos *jueces gauchos*¹⁹, la locución más se ha referido a las interpretaciones de los abogados que hacen asesoría jurídica popular.

Ahora bien, el *derecho insurgente* que en muchas ocasiones se le ha identificado con el derecho alternativo, en realidad es más que éste. Podemos decir, que el derecho insurgente asume las tres versiones del derecho alternativo: como *positivismo de combate*, uso *alternativo del derecho*, pero en su versión desde la asesoría jurídica popular, y cierto pluralismo jurídico; pero a estas manifestaciones alternativas le añade la conciencia de una producción de Derecho desde las clases oprimidas que trata de imponerse al derecho hegemónico burgués.

El gran teórico del derecho insurgente –*direito insurgente*– ha sido el jurista militante, asesor popular, Miguel Pressburger. Hoy otro teórico del derecho insurgente, Ricardo Prestes Pazello, ha sistematizado esa teoría y esa práctica.²⁰

Pazello nos hace ver que dentro de la crítica jurídica brasileira, fueron los teóricos del derecho insurgente los que pusieron en primer plano a los movimientos populares; esto no como referencia académica, sino como un mandato pueblo-abogados. Aparecen los abogados populares, o mejor, los asesores jurídicos populares. Por eso, los cimientos del derecho insurgente están en la práctica de la asesoría jurídica popular (AJP). El más importante de estos grupos de AJP, lo fue el Instituto Apoio Jurídico Popular (AJUP), fundado en 1987 en Río de Janeiro, con “una lectura vigorosamente marxista de la realidad”, destacando las figuras de los abogados Miguel Pressburger y Miguel Baldez.

Nos previene Pazello que se acostumbra identificar al derecho insurgente con el derecho alternativo en sentido estricto, o el pluralismo jurídico, pero sólo abstractamente puede ser tomado como la misma cosa. El derecho insurgente es más que eso; los mismos abogados populares que participaban en encuentros con alternativistas eran marginados por su fuerte posición crítica.

17 *Ibidem*, p. 47.

18 Cfr. Barcellona, Prieto y Cotturri, Guiseppe, *El Estado y los juristas*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1976.

19 Cfr. Bueno de Carvalho, Amilton, *Direito alternativo em movimento*, Río de Janeiro, Ed. LUAM, 1997.

20 Cfr. Prestes Pazello, Ricardo, *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*, Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná, defendida el 8 de agosto de 2014.

Pazello nos explica cómo encara Pressburger las diferencias estableciendo las especificidades del derecho insurgente:

Para él, tanto el alternativismo como el pluralismo jurídico aparecían como importaciones coloniales de contextos distintos del latinoamericano y del brasileño en específico. Así, en las explicaciones de Pressburger, la crítica marxista al derecho debería ser pensada de modo tal que no vedase las posibilidades de una praxis jurídica insurgente, aunque esta última no pudiese ser vista como una ingenuidad trasplantada tal como los alternativismos/pluralismos entonces en boga resaltaban. En resumen, podemos decir que su conclusión fue la de pensar un `positivismo de combate`, para poder ser aplicado en la técnica jurídica (algo como la política del uso alternativo del derecho; pauta por la necesidad de efectivizar conquistas normativas populares y de *garimpar* preciosidades jurídicas que permitan interpretaciones favorables a las clases dominadas), cuyos desarrollos harían posible el derecho insurgente...(esto es) invención de un derecho más eficiente y justo... que tenga en sus raíces la insurgencia contra la perspectiva idealista y fragmentada del saber actualmente dominante...un derecho `que va emergiendo de las luchas sociales, momento histórico y teórico en que los oprimidos se reconocen como clase distinta de aquellos que oprimen`. ²¹

Escribe Pressburger:

Se puede afirmar que, en última instancia, las conquistas de los movimientos populares descansan sobre formas `alternativas` que las asesorías jurídicas encuentran para tratar de cuestiones y conflictos concretos. Se trata de dispositivos legales reinterpretados de manera no conservadora; o bien instrumentos jurídicos utilizados de forma aparentemente descabellada para el positivismo, pero que en la práctica se dirigen a lograr soluciones; también han sido exploración de las propias contradicciones de las reglas formales del mundo de las relaciones jurídicas. ²²

De tal modo, entonces, que el *derecho insurgente* se gesta en los movimientos populares y se hace posible por las asesorías jurídicas.

Se manifiesta utilizando diversos aspectos de las propias leyes, pero utilizando una hermenéutica no conservadora, es decir en beneficio del movimiento popular; se expresa también utilizado, con imaginación creadora y de manera audaz, instrumentos jurídicos, en apoyo de diversas soluciones a favor de los intereses populares; y se aprovechan, en favor de esos propios intereses, las contradicciones de las leyes.

Para acabar de mostrar un poco lo que entienden sus propios gestores como derecho insurgente, esto es, los abogados comprometidos con los movimientos populares, cito a Daniel Rech:

21 *Ibidem*, p. 439.

22 Pressburger, T. Miguel, "A Porposta do Insituto Apoio Jurídico Popular", en *Direito Insurgente*, Río de Janeiro, Anais de fundação Instituto Apoio Jurídico Popular 1987-1988, p. 6.

El nuevo derecho, criado por los oprimidos, de acuerdo con sus intereses y necesidades, insertado o no en las leyes vigentes, precisa de ser rescatado y, a través de la formalización, darle la dignidad del derecho vigente.²³

El *derecho insurgente* es otro *derecho*; constituye una juridicidad compleja, producida por los pobres, por los oprimidos y que se opone al derecho del Estado; porque es un derecho que les hace justicia.

En esa práctica de *derecho insurgente*, como decía el jurista y asesor popular brasileño Vanderley Caixe: “Lo que importa es que el derecho se produzca en la realidad social, ya sea aprovechando o no una norma positiva... En este caso el abogado que asume una práctica al lado de los campesinos, no puede negar la validez de la afirmación y validez del trabajador: ‘nosotros estamos haciendo el derecho, después vamos a defenderlo delante del juez.’”²⁴

3. EL CONCEJO INDÍGENA DE GOBIERNO: DERECHO INSURGENTE

De acuerdo a lo anterior, no tengo ninguna duda en afirmar que la creación del Concejo Indígena de Gobierno, constituye una acción de *derecho insurgente*. Con “representantes hombres y mujeres de cada uno de los pueblos, tribus, y naciones” que integran el Congreso Nacional Indígena, se propone “gobernar este país”.²⁵ Como dice Fazio: “Se busca desmontar desde abajo el poder impuesto por los de arriba...”²⁶

Y ese *derecho insurgente* se ha venido dando y se ha manifestado, en los últimos tiempos, en las diversas luchas de resistencia y en la construcción de los ámbitos de autonomía de pueblos y comunidades. En el manifiesto o declaración titulada “Que retiemble en sus centros la tierra”, se expresa esa insurgencia jurídica:

Para defender lo que somos, nuestro caminar y aprendizaje se han consolidado en el fortalecimiento de los espacios colectivos para tomar decisiones, recurriendo a recursos jurídicos nacionales e internacionales, acciones de resistencia civil pacífica, haciendo a un lado los partidos políticos que sólo han generado muerte, corrupción y compra de dignidades, se han hecho alianzas con diversos sectores de la sociedad civil, haciendo medios propios de comunicación, policías comunitarias y autodefensas, asambleas y concejos populares, cooperativas, el ejercicio y defensa de la medicina tradicional, el ejercicio y defensa de la agricultura tradicional y ecológica, los rituales y ceremonias propias para pagar a la madre tierra

23 Rech, Daniel, en la *Introdução a Direito Insurgente: direito dos oprimidos*, Coleção “Seminários” No. 14, Rio de Janeiro, Apoio Jurídico Popular y FASE, 1990, p. 5.

24 Caixe, Vanderley, “Consideraciones sobre el trabajo del abogado junto a los campesinos” en Jesús Antonio de la Torre Rangel, *El Derecho que nace del pueblo*, México, Ed. Porrúa, 2005, p. 136.

25 Declaración del V... *Op. Cit.*

26 Fazio, Carlos, “El Concejo Indígena, Marichuy y 2018”, en *La Jornada*, 19 de junio de 2017.

y seguir caminando con ella y en ella, la siembra y defensa de las semillas nativas, foros, campañas de difusión y actividades político culturales.

Ése es el poder de abajo que nos ha mantenido vivos y es por ello que conmemorar la resistencia y rebeldía es también ratificar nuestra decisión de seguir vivos construyendo la esperanza de un futuro posible únicamente sobre las ruinas del capitalismo.²⁷

Raúl Zibechi sabe ver esta insurgencia jurídica, y escribe:

Que los pueblos indígenas de México decidan crear un concejo de gobierno parece un asunto de la mayor importancia. Son pueblos y naciones que ya no serán gobernados por nadie que por ellos mismos. Millones de hombres y mujeres establecen su autogobierno de forma coordinada, en un solo concejo, que los represente a todos y a todas. Es un parteaguas para los indígenas, que tendrá repercusiones en toda la sociedad, como la tuvo el alzamiento del primero de enero de 1994.²⁸

Por su parte Gustavo Esteva escribió:

Acaba de inaugurarse un nuevo régimen de relaciones políticas. La asamblea del Congreso Nacional Indígena (CNI) se propuso el 28 de mayo, en San Cristóbal de Las Casas, dismantelar pacíficamente el régimen dominante y hacerlo mediante el ejercicio del poder desde la dignidad organizada en su Concejo Indígena...²⁹

La creación del Concejo Indígena de Gobierno con la pretensión de gobernar México, es acto ilegal, quiero decir que no está previsto en la Constitución ni en ley alguna. Y es que las insurgencias jurídicas son ilegales; el derecho insurgente es ilegal, para los regímenes constituidos. Como fue ilegal, para la estructura jurídico política del imperio español en Indias, el *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, mejor conocido como *Constitución de Apatzingán*, de 22 de octubre de 1814, expedido por el Congreso electo por el movimiento insurgente mexicano, comandado por José María Morelos; y sin embargo es nuestra constitución constituyente, en el sentido de ir haciendo real el propósito de fundar un Estado, con otras instituciones.³⁰

Ilegal fue también la *Soberana Convención Revolucionaria* reunida en Aguascalientes, en octubre de 1914, cuando se autoproclama la “primera Asamblea Preconstituyente emanada del movimiento revolucionario”, sin base jurídica alguna y en contra de la voluntad del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista que defiende la legalidad de la

27 “Que retiemble...”, *Op. Cit.*

28 Zibechi, Raúl, “El poder de abajo”, en *La Jornada*, 6 de enero de 2017.

29 Esteva, Gustavo, “Y retembló”, en *La Jornada*, 5 de junio de 2017.

30 Cfr. González Avelar, Miguel, *La Constitución de Apatzingán y otros estudios*, Ed. Sep Setentas, México, 1973; De la Torre Villar, Ernesto, *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado Mexicano*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

Constitución de 1857; esto lo hace en su *Manifiesto a la Nación*, dado el 6 de noviembre de 1914.³¹

No, no sabemos el futuro del Concejo Indígena de Gobierno; pero es indudable que, cuando menos, es un paso muy firme en la organización autónoma de los gobiernos de pueblos y comunidades indígenas. Por eso es derecho insurgente.

4. LA CANDIDATURA A LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA: *USO ALTERNATIVO DEL DERECHO*

Conocimos a Marichuy Patricio, antes de ser la “vocera” del CIG, en la comunidad de San Francisco, Acaxochitlan, Hidalgo, en el XXVII Encuentro Nacional de Enlace de Agentes de Pastoral Indígena (EAPI) celebrado del 20 al 24 de febrero de 2017. Ella, junto con Francisco Ortiz, de Tepoztlán, Morelos, fueron a dar a conocer a la asamblea del EAPI el proyecto resultado del V Congreso Nacional Indígena. Al escucharlos, me di cuenta que ese interesantísimo proyecto de construir una candidatura indígena a la presidencia de la República, era un auténtico y estupendo *uso alternativo del Derecho*. Me explico.

Ratificaron que esa candidatura “no es con el fin de tomar el poder”, se trata, agregaron, “de poner el problema, la cuestión indígena sobre la mesa”; de “lograr la unidad de los pueblos”. “Nos vamos a meter en esta fiesta de los ricos –dijo Marichuy-, a ver si no terminamos bailando con ellos”.³² El Congreso Nacional Indígena había acordado, como vimos, “que nuestra lucha no es por el poder, no lo buscamos; sino que llevaremos a los pueblos originarios y a la sociedad civil a organizarnos para detener esta destrucción, fortalecernos en nuestras resistencias y rebeldías...”³³

Lo que significa que aspiraban a una candidatura a la presidencia de México para las elecciones de 2018, pero no para ganar el poder, sino como forma de organizarse, de poder mostrar sus problemas abiertamente, y todo ello con la protección de la legislación electoral, con la cobertura de la ley. Es *uso alternativo del Derecho*, porque la juridicidad electoral que está hecha para lograr acceder al poder vía elecciones, se usó para mostrar la terrible problemática indígena a todo el País y para organizarse los propios pueblos y comunidades y aquellos que los quieran acompañar en la reconstrucción de otro México, con otros principios políticos:

Obedecer y no mandar

Representar y no suplantar

31 Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Derecho, derechos humanos y justicia en la Soberana Convención Revolucionaria*, Aguascalientes-San Luis Potosí, Ed. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales *Mispat* y Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2014.

32 Notas sacados por el autor el jueves 23 de febrero de 2017, en el XXVII Encuentro Nacional del Enlace de Agentes de Pastoral Indígena, en San Francisco, Acaxochitlan, Hidalgo.

33 “Que retiemble...” *Op. Cit.*

Servir y no servirse

Convencer y no vencer

Proponer y no imponer

Construir y no destruir³⁴

“... el fin que se persigue: usar las herramientas que se tienen (en la vía pacífica, legal y jurídica) para llegar a todos los pueblos indígenas. Nuestro objetivo es la organización misma entre las comunidades de México.”³⁵

La propuesta o intención del CNI para contender en las elecciones presidenciales no es propiamente con una candidatura independiente individual, sino de un Concejo Indígena de Gobierno, representante de las comunidades, por el mandato que le han dado esas mismas comunidades, por medio de asambleas comunitarias. La aspirante a obtener la candidatura, es la vocera, esto es, la voz del Concejo, una especie de candidato colectivo no previsto por la legislación electoral. “Soy vocera del Concejo Indígena de Gobierno porque no se pudo registrar al propio Concejo dentro del esquema que tiene el Instituto Nacional Electoral (INE) para poder competir”.³⁶

Y, contra toda lógica electoral, la finalidad no es ganar las elecciones, sino utilizar las herramientas que proporciona el derecho electoral, para hacer visibles las demandas de los pueblos indígenas. Claramente, pues, *uso alternativo del Derecho*.

5. LOGROS POLÍTICOS

Entre el 16 de octubre de 2017 y el 19 de febrero de 2018, Marichuy obtuvo 281 mil 955 firmas; de las cuales 10 mil 624 fueron capturadas en papel, no en aplicación digital, siendo la mayoría de éstas obtenidas en asambleas comunitarias. De las firmas obtenidas más del 93 por ciento fueron reconocidas como válidas por el Instituto Nacional Electoral.³⁷ Las firmas fueron obtenidas limpiamente, lo cual es digno de destacarse habiendo sido tan desaseados los procesos de obtención de firmas de otros aspirantes a la candidatura a la presidencia de la República. El propio INE reconoció la honestidad y la congruencia en la rendición de cuentas de María de Jesús Patricio.³⁸

Marichuy participó en el conversatorio “Miradas, escuchas, palabras: ¿prohibido pensar?”, celebrado en San Cristóbal de Las Casas, Chiapas, en el Centro Integral de Ca-

34 Declaración del V Congreso... *Op. Cit.*

35 “Una candidatura ‘contra el capitalismo de muerte,’” entrevista a María de Jesús Patricio Martínez por Alberto Osorio M., México, en *Proceso* 2120, 18 de junio de 2017, p. 27.

36 *Idem.*

37 Cfr. Gómez, Magdalena, “El CIG y Marichuy: honestidad y congruencia”, en *La Jornada*, martes 3 de abril de 2018.

38 *Idem.*

pacitación Indígena (CIDECI) –Universidad de la Tierra, y sintetizó así la experiencia del Concejo Indígena de Gobierno y de ella misma:

... fuimos escuchando y viendo que los dolores de México son parecidos en todos los lugares –recorrió 26 estados–, y se parecen porque sólo hay una estrategia de destrucción, de despojo, de control.

... fue un paso muy importante, visitamos, escuchar las voces que están en las ciudades luchando y organizándose... tenemos que volver a involucrarnos en esta organización desde abajo, con nuestras formas, modos y tiempos, pero no nos quedemos sentados pensando que ya no la hicimos, sino sigamos fortaleciendo nuestros trabajos que ya tenemos de por sí. Falta mucho que hacer por este México, y más por los que vienen atrás.³⁹

Desde mi punto de vista, aunque no se hayan obtenido las firmas necesarias para que María de Jesús Patricio apareciera en las boletas electorales, lo que hubiera significado crecimiento de su organización política y hacer más visible a todo el País la problemática indígena, a pesar de ello, digo, la experiencia debe considerarse como muy positiva. Se creó el Concejo Indígena de Gobierno que va a continuar en su caminar y se hizo visible políticamente, con cuestionamientos ético-jurídicos, la problemática indígena, los reclamos de justicia de pueblos y comunidades. Los propósitos, en buena medida, se lograron.

PARA CONCLUIR

Sólo con la mirada que proporciona el *derecho insurgente* en general, y el *uso alternativo del Derecho* en especial, se entiende esta lucha por la justicia de nuestros pueblos indígenas, creando un Concejo Indígena de Gobierno y, en esta coyuntura política, aspirando a una candidatura presidencial.

FUENTES DE CONSULTA

Barcellona, Prieto y Cotturri, Guiseppe, *El Estado y los juristas*, Barcelona, Ed. Fontanella, 1976.

Bueno de Carvalho, Amilton, *Direito alternativo em movimento*, Río de Janeiro, Ed. LUAM, 1997.

Caixe, Vanderley, “Consideraciones sobre el trabajo del abogado junto a los campesinos” en Jesús Antonio de la Torre Rangel, *El Derecho que nace del pueblo*, México, Ed. Porrúa, 2005.

Congreso Nacional Indígena y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, CIDECI-UNITIERRA, “Que retiemble en sus centros la tierra”, Manifiesto o declaración, Chiapas, 14 de octubre de 2016.

39 “Aún falta mucho por hacer; México está secuestrado por unos cuantos: Marichuy”, nota de Elio Henríquez, en *La Jornada*, miércoles 18 de abril de 2018.

Congreso Nacional Indígena, Declaración del V Congreso Nacional Indígena “¡Y retembló informe desde el epicentro!”, Oventik, Territorio Zapatista, Chiapas, 1 de enero de 2017.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo Histórico Analógico*, México, Ed. Porrúa, 2011.

De la Torre Villar, Ernesto, *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado Mexicano*, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Derecho, derechos humanos y justicia en la Soberana Convención Revolucionaria*, Aguascalientes-San Luis Potosí, Ed. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát y Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2014.

González Avelar, Miguel, *La Constitución de Apatzingán y otros estudios*, Ed. Sep Setentas, México, 1973.

Grossi, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Madrid, Ed. Trotta, 2003.

El Orden Jurídico Medieval, Madrid, Ed. Marcial Pons, 1996.

Osorio M., Alberto, “Una candidatura ‘contra el capitalismo de muerte,’” entrevista a María de Jesús Patricio Martínez México, en *Proceso* 2120, 18 de junio de 2017, p. 27.

Prestes Pazello, Ricardo, *Direito insurgente e movimentos populares: o giro descolonial do poder e a crítica marxista ao direito*, Tesis para obtener el grado de doctor en Derecho por la Universidad Federal de Paraná, defendida el 8 de agosto de 2014.

Pressburger, T. Miguel, “A Porposta do Insituto Apoio Jurídico Popular”, en *Direito Insurgente*, Río de Janeiro, Anais de fundação Instituto Apoio Jurídico Popular 1987-1988-

Rech, Daniel, en la Introdução a *Direito Insurgente: direito dos oprimidos*, Coleç ao “Seminários” No. 14, Río de Janeiro, Apoio Jurídico Popular y FASE, 1990.

Rosa de Andrade, Lédio, *O que é direito alternativo*, Florianópolis, Ed. Obra Jurídica, 1998.

Stuchka, P.I., *La función revolucionaria del Derecho y el Estado*, Barcelona, Ed. Península, 1974.

Walker, A. C., *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla, Ed. MAD, 2006.

Zibechi, Raúl, “El poder de abajo”, en *La Jornada*, 6 de enero de 2017.

NOTAS PERIODÍSTICAS

Esteva, Gustavo, “Y retembló”, en *La Jornada*, 5 de junio de 2017.

Fazio, Carlos, “El Concejo Indígena, Marichuy y 2018”, en *La Jornada*, 19 de junio de 2017.

Gómez, Magdalena, “El CIG y Marichuy: honestidad y congruencia”, en *La Jornada*, martes 3 de abril de 2018.

Gómez, Magdalena, “Concejo Indígena de Gobierno”, en *La Jornada*, 30 de mayo de 2017.

Henríquez, Elio, “Aún falta mucho por hacer; México está secuestrado por unos cuantos: Mari-chuy”, en *La Jornada*, miércoles 18 de abril de 2018.

Hernández Navarro, Luis, “María de Jesús Patricio, la vocera del CIG” en *La Jornada*, 30 de mayo de 2017.

Herrera Beltrán, Claudia. *La Jornada*, 8 de octubre de 2017.

Partida, Juan Carlos G, “Marichuy, heredera de *Ramona*”, en *La Jornada*, 29 de mayo de 2017.



LA GUARDIA NACIONAL EN MÉXICO: REVISIÓN JURÍDICA, HISTÓRICA Y POLÍTICA DE UN TEMA TAN ANTIGUO COMO CONTEMPORÁNEO

Por JOSÉ MANUEL VILLALPANDO

RESUMEN: Este ensayo consiste en la exposición de los antecedentes de la Guardia Nacional, al abordar su primera etapa en el México independiente, en la que asume el carácter de milicia local. Después, se analiza la segunda etapa, en la que ya propiamente se le conoce con su nombre distintivo y, por último, lo que sucedió durante el siglo XX.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES. 3. PRIMERA ETAPA. MILICIA CÍVICA LOCAL. 4. SEGUNDA ETAPA. GUARDIA NACIONAL. 5. LA GUARDIA NACIONAL EN EL SIGLO XX. 6. REFLEXIONES FINALES. 7. COROLARIO DE ÚLTIMA HORA.

1. INTRODUCCIÓN

La Guardia Nacional es motivo hoy en día de comentarios, polémicas y propuestas. Sin embargo, el cariz de todas ellas parte de una idea equívoca y errónea de lo que este concepto —“Guardia Nacional”— constituye y significa no solo en el sistema jurídico y constitucional mexicano, sino en su historia política y militar.

En este texto reseñamos las vicisitudes que a lo largo de nuestra historia ha sufrido esta institución, partiendo desde su primera concepción, su difícil pero brillante desarrollo, hasta llegar al olvido contemporáneo, revivida por una acepción novedosa en cuanto a difusión masiva pero equívoca y errónea, confundida con la que en otros países existe, pero distinta a nuestra singularidad histórica y legal.

Así, en primer término, se presentan los antecedentes de la Guardia Nacional, para después abordar su primera etapa en el México independiente, en la que asume el carácter de milicia local; a continuación, la segunda, en la que ya propiamente se le conoce con su nombre distintivo y que corresponde a su momento estelar y, por último, lo sucedido en el siglo XX, en el que no sólo se llega a su olvido, sino hasta su desfiguración. Por último, se añade un breve comentario acerca de la errada propuesta política que ha aparecido en el debate público en este año de 2018.

No pretende este trabajo aportar nuevas teorías e interpretaciones, pues el tema no es novedoso ni tampoco inexplorado; el objetivo es sencillamente presentar, de manera ordenada y sistemática, la evolución histórico-jurídica (y política por supuesto), de esta institución y ofrecer una visión global de su desarrollo, conflictos y acciones relevantes, así como demostrar la falacia que entre el público se ha diseminado actualmente.

2. ANTECEDENTES

Pueden distinguirse claramente dos antecedentes de la Guardia Nacional. El primero de ellos, directo e inmediato; el segundo, indirecto, pues sólo desde el punto de vista teórico pudo haber influenciado la creación de esta institución en México. Nos referimos en el primer caso a las milicias provinciales establecidas en la Nueva España, y en el segundo, al concepto estadounidense de la milicia, plasmado por su más entusiastas defensores en el clásico libro *El Federalista*.

Milicias provinciales de la Nueva España

Portando una real cédula de instrucción, que lo designaba comandante general de México e inspector general de todas las tropas veteranas y de milicia de infantería y caballería, desembarcó en Veracruz el primero de noviembre de 1764, el teniente general de los reales ejércitos, don Juan de Villalba y Angulo, acompañado del Regimiento de Infantería de América, casi completo en todas sus plazas, y un regimiento de dragones en cuadro, que se completaría con reclutas del virreinato.

Las instrucciones recibidas por Villalba demuestran “la importancia creciente de América entre los problemas de Estado” y destacan fundamentalmente por ser el “primer proyecto de organización militar de Nueva España y como documento que manifiesta una visión completa sumamente interesante de la realidad social”¹ de la Colonia. Fechadas el 1º de agosto del mismo año de 1764, contemplan asuntos de primer orden, sobre todo si se considera que en esa época España e Inglaterra se encuentran en guerra. Así reciben especial atención las fortificaciones de Veracruz y el camino que une este puerto con la ciudad de México, además de reglamentar detalladamente de formación de un ejército regular compuesto por tropas veteranas y milicianas, todo ello “atendiendo a que la proximidad actual de las potencias imponen la precisión de establecer nuevos métodos para la seguridad de aquellos países”.²

El texto de las instrucciones denota claramente que “el gobierno español no tenía mucha fe en las virtudes militares de los mexicanos de la época, puesto que carecían de

1 Antolín Espino, María del Pópulo, “*El virrey marqués de Cruillas*”, *Los virreyes de Nueva España en el reinado de Carlos III*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano Americanos, 1967, t. I, p. 82.

2 Real cédula de instrucción del 1 de agosto de 1764, en *op. cit.*, p. 83.

tradición marcial y de experiencia en la guerra moderna”,³ ya que se ordenaba al general Villalba el asignar a las tropas veteranas que traía consigo de la metrópoli, el papel de “cabeza de las provinciales que se formasen y como cuerpo principal de la defensa... del reino de Nueva España”.⁴ Dejando aparte la cuestión de las tropas veteranas, no porque carezca de importancia, sino por centrar el tema de este trabajo, nos ocuparemos exclusivamente de las milicianas, para cuya formación autorizaban las instrucciones a Villalba y al virrey, en ese entonces don Joaquín de Montserrat y Cruillas, marqués de Cruillas, señalar las directrices generales de su organización, puesto que “el vecindario ha de comprobarse, y como quizá sean útiles los indios, no prescribiré el número de cuerpos milicianos mientras que no se haga una investigación”,⁵ decía el rey Carlos III. Sin embargo, se especificó que una vez realizados los trabajos preparatorios, se formarían seis regimientos de infantería, dos de caballería y uno de dragones, para lo cual se habían embarcado junto con Villalba algunos oficiales, sargentos, cabos, trompetas y tambores veteranos que constituirían los cuadros de organización de esos cuerpos.

Los responsables del reclutamiento deberían tratar a los vecinos y soldados “como verdaderos y amados vasallos”,⁶ y los nuevos cuerpos se formarían con españoles, mulatos, mestizos y “demás”,⁷ exceptuándose a los negros, quienes formarían cuerpos aparte. Adelantándose a las controversias, las instrucciones preveían que si a los blancos les repugnaba el alistarse y mezclarse con “los otros colores”,⁸ Villalba tenía libertad para arreglar los cuerpos separadamente, es decir, podría formar un regimiento de blancos, otro completamente de negros, otro de pardos, y así consecutivamente. Para asegurar la autonomía del virrey, se le concedió la prerrogativa de nombrar a los coroneles y tenientes coroneles de cada unidad, reservándose el comandante general la provisión de los demás empleos. Los milicianos ya reclutados serían instruidos en el ejercicio de las armas por los oficiales y sargentos veteranos españoles, quienes tratarían a los soldados “con la mayor delicadeza”.⁹ Las asambleas periódicas de los milicianos, o sea, sus reuniones con motivo de instrucción, quedarían reglamentadas por las ordenanzas de milicia, vigentes en la península.

Los oficiales, señala la instrucción, se costearían su uniforme, mientras que el vestuario de la tropa correría a cargo de la provincia, partido o distrito en el cual se asentara el cuerpo, las armas serían proporcionadas a cuenta de la Corona. La idea básica, en suma, era constituir el ejército del virreinato con dos cuerpos veteranos, traídos de España, y con oficiales y soldados que servirían de base para la formación de las milicias;

3 *Idem*, p. 85

4 Real cédula, en *ibidem*.

5 *Idem*, p. 86.

6 *Ibidem*.

7 *Idem*, p. 87

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

resultaba novedoso e importante este planteamiento, puesto que estas tropas, a pesar de que no entrarán en guerra ni recibirán su bautizo de fuego hasta la contienda civil (de 1810) el caso es que desde 35 años antes están ahí, tomando parte en la vida del virreinato, llenando un sector de su actividad e impregnando con su sola presencia la mentalidad del nativo criollo, pardo, moreno o mestizo.¹⁰

Naturalmente, ante la novedad, el pueblo se resistió, e iniciadas las primeras conscripciones militares, una ola de disturbios y tumultos promovidos por la plebe, sacude una porción del territorio. Un par de años más tarde, la primera conmoción ha pasado; para bien o para mal, el ejército ha tomado carta de naturalización en Nueva España y empieza a echar raíces en ella.¹¹

Al ejército se le asignaron funciones de policía y gendarmería en las principales ciudades, como Veracruz y México, extendiéndose a Puebla, Oaxaca, Guadalajara y Jalapa, y las milicias abarcarían un amplio espacio al distribuirse, principalmente, entre la antigua Valladolid por todo el Bajío, hasta San Luis Potosí: "...la militarización del virreinato es una realidad patente a fin de siglo".¹² Los mexicanos se adaptaron pronto al nuevo orden y fueron incorporándose a los cuerpos veteranos y a los de la milicia; el ejército se convirtió en una nueva fuente de empleo, y el pueblo acudió a llenar las plazas de tropa, mientras que las clases acomodadas cubrían los mandos intermedios. Hay otros alicientes adicionales que hacen atractiva la reclutación: el militar accede "a una posición social de privilegio, cuya más clara manifestación es el fuero".¹³ Muchas serán las vidas y más el tiempo que serán necesarios para eliminar esta prerrogativa que degeneró en plaga.

Sin embargo, no todo fue tan sencillo; si bien quedó más o menos resuelto el problema de la aceptación popular, surgieron nuevas dificultades derivadas de la duplicidad de funciones, a lo que eran muy afectos los gobernantes españoles, entre el comandante general Villalba y don Joaquín de Montserrat y Cruillas, marqués de Cruillas, virrey de la Nueva España. Esta indefinición de atribuciones condujo al enfrentamiento abierto entre ambos funcionarios con repercusiones en Madrid, disputas que trajeron como consecuencia que la misión encomendada al general encontrara múltiples entorpecimientos auspiciados por el virrey. A pesar de tanta oposición, en enero de 1766, Villalba rindió un estado general de la fuerza con que contaba el ejército, en el cual se expresaba que el rey podía contar con más de nueve mil hombres para la defensa de Nueva España, entre los que se incluía ya a los cuerpos de milicias, como los regimientos provinciales de infantería de México, Puebla, Toluca y Córdoba, fuertes con 900 soldados cada uno; el Batallón Provincial de Veracruz, con 500; el Regimiento de Pardos de México, con 850, y el de Comercio de la misma ciudad, con más de mil;

10 *Idem*, p. 93

11 *Idem*, p. 94

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

la caballería no logró conformarse de acuerdo con el plan original, pero ya existía el Regimiento Provincial de Querétaro, con 350 plazas.¹⁴

La tensión existente en los dos altos funcionarios se incrementó con el arribo del visitador general, don José de Gálvez, ante quien Cruillas expuso sus agravios, aumentados con los informes que demostraban la carga insostenible que para el erario público constituía el nuevo ejército. Al final, también el virrey se enfrentó al visitador, con la consiguiente derrota obvia del marqués, quien dejó el mando y fue sometido, cumpliendo la ley, a juicio de residencia.

El nuevo virrey, don Carlos Francisco de Croix, marqués de Croix, recibió la encomienda de perfeccionar los cuerpos milicianos de Nueva España, que no parecen haber recibido una esmerada atención por parte de Villalba, quien regresó a España en 1767, ya que Croix informó que con las milicias no era posible contar al tener como soldados a “individuos exceptuados y nada voluntarios, a causa de no haber intervenido los ayuntamientos que eran los que sabían el género y circunstancia del país y conocían a los que útilmente podrían hacer el servicio”¹⁵ lo cual era indicativo de que la leva comenzaba a asolar a la población, mal endémico que sólo fue posible extirpar de nuestro ejército hasta después del triunfo de la Revolución Mexicana.

Además, el nuevo virrey advirtió que “las milicias nunca igualarían en eficacia a las tropas veteranas”,¹⁶ sugiriendo el aumento de éstas en detrimento de las provinciales, pues “creía de alguna utilidad el levantar y arreglar milicias de caballería, pero desconfiaba del corto número y escasa disposición de las de infantería”.¹⁷ Como solución, Croix solicitaba a España como indispensable el envío de “ese reino a lo menos cuatro o cinco batallones de alemanes, flamencos y suizos, asegurando que con este pie de tropa se ponen a cubierto tan dilatados dominios como tiene el Rey en esta América”.¹⁸ Tuvo el mérito el virrey de descubrir que uno de los grandes y principales problemas para la formación de la milicia, aparte de la leva que quedaría sin resolución, era el financiero, y para atajarlo estableció “una serie de arbitrios que produjeran el caudal suficiente para vestir y procurar acuartelamiento a estas tropas”.¹⁹ Así, se acordó gravar con un peso por fanega de cacao que entrase por Veracruz, con lo que se costearía el vestuario, y para los cuarteles, impuestos sobre el pulque y la harina, lo que “daría un fondo sobrado para las atenciones ordinarias”.²⁰

Empero, los esfuerzos eran infructuosos, y la debilidad de los regimientos provinciales de infantería, todos ellos milicianos, era manifiesta. En junio de 1769 contaban con

14 *Idem*, p. 120.

15 Navarro García, Luis, “*El virrey marqués de Croix*”, *los virreyes de Nueva España...*, cit., nota 1, p. 186.

16 *Idem*, p. 187.

17 *Idem*, p. 188.

18 *Ibidem* (Croix a Arriaga).

19 *Idem*, p. 197.

20 *Ibidem*.

un total de 6,613 hombres alistados en ocho regimientos de blancos con sedes en México, Toluca, Puebla, Tlaxcala, Córdoba y Orizaba, Jalapa, Oaxaca y Guanajuato; tres regimientos y dos compañías de pardos en México, Puebla y Guadalajara y en Jalapa y Veracruz, respectivamente; y una compañía de morenos, también en el puerto.²¹ Por cuestiones presupuestales se había ordenado al virrey suprimir algunos de estos cuerpos, pero éste opuso resistencia alegando “el deseo de no dejar perder la disciplina y eficacia que ya se había inculcado a aquellas milicias, que habían llegado a ser comparables a las tropas veteranas”.²² Bastante volubles eran las autoridades virreinales, o algo se traerían entre manos, para no obedecer, si en algunas ocasiones acusaban a las milicias de deficientes y costosas, y cuando se acordaba su supresión para no gravar más erario, se argüía su calidad y disciplina para evitar su licenciamiento. Cosas de otros tiempos.

Como se ha señalado ya, los cuerpos milicianos se formaron en México de acuerdo con la Ordenanza de Milicias Provinciales, creados con el objeto de abolir el sistema de quintas y levas, el cual no fue operante, debido al general repudio que el servicio de las armas causó en los habitantes; fue necesario recurrir al enganche forzoso, leva, para cubrir las plazas, con las consiguientes consecuencias nefastas; entre otras, que la tropa estuviera formada por la escoria de la sociedad. Sin embargo, el método prescrito por la Ordenanza, ineficaz e impracticable, detallaba la manera de hacer el reclutamiento; en primer término, se establecía que en los regimientos milicianos debían prestar servicio todos los españoles y americanos aptos para ello, mediante un sorteo realizado sobre padrones de los habitantes, divididos en cinco clases que incluían en orden de preferencia, a los solteros, a los casados menores de 18 años, casados sin hijos y así consecutivamente. La edad fijada para cumplir esta obligación era de los 16 a los 40 años y los candidatos debían medir cinco pies de estatura, y estar perfectamente de salud. Los elegidos por sorteo quedaban enganchados por diez años, lo cual no implicaba una incorporación total, puesto que la milicia sólo se reunía una vez al año, en asamblea o revista, a efecto de recibir instrucción militar durante un tiempo que oscilaba desde una semana hasta un mes.²³

Don Antonio María de Bucareli y Ursúa fue designado virrey de la Nueva España en 1771. El nuevo gobernante, sin duda uno de los más destacados en tres siglos, envista del penoso estado en que se encontraba la hacienda, lejos de impulsar la creación de milicias, procuró retirarlas del servicio a fin de “realizar economías hasta enjugar el enorme déficit que le dejó el marqués de Croix”.²⁴ Sin embargo, años después, en 1775, seguramente convencido de su utilidad, y ya más equilibrado el presupuesto público, inició una intensa labor tendente a formar nuevos cuadros de milicias y a fortalecer

21 *Idem*, p. 315.

22 *Ibidem*.

23 Díaz-Trechuelo Spínola, María Lourdes et al., “Don Antonio María Bucareli y Ursúa”, *Los virreyes de Nueva España...*, cit., nota 1, p. 431.

24 *Idem*, p. 432.

los pocos existentes. Llegó a tal grado su celo que promulgó el Reglamento Provisional de Milicias de Villa de Córdoba y Jalapa, que serviría como norma a todos los demás hasta que se dictase uno especialmente adaptado a las circunstancias del reino.

El Reglamento de Bucareli reviste gran importancia para el análisis de la milicia, pues fue de gran aceptación por el buen tino que mostró para el arreglo de los cuerpos y para su óptimo funcionamiento. Como novedad sobresaliente, suprime el sorteo y se establece que para cubrir las plazas “se alistarán para milicianos los vecinos de más razón y provecho...menos ocupados del cultivo de haciendas y no casados”;²⁵ además incluye un concepto muy interesante, que aparece por primera vez, y que se convertirá en la base y justificación de las milicias de todos los tiempos y de todos los países, transformándose en una máxima universalmente aceptada, pues señala textualmente que “todo vasallo nace con la precisa obligación de servir a su sobreaño y defender la patria”,²⁶ concepto que servirá de fundamento jurídico y filosófico a la legislación constitucional y ordinaria que establece la obligación del ciudadano de defender su patria y sus instituciones.

El Reglamento también regula lo referente a sueldos de los milicianos, asambleas, armamento y vestuario, disciplina, fueros y prerrogativas, y otros muchos renglones que posibilitan la vida y la acción de los cuerpos provinciales de milicias. Como en muchas otras cuestiones lo hizo, Bucareli obró otra vez con acierto.

A la muerte de este ilustre virrey, su sucesor, don Martín de Mayorga, tuvo la oportunidad de poner a prueba la labor desarrollada durante el gobierno de Bucareli en lo que respecta a la organización y entrenamiento del ejército. En efecto, el estado de guerra entre España y su aliada Francia, en contra de su tradicional enemiga Inglaterra, motivaron la movilización general a fin de proteger a la Nueva España de una temida agresión, en virtud de que los británicos habían ocupado algunos puntos en la costa norte del Golfo de México, más allá de nuestras fronteras. “Para hacer frente a la emergencia, el gobierno de Mayorga contó con los batallones de tropa permanente Granada, Asturias y de la Corona, y con 7,892 soldados milicianos...”²⁷ En contraposición con las medidas adoptadas por Bucareli, en lugar de emplear el convencimiento para reclutar la tropa, Mayorga dictó órdenes drásticas, recurriendo a la arbitrariedad, lo que trajo como consecuencia el fenómeno de la desertión, que llegó a puntos críticos, pues “había unidades a las cuales se les desertaría del veinte al treinta por ciento de sus efectivos”.²⁸ Además, los vasallos americanos encontraron los medios legales para librarse del servicio, entablando pleitos contra la Corona, con el consiguiente largo y engorroso papeleo, ocasionando que los cuerpos de milicianos se desorganizaran tan

25 *Idem*, p. 435.

26 *Idem*, p. 436.

27 Gutiérrez Santos, Daniel, *Historia Militar de México 1325-1810*, México, Ed. Ateneo, 1961, p. 421.

28 *Idem*, p. 421

rápidamente como habían sido formados. Afortunadamente, las tropas no entraron en combate, librándose la Colonia de la guerra.

Posteriormente, en la época de los virreyes Matías y Bernardo de Gálvez, se hizo un estudio a fondo del ejército de Nueva España, realizado por Antonio de Crespo, corregidos de la Ciudad de México, que fue la base para arreglar todos los cuerpos, organización que perduró hasta el fin de la Colonia. El diagnóstico de Crespo resultó ser desalentador, pues se desprendían verdades tan notorias como el que los cuerpos veteranos eran una enorme sangría al erario pero indispensables por la necesidad de que sirviesen de pie veterano a los cuerpos milicianos y, sobre todo, para hacer sentir a los habitantes la autoridad real.²⁹ Se descubren en este estudio datos curiosos, como el registrado en el sentido de que a pesar de tener haberes más elevados, los soldados españoles veteranos desertaban con la misma rapidez que los nativos, tan sólo al tocar tierras americanas. Respecto a las milicias, afirmaba que a éstas se asignó el peor personal, “echando mano de los hombres más infelices”,³⁰ además de que los arbitrios no alcanzaban a cubrir los gastos no sólo de estos cuerpos, sino aun de los veteranos. Concluía Crespo su informe con un proyecto para organizar los regimientos de milicias provinciales.

Tiempo después, el segundo conde de Revillagigedo inició nuevos trabajos para la formación de las milicias, realizando un censo del que resultó un total de 123,309 hombres útiles en edad apropiada, de los cuales debían servir al rey uno de cada quince o doce. Hizo incluso algo más: “pasó una revista general en 1791 a todas las unidades de este tipo, encontrándolas en un estado detestable, por lo que determinó que solamente el personal útil permaneciese bajo banderas y el inútil fuese licenciado”.³¹ Por esa época se reforzó el fuero militar, al promulgarse en Madrid un decreto por el cual se mandaba que los jueces militares conocieran de todas las causas civiles o criminales en las que estuvieran involucrados tanto veteranos como milicianos.

La llegada del nuevo siglo encontró a la Nueva España lista para repeler una posible invasión; el virrey Iturrigaray concentró en Perote y sus alrededores al ejército, para lo cual aumentó considerablemente sus efectivos; en efecto, Humboldt señala que existían en 1804, más de 32,000 soldados, de los cuales casi 10,000 eran veteranos y el resto, 22,000, milicianos.³² El ilustre viajero alemán describe con lujo de detalles a los cuerpos milicianos, con comentarios tan pertinaces, que alguno de ellos conviene describir:

La milicia provincial de la Nueva España pasa de veinte mil hombres... parte de la cual, a falta de fusiles, hace el ejercicio con mosquetes de madera. En las colonias

29 *Idem*, p. 422.

30 *Idem*, p. 423.

31 *Idem*, p. 426

32 Humboldt, Alejandro de, *Ensayo político sobre el reino de la Nueva España*, México, Porrúa, 1966, p. 554.

españolas no es el espíritu militar de la nación el que ha facilitado la formación de las milicias, sino la vanidad de un corto número de familias cuyos jefes aspiran a los títulos de coroneles y brigadieres, la distribución de patentes y grados militares se ha hecho un manantial fecundo de dinero, no tanto para el fisco, sino para los gobernadores...³³

Los constituyentes de Cádiz no olvidaron a las milicias, Bien sabido es que realizaron sus labores bajo la influencia de la tremenda guerra que libraban en defensa de su tierra, orientados por un espíritu nacionalista al que se aunaba la absorción de los ideales ilustrados muy en boga por aquella época. Así, conformaron en su Constitución una serie de principios en los que amalgamaron nociones jurídicas provenientes de la más pura tradición española y castellana con novedosas y prácticas instituciones y figuras tomadas del modelo filosófico-jurídico francés, el más adelantado de su tiempo. La Constitución así lograda, incluyó entre sus normas la obligación de los súbditos de defender la patria. “ningún español podrá excusarse del servicio militar, cuando y en la forma en que fuere llamado por la ley”.³⁴

Las Cortes concedieron una gran importancia al tema de las milicias; y tenían que hacerlo pues en esos momentos se estaban efectuando combates en los que los soldados del pueblo se desempeñaban brillantemente. Consagraron un capítulo entero a las milicias advirtiéndole que “se arreglará por una ordenanza particular el modo de su formación, número y especial constitución...”.³⁵

Adopta, además, la importante premisa que es común a este tipo de tropas con respecto a su regionalidad, al decir que “habrá en cada provincia cuerpos de milicia nacionales, compuestos de habitantes de cada una de ellas...”.³⁶ También toca el tema de la temporalidad limitada, que es otra de sus características distintivas: “el servicio de estas milicias no será continuo y sólo tendrá lugar cuando las circunstancias lo requieran”.³⁷ Por último, fue incluido un mandamiento interesante que garantiza, en primer lugar, el arraigo de los milicianos a su provincia, y en segundo, la posibilidad de que puedan ser movilizadas para hacer frente a emergencias nacionales; de esta forma, indica que “en caso necesario podrá el Rey disponer de esta fuerza dentro de la respectiva provincia, pero no podrá emplearla fuera de ella sin otorgamiento de las Cortes”.³⁸

Poca o ninguna pudo ser la aplicación de la legislación gaditana en la Nueva España, en lo que se refiere a las milicias; sin embargo, sus principios, como veremos posteriormente, fueron utilizados ampliamente en los regímenes del México independiente. No está por demás el recordar que la Constitución de Cádiz significó un rompimiento

33 *Idem*, p. 558.

34 Constitución Política de la Monarquía Española, marzo 19 de 1812, art. 361.

35 *Idem*, art. 363.

36 *Idem*, art. 362.

37 *Idem*, art. 364.

38 *Idem*, art. 365.

de la evolución natural, demasiado lenta, que observaba el sistema jurídico español; muchos lo deploran, pero permitió a España incorporarse al ritmo de la modernidad, y con ella a los países surgidos de sus colonias; esta carta suprema fue el último legado que recibimos de la madre patria.

El ejército virreinal, tanto en su aspecto veterano como de milicias, creció con las necesidades de la guerra que se desata en 1810, y en la que tomaron parte destacada las tropas provinciales, las que, en unión de los cuerpos expedicionarios, vencedores de Napoleón y llegados para combatir la rebelión, estuvieron a punto de derrotar definitivamente a los insurgentes. Casualmente, fue un antiguo oficial miliciano, Agustín de Iturbide, quien logra alcanzar el supremo ideal de Hidalgo y sus compañeros Allende, Aldama y Abasolo, también oficiales de milicias; el valor demostrado por los milicianos y los conocimientos de sus oficiales fueron muchas veces nefastos para la causa de la libertad. Los cuerpos provinciales purgaron en esta guerra los defectos y anomalías que habían padecido, siendo en innumerables ocasiones más útiles y distinguidos sus servicios que los de los veteranos, por su fácil acondicionamiento al clima y al terreno y su común idiosincrasia con los enemigos, lo que les permitió adoptar las tácticas que usaban los guerrilleros. A la postre, los cuerpos milicianos serían la base del nuevo ejército mexicano; soldados y oficiales pasarían a constituirlo con todos sus conocimientos y técnicas, pero también con sus tradiciones, fueros y prejuicios. Sólo hasta el tiempo de la Reforma se liquidará a los últimos restos de estos cuerpos; mientras tanto, se convirtieron en dueños de México.

El concepto estadounidense de la guardia nacional

La Constitución de los Estados Unidos de América, aprobada en 1787, señala en su sección 8, que el Congreso tendrá facultad:

para promover lo necesario para organizar, armar y disciplinar la milicia nacional y para gobernar aquella parte de ésta que se utilice en servicio de los Estados Unidos; reservándose a los estados correspondientes el nombramiento de los oficiales de la facultad de instruir a la milicia conforme a la disciplina prescrita por el Congreso³⁹.

También puede este órgano “disponer cuándo debe convocarse a la milicia nacional con el fin de hacer cumplir las leyes de la unión, sofocar las insurrecciones y rechazar las invasiones”. Reforzando lo anterior, la segunda enmienda a la Constitución, aprobada en 1791, establecía que “siendo necesaria una milicia bien ordenada para la seguridad de un Estado libre, no se violará el derecho del pueblo de poseer y portar armas”.

Como se observa, desde la creación de su país, los estadounidenses asignaron un papel preponderante a la milicia o guardia nacional, y es natural, ya que recién librada

39 Constitución de los Estados Unidos de América, septiembre 17 de 1787, artículo 1º, sección 8.

la guerra de su independencia, sufridos todos sus horrores y guiados por un espíritu netamente ilustrado e individualista, reconocieron en el pueblo el derecho y la obligación de contribuir a la defensa de la nación; temerosos de un ejército permanente demasiado fuerte y desorbitado, el ciudadano-soldado se convierte en el depositario del sagrado deber de defender la patria. Los distinguidos teóricos del federalismo, Hamilton, Madison y Jay, se ocuparon profusamente de estudiar y analizar el concepto de la guardia nacional. Haciéndose eco de la adversión de los estadounidenses de aquellos tiempos hacia el militarismo, los autores de *El Federalista* concluyen que frente a un ejército poderoso que intentara tiranizar a la sociedad, como sucede en muchas partes, se

opondría una milicia de cerca de medio millón de ciudadanos armados, dirigidos por hombres seleccionados entre ellos, que lucharían por sus libertades comunes y unidos y dirigidos por gobiernos que poseen su afecto y confianza..., puede dudarse con razón de que una milicia así organizada pueda ser vencida... pues forma contra las acometidas de la ambición una barrera más insuperable.⁴⁰

Sin embargo, a pesar de que la “milicia del país es su baluarte natural y en cualquier circunstancia estará a la altura de la defensa de la patria”,⁴¹ siempre es necesario contar con un ejército permanente, pequeño y muy profesional, que se emplee, por ejemplo, para cubrir las guarniciones de la frontera y repeler los ataques de los indios, pues “los miembros de la guardia nacional no consentirán por mucho tiempo o en absoluto que se les aparte de sus familias y sus ocupaciones. El gasto adicional de un relevo frecuente y la pérdida de trabajo y el desconcierto en la actividades productivas... serían objeciones decisivas contra el sistema”.⁴² No por esto disminuyen los méritos de la guardia nacional, “la milicia americana, gracias al valor demostrado en muchas ocasiones, ha labrado monumentos para perpetuar su gloria”,⁴³ pero se requiere en forma complementaria a militares profesionales, pues la guerra “es una ciencia que debe adquirirse y perfeccionarse”.⁴⁴

De lo anterior, es posible extraer varias e importantes conclusiones. Corresponde a los ciudadanos la responsabilidad de defender a la nación; se entiende que siendo el propio pueblo la esencia del Estado, es el primer interesado en su salvaguarda; adicionalmente, para que los ciudadanos estén en condiciones de cumplir con su deber, tienen el derecho de poseer armas. La milicia no es una institución de carácter permanente, si bien todos sus integrantes deben estar perfectamente instruidos en el manejo de las armas; la guardia nacional sólo se constituye cuando las circunstancias lo requieran. El ejército profesional es el complemento para defender con éxito a la patria; sin em-

40 *El Federalista*, Los ochenta y cinco ensayos que Hamilton, Madison y Jay, escribieron en apoyo de la Constitución norteamericana, México, FCE, 1974, p. 203.

41 *Idem*, p. 102.

42 *Idem*, p. 99.

43 *Idem*, p. 103.

44 *Ibidem*.

bargo, sólo debe ser lo absolutamente indispensable para cubrir las necesidades del servicio de guarnición, quedando a la milicia el papel de formar el grupo en caso de emergencia. Un concepto trascendental que aportan los Estados Unidos es que la milicia depende y forma parte de cada uno de los estados miembros del pacto federal; se remarca con ello su condición de local, independiente de los demás y solamente unida por los lineamientos generales de organización, disciplina y armamento que dicta el poder federal; en lo demás, inclusive el nombramiento de oficiales, son completamente libres, y actúan de acuerdo con órdenes del poder estatal y sólo se subordinan a la unión en caso de revueltas o invasiones. Otro elemento digno de destacarse es que si bien los estados se reservan el derecho de nombrar a los oficiales, cedieron este privilegio a los propios milicianos, quienes lo eligen de entre sus filas.

En suma, son varias las connotaciones muy particulares las que le conceden a la Guardia Nacional de los Estados Unidos sus características tan especiales; sobre todo en el sentido de que se trata de una institución claramente republicana, en la acepción primaria de esta palabra; netamente federal, pues nace del sistema político que respeta las autonomías de las entidades federativas y, por último, pero no menos importante, es democrática, puesto que en ella participan, en condiciones de igualdad, los ciudadanos. Este marco conceptual debió ejercer alguna influencia en los intentos mexicanos por formar una milicia; es definitivamente, para aquella época, un novedoso y revolucionario planteamiento de lo que constituye la seguridad del Estado, que ya ha probado su eficacia.

3. PRIMERA ETAPA. MILICIA CÍVICA LOCAL

La consumación de la independencia y el primer imperio

Los heroicos esfuerzos de sus hijos han sido coronados y está consumada la empresa eternamente memorable...” reza el Acta de la Independencia de la Nación Mexicana. Y efectivamente, los esfuerzos de sus hijos fueron realmente heroicos; miles cayeron en el campo de batalla, la muerte los sorprendió sin distinguir su filiación; insurgentes y realistas, todos nativos de este suelo, hallaron su fin luchando por ideas que representaban algo más que el enfrentamiento de facciones, pues de ellas dependía el destino de un país entero. Fue un antiguo oficial de milicias, Agustín de Iturbide, “genio superior a toda admiración y elogio” según el Acta, quien llevó a buen término la causa de la independencia.

La recién nacida nación tuvo que enfrentarse a un sinnúmero de problemas y dificultades que la agobiaron desde los primeros días. No bien pasaron los festejos de la entrada del Ejército Trigarante a la ciudad de México, cuando la lacerante realidad reclamó la atención de los líderes que la habían hecho independiente. Por supuesto, el aspecto de la seguridad del nuevo imperio fue motivo de inmediatas acciones; el ejército mexicano, nuevo en su denominación, se formó con los viejos insurgentes, sobrevivientes de muchos años de guerra, pero, sobre todo, con los numerosos restos del ejército virreinal, que al igual que sus jefes y oficiales, no dudaron en cambiar de

bandera en forma vertiginosa. De esta forma, se intentó fundir en un solo instituto armado a dos tipos de militares que hasta entonces habían sido rivales; lógicamente, los profesionales y los disciplinados se impusieron pronto a los incultos pero bravos guerrilleros; un mal principio, sin duda.

El Congreso Constituyente, en el que a pesar de los deseos de Iturbide predominaban los republicanos, emitió en diciembre de 1822 el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, en el que hizo mención de esta preocupación por la seguridad. Así, señala que “se organizará la fuerza pública hasta el estado en que el Emperador la juzgue conveniente...”⁴⁵ También retoma los postulados de Cádiz y explícitamente establece que “ningún mexicano... puede excusarse del servicio militar, siempre que la patria necesite de sus brazos para su defensa y conservación.”⁴⁶ Para hacer vigente y eficaz este precepto, tiempo antes, el 3 de agosto de 1822, el Soberano Congreso Constituyente Mexicano decretó el Reglamento Provisional para la Milicia Cívica, en el que como norma general se estipula que esta fuerza militar “se compondrá de todos los ciudadanos de la edad de diez y ocho a cincuenta años...”⁴⁷ señalándose las consiguientes excepciones: sacerdotes, jornaleros, funcionarios e impedidos. Las obligaciones de la milicia, que debía formarse en cada pueblo o ciudad, eran muy variadas; lo mismo daría guardia en las casas capitulares, que patrullar para la seguridad pública, además de participar en funciones de “regocijo”; perseguiría, no habiendo tropa permanente, a los malhechores y desertores y escoltaría a los presos y caudales nacionales en su tránsito por el distrito de su asignación. Curiosamente, y fuera de lugar, concede otra excepción para sus reclutas: “los milicianos que sigan carrera literaria, sólo serán obligados al servicio en tiempo de vacaciones”.⁴⁸ Aquí debe entenderse como referido a los estudiantes de la universidad o de instituciones similares.

El nombramiento de oficiales, sargentos y cabos se efectuaría por elección, a pluralidad de votos de los concurrentes ante el ayuntamiento, y los elegidos como oficiales debían ser preferentemente nacidos en América y si no, notoriamente adictos a la independencia. Los propios oficiales elegirían al abanderado y a los comandantes del cuerpo. La milicia cívica, como fuerza de carácter local, estaría bajo las órdenes de la autoridad política superior del lugar en donde se formase. Por otra parte, muy amplio resulta ser el capítulo correspondiente a los delitos y cuestiones de subordinación, pero conviene destacar que si el miliciano cometía un delito común, “sufrirá las penas que las leyes tengan señalada, a cuyo fin será remitido con la sumaria al juez respectivo”,⁴⁹ lo cual es una derogación del fuero militar.

45 Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, enero 10 de 1823, art. 20.

46 *Idem*, art. 21.

47 Decreto del 3 de agosto de 1822, Reglamento de la Milicia Cívica, art. I (**Nota importante:** Toda la normativa, tanto la ordinaria como la específica del siglo XIX citada en este trabajo, está tomada de la colección Dublán y Lozano titulada *Legislación Mexicana*, en sus diversos volúmenes, en dónde puede consultarse y comprobarse fácilmente mediante los índices cronológicos que contiene).

48 *Idem*, art. 21.

49 *Idem*, art. 53.

El reglamento trata con lujo de detalles lo relativo al armamento, uniformes y fondos de la milicia, y concluye con la exhortación que ha de formularse en el acto de bendición de banderas de los cuerpos, estableciéndose el compromiso de defender la independencia y la libertad, “hasta perder nuestras vidas, porque así lo exige la gloria de la nación, el crédito del cuerpo y nuestro honor cifrado en el cumplimiento de la solemne promesa que hemos hecho...”⁵⁰

La primera República Federal

Desconocido por el Congreso, Iturbide deja el poder y sale desterrado; el movimiento republicano federalista toma auge en el país y así se adopta como nueva forma de gobierno para la nación, la República federada, encomendándose a un Congreso Constituyente la elaboración de una carta magna que garantizara esta conquista de la libertad. No todo lo realizado durante el Imperio es invalidado; las milicias creadas en 1822 no sólo son respetadas, sino, inclusive, fortalecidas puesto que, comprendiendo éstas únicamente cuerpos de infantería y caballería, el Congreso decretó el 5 de mayo de 1823 la creación de la milicia nacional de artillería “en las capitales de provincia, plazas de armas, puntos del interior, y de las costas, donde deba usarse esta arma a juicio del gobierno”.⁵¹ Estos cuerpos se regirían para su desempeño por las normas dictadas para la milicia de otras armas, proporcionando el gobierno el material de guerra necesario, piezas y municiones, para su ejercicio e instrucción.

El Constituyente de 1824 adoptó casi textualmente lo consignado por la Constitución de los Estados Unidos, pues dispuso como prerrogativa del Congreso el “formar reglamentos para organizar, armar y disciplinar la milicia local de los estados; reservando a cada uno el nombramiento respectivo de oficiales y la facultad de instruirla conforma a la disciplina prescrita por dichos reglamentos”.⁵² Además, incluye una disposición claramente gaditana al considerar como atribución del presidente de la República el “disponer de la milicia local para los mismos objetivos (la seguridad interior y la defensa exterior de la federación), aunque para usar de ella fuera de sus respectivos estados y territorios, obtendrá previamente consentimiento del congreso general...”.⁵³

Pronto pudo el gobierno hacer uso de esta facultad, pues seguramente a solicitud del presidente Guadalupe Victoria, el Congreso lo autorizó el 23 de febrero de 1827 para que “durante los desórdenes de Tejas, pueda usar dentro del círculo que forman los estados de Coahuila, Nuevo León, Tamaulipas y territorio de Nuevo México, de la milicia local de los mismos, hasta un número de cuatro mil hombres⁵⁴”, lo cual sencillamente

50 *Idem*, art. 80

51 Decreto del 5 de mayo de 1823, Creación de la Milicia Nacional de Artillería, art. I.

52 Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, octubre 4 de 1824, art. 50, fr. XX.

53 *Idem*, art. 110, fr. XI.

54 Facultades concedidas al gobierno para contener los desórdenes de Texas, febrero 23 de 1827, art. I.

significa que el ejército permanente no era suficiente para cubrir las necesidades militares del momento.

La moda federalista de la época condujo al gobierno a modificar la situación legal de las milicias, para lo cual expidió el 29 de diciembre de 1827 una ley para el arreglo de estos cuerpos, en lo que nuevamente se establece que todo “mexicano está obligado a concurrir a la defensa de la patria, cuando sea llamado por la ley”,⁵⁵ y todo individuo que quedara incluido en este precepto, en cantidad que sería fijada por las legislaturas locales, conformarían la milicia nacional. El espíritu federalista es manifiesto pues las tropas así organizadas estarían bajo las órdenes de los gobernadores en primera instancia y del presidente de la República en caso de emergencia de magnitud.

La milicia tendría como atribuciones el “sostener la independencia nacional y la Constitución de la República...”,⁵⁶ y correspondía a cada estado el disciplinarla, uniformarla, proveerse de fondos y armamentos, y mantenerla en perfecto orden e instrucción; además se fijaba el número mínimo de tropas que debería reclutar cada entidad, el cual ascendía al uno por ciento de su población. Esta ley derogó los decretos anteriores sobre formación de milicias de infantería, caballería y artillería. A partir de este momento, se deslindaron los campos ideológicos en las fuerzas militares del país; así los interesados en perpetuar las antiguas tradiciones coloniales, es decir, los monárquicos, que aún existían, los escoceses y los centralistas, que representaban además a las clases acomodadas de la sociedad, apoyaron y se apoyaron en el ejército permanente, considerándolo como el instrumento idóneo para mantener el poder y con ello brindar protección a sus intereses; por otra parte, las nuevas corrientes del progreso, los federalistas yorquinos, con aspiraciones de representación popular, encontraron en las milicias el medio de hacer valer por la fuerza sus ideales; naturalmente, no faltó ocasión para que ambos grupos se enfrentaran, oscilando los triunfos de un lado a otro; el concepto de fondo es sencillo, las tropas permanentes son el reflejo de una sociedad que busca sostenerse en sus privilegios; las milicias se abanderan con el impulso del pueblo.

En el famoso cuartelazo de la Acordada, movimiento que tuvo como finalidad llevar al poder a don Vicente Guerrero, derrotado en las elecciones, se distinguió la milicia particularmente como una fuerza capaz de encender la revolución en plena capital, utilizando como pretexto el hacer una demostración popular en contra de los resultados del sufragio. Aparece por primera vez en la vida pública un hombre que será el símbolo viviente del espíritu que anima a las milicias, el entonces capitán Lucas Balderas, comandante de la brigada de artillería de las milicias de la ciudad de México.

Balderas era un artesano honrado, de mucho valor personal, que un día debía perpetuar su nombre, y estaba preocupado fuertemente con todas aquellas ideas que favorecen al pueblo, en el sentido de que los hombres de condición humilde

55 Ley del 27 de diciembre de 1827, Arreglo de la Milicia Local, art. I.

56 *Idem*, art. 4.

y de menos influjo en la sociedad, deben ser ocupados en los primeros puestos y considerados también como el más firme apoyo de la administración pública. Este oficial subalterno dio el grito de rebelión la noche del 30 de noviembre (de 1828).⁵⁷

En medio de los vaivenes de la política, llega al poder, en su carácter de vicepresidente, don Valentín Gómez Farías, patriarca del liberalismo mexicano, y bajo sus inspiración se reforzaron enormemente los cuerpos de milicia en todo el país; específicamente, en el Distrito Federal, entre octubre de 1832 y julio del año siguiente se emiten tres disposiciones tendentes a su mejora e incremento, llegándose a crear así una fuerza respetable de seis batallones de infantería, tres escuadrones de caballería y una brigada de artillería, con lo cual las fuerzas populares constituían una seria amenaza a los tradicionalistas; seguramente Gómez Farías contaba con estos cuerpos para redondear su intento de reforma, pues, por lo visto, no se contentó con intervenir en los aspectos de separación de la Iglesia-Estado y en el ramo de educación; liberal convencido, el vicepresidente quiso culminar su obra levantando tropas provenientes del pueblo, llamadas en el futuro a sustituir al ejército permanentemente, siguiendo el esquema estadounidense, que pregonaba el derecho y la obligación del ciudadano-soldado de defender la patria. Sin embargo, algunos excesos se cometerían, pues el gobierno se vio en la necesidad de dictar órdenes perentorias para evitar la incorporación forzosa a las milicias, pues

multitud de quejas motivadas por la exaltación de los jefes de los cuerpos locales, que sin atender otra cosa que a su patriotismo, traspasaron las disposiciones tomadas para ponerlos bajo un pie de fuerza respetable, llamaron la atención de este gobierno, y después de acallar a los que fueron de alguna manera atropellados, dictando las providencias del momento, según las exigían las circunstancias, consultó al supremo se dictase una medida enérgica, capaz de contener al abuso de echar leva, para unos cuerpos que, debiéndose considerar como el sostén de las libertadas patrias, y el más firme apoyo de las instituciones federales, no pueden componerse sino de ciudadanos libres...⁵⁸

Denota claramente este párrafo el concepto que el gobierno liberal tenía de las milicias y su interés por convertirlas en una institución popular y democrática, libre de los atavismos y prejuicios padecidos por el ejército permanente.

También algunos comandantes de milicias, tratando de imitar a los profesionales y hacer suyos los privilegios que éstos detentaban, olvidándose del espíritu de la milicia, quisieron hacer válido el fuero militar.

Queriendo extraer de la cárcel a varios reos a pretexto del privilegio que disfrutaban para no ser arrestados por delitos comunes sino en sus respectivos cuarteles

57 Cuevas, Luis G., *Porvenir de México*, México, Jus, 1954, p. 298.

58 Providencia del 11 de julio de 1833.

como individuos que fueron de los antiguos cuerpos de la misma milicia... y ... ni ahora están dichos reos alistados nuevamente en los actuales... y para cortar en lo sucesivo todo abuso de esta naturaleza... sólo gozan de la referida gracia los individuos que se hallen alistados y presten servicios en los cuerpos existentes de la milicia nacional.⁵⁹

Llamado de vuelta al poder por centralistas, conservadores y clérigos, quienes veían afectados sus intereses por la reforma propuesta por Gómez Farías, Santa Anna se dedica a restituir el viejo orden y a destruir la obra liberal. No escapan a su persecución las milicias, que no siendo posible su eliminación por estar contempladas en la Constitución, si al menos las redujo y debilitó; así por ejemplo, de los seis batallones de infantería milicianas creados en el Distrito Federal, quedaron únicamente dos,

Teniendo en consideración... que en la capital de la unión debe haber siempre una guarnición respetable que asegure la tranquilidad pública... que exigiendo el estado del erario las mayores economías posibles... que debiendo los cuerpos permanentes dedicarse al servicio activo de campaña... que para la organización de los cuerpos locales de esta ciudad deben tener preferencia aquellos individuos que sufrieron con constancia las penalidades y riesgos de la campaña...⁶⁰

Con lo cual no sólo disminuyeron su fuerza, sino que también recibieron a soldados veteranos que tenían la misión de socavar el espíritu miliciano.

Adicionalmente, se publicó una Ley para la formación de la milicia cívica del Distrito Federal y territorios, en la que además de incluir una larga lista de los que pueden estar exceptuados de prestar servicios en esos cuerpos, señala que los fondos necesarios para su manutención se obtendrán de “las contribuciones que paguen los exceptuados... y los que sin tener excepción legal pretendieran no prestar el servicio personalmente...”,⁶¹ con lo cual se desvirtúa el concepto de que las milicias estarían formadas por ciudadanos libres, introduciendo la posibilidad de corruptelas, además de que, naturalmente, los cuerpos estarían compuestos de pobres diablos sin moral ni convicciones.

Por otra parte, la acción destructiva del gobierno de Santa Anna no se detuvo en la capital, las milicias de los estados también fueron afectadas, reduciéndolas a “la base de un miliciano por cada quinientos habitantes... (y)... el gobierno recogerá el armamento excedente de lo necesario para la fuerza que designa esta ley, indemnizando al propietario...”.⁶² La aplicación de esta ley, como veremos, fue de graves consecuencias para la causa del federalismo. Mientras tanto, el gobierno se preocupó por tener a las

59 Orden de la plaza del 10 de septiembre de 1833, “Cuándo goza de fuero la milicia local y por qué conducto debe reclamarse”.

60 Bando del 14 de noviembre de 1833, “Arreglo de los cuerpos locales de la capital de la Unión”.

61 Ley para la Formación de la Milicia Cívica del Distrito Federal y Territorios, 21 de marzo de 1834, art. 12.

62 Ley del 31 de marzo de 1835, “Arreglo de la Milicia Local”, arts. 1 y 5.

milicias bien aleccionadas e imbuidas en la forma de pensar de la clase dominante y del ejército, para lo cual se decidió la publicación de una revista mensual dedicada exclusivamente a tratar materias relacionadas con la milicia y en general con el arte de la guerra, pues “ocupadas nuestras prensas en la discusión de asuntos políticos, manchadas algunas con la difamación y la calumnia, las ciencias no han merecido en nuestros escritos la preferencia que se les concede en todos los pueblos cultos para instruir a los ciudadanos, templar las pasiones y mejorar las costumbres”.⁶³ A todas luces se intentaba darle un nuevo rostro a la milicia, esta vez tratando de barnizarla con dosis mensuales de cultura militar.

La destrucción del sistema Federal

La mayor parte de los estados habían sido sometidos al nuevo régimen, cediendo voluntaria o forzosamente sus derechos; únicamente en todo el país existía un reducto de libertad, el último baluarte del federalismo derrotado, Zacatecas, en donde se recibía a todos los perseguidos y hacían causa común los ideólogos con los milicianos. En 1835 esta entidad llegó a representar un serio peligro para la estabilidad centralista que era pretendida por Santa Anna y sus corifeos; flotaba en el ambiente la sensación de que el centro prepararía un tremendo golpe para acabar con la autónoma Zacatecas que no se plegaba a los deseos de los enemigos del sistema federal. En efecto, fue dictada la Ley para el Arreglo de las Milicias Locales que, se decía, estaba especialmente dirigida a ella, cuyas milicias eran las más numerosas y mejor armadas, pues contaba con cerca de veinte mil alistados, aunque en servicio activo únicamente podía disponer de cuatro mil. Esta fuerza en realidad podría ser un elemento desequilibrante de las circunstancias sociales y políticas de la época si llegaba a ser mal empleada, como en ocasiones sucedía; sin embargo, en Zacatecas la situación era diferente; gobernada por don Francisco García Salinas, emérito estadista preocupado por el progreso moral y material de su estado, de probada convicción liberal y federalista convencido, no intentaría nunca enfrentar por ambiciones mezquinas a los poderes del centro; amante de la paz, solamente se resolvió a luchar con sus zacatecanos cuando vio seriamente amenazados su decoro, su autonomía y sus libertades.

Y el gobierno sí estaba verdaderamente interesado en exterminarlos, pues hablando de la gran cantidad de tropas milicianas con las que contaba Zacatecas, de las piezas de artillería de grueso calibre existentes en esa plaza, de sus almacenes repletos de víveres y parque, los servidores de Santa Anna comentaban que esos acopios y estas obras deben haber costado inmensas sumas, y su fuerza militar excede en mucho a lo que puede sufrir la población. Lo que pudo ser conveniente alguna vez llega a ser dañósimo con el tiempo, y las milicias de Zacatecas, así como las de los demás estados, han tocado en un extremo que debe destruir nuestra población y la poca industria que tenemos, a más de otros males gravísimos que ocasionan, a juicio de las personas

63 *Circular de la Secretaría de Guerra*, mayo 15 de 1835.

prudentes y experimentadas.⁶⁴ Por supuesto, los “prudentes” eran los centralistas, y animaron desde luego a Santa Anna para que combatiera a los milicianos de Zacatecas que se atrevían a retar al poder central.

La batalla fue favorable al “ambicioso soldado perturbador de la paz y del orden público, para consumir con mano férrea lo que él tanto deseaba; esto es, la ruina de Zacatecas y la muerte de su autonomía”,⁶⁵ pero este hecho de armas no es más que uno de tantos capítulos trágicos que se han sucedido en México para perpetuar el rígido centralismo que hasta la fecha padecemos, estrangulador de los intereses y aspiraciones regionales. En Zacatecas no sólo desapareció el federalismo, sino con él las milicias, que no resurgirán hasta doce años después.

Asegurado el dominio de la República, los centralistas tranquilamente establecieron las nuevas directrices del país, consignadas en las famosas Siete Leyes o Leyes Constitucionales de 1836, en las que si bien se autorizaba a los gobernadores de los departamentos el poder de disponer “de la fuerza armada que las leyes les concedan”,⁶⁶ no gozaban de plena independencia en esta materia, pues estaban impedidos para “adoptar medidas para el levantamiento de fuerza armada, a menos de que estén facultados por el Congreso”,⁶⁷ lo cual es una limitante cuya primera y natural consecuencia era la desaparición de las milicias, a pesar de que el mismo ordenamiento consideraba como obligación de los mexicanos el “defender la patria y cooperar al sostén y restablecimiento del orden público”,⁶⁸ pero sin incluir los medios legales para hacer eficaz este mandamiento.

Resumiendo, puede afirmarse que el federalismo como idea fue ampliamente combatido, y como praxis de gobierno, totalmente destruido, y con él uno de sus más leales y característicos instrumentos, garantizador de su existencia, como lo eran las milicias; federalismo y milicias son, pues, términos correspondientes e inseparables.

Los centralistas quedaron satisfechos de su obra, según ellos, plenamente justificada por el grave daño que provocaban estos cuerpos al progreso de la nación, pues, como decía uno de sus más distinguidos ideólogos, Lucas Alamán:

Los estados han consumido buena parte de sus rentas en formar otro ejército de milicia nacional o cívica que oponer a las tropas del gobierno general, de los cuales el de Zacatecas en la época de su mayor prosperidad, llegó a tener una fuerza considerable, cuya parte más florida fue destruida por el general Bustamante en la sangrienta batalla del puerto del Gallinero... y el resto por el general Santa Anna... resulta de aquí que casi todo cuanto ha producido la república mejicana, tanto por cuenta del gobierno general como de los estados y todas las deudas que

64 Amador, Elías, *Bosquejo histórico de Zacatecas*, PRI, t. II, p. 412.

65 *Idem*, p. 418.

66 Leyes constitucionales, diciembre 30 de 1836, sexta, art. 7, fr. II.

67 *Idem*, sexta, art. 15, fr. II.

68 *Idem*, primera, art. 3, fr. III.

ha contraído se han invertido... en armar tropas para combatir unas contra otras, haciendo concebir la ilusión de que había un ejército con que defenderse en caso de una invasión, la que con esa confianza no se temía y aun se provocaba; ilusión que ha sido desvanecida de una manera tan funesta.⁶⁹

Con argumentos de esta naturaleza, es fácil entender por qué la parte “sana” de la sociedad aplaudió la derrota de los milicianos.

4. SEGUNDA ETAPA. GUARDIA NACIONAL

La vuelta al federalismo

La efervescencia política, a pesar del régimen centralista, nunca decayó; los inquietos federalistas dieron más de un motivo de alarma al gobierno central al iniciar levantamientos que, en su mayoría, eran sofocados rápidamente. Sin embargo, simbiosis increíble, un movimiento conservador que buscó apoyo en los federalistas, acabó con el gobierno emanado de las Siete Leyes; en efecto, con un plan que procuraba atraerse a los progresistas, los generales Paredes, Valencia y el eterno inconforme, Santa Anna, convocaron a la reunión de un Congreso constitucional, en el cual, gracias a la amplitud y al respeto con que fue realizado el sufragio, predominaron los liberales, moderados en su gran mayoría, pero acompañados de algunos puros, entre los que destacaban ilustres hombres como Ocampo, Montes, Rodríguez Puebla y otros más; también los conservadores lograron hacer llegar al Congreso a sus más entendidos partidarios: Aguilar y Marocho, Ramírez y Couto; mas la esencia y vida de esta asamblea lo fueron los moderados, quienes en esta ocasión tuvieron la oportunidad de poner en práctica todos sus ideales y anhelos, gran ocasión que fue frustrada por la imposición autoritaria de Santa Anna. Lafragua, Ceballos, Gómez Pedraza, Riva Palacio y sobre todo Otero, brillaron enormemente en esta su hora decisiva; nunca más tendrían los moderados en sus manos los destinos de la nación, aunque nada pudieron concretar por la oposición insuperable de las bayonetas, y sólo dejaron al juicio de la posteridad dos proyectos de constitución en lo que su interés conciliador es manifiesto. Otra habría sido nuestra suerte si hubieran alcanzado el éxito.

Los famosos proyectos de 1842 incorporan por primera vez en nuestra historia jurídica el concepto de “Guardia Nacional”. Así, además de señalar que “es obligación del mexicano... cooperar a la defensa de la Patria y al restablecimiento del orden público”,⁷⁰ establecieron como medio para hacerla valer el alistarse en la Guardia Nacional.⁷¹ Es ésta, pues, la primera ocasión en que imperativamente se pretende que el ciudadano sirva en esta institución, adelanto muy importante si se considera que nunca antes se había señalado en una ley de jerarquía constitucional el modo de cumplir con el deber

69 Alamán, Lucas, *Historia de México*, México, FCE, 1968, T. 5, p. 900.

70 Primer proyecto de constitución, 1842, art. 16.

71 Primer proyecto, 1842, art. 23, fr. I y segundo proyecto, art. 10.

de defender a la patria. Siguiendo con una tradición ya hecha norma, los proyectos incluyen como facultad del Congreso el “formar reglamentos para la organización, equipo y disciplina de la Guardia Nacional de los Departamentos (no se atrevían los autores a hablar abiertamente de federalismo) con arreglo a los principios de su Institución”⁷² Aquí se remite, naturalmente, a los principios que ya hemos analizado a lo largo de este trabajo y que son fundamentalmente los de temporalidad, regionalidad y prestación libre del servicio, que constituyen los pilares teóricos de su formación y funcionamiento. Además, se fijan perfectamente los objetivos de la Guardia Nacional, al decir que “quedará destinada exclusivamente a defender dentro de su respectivo territorio la independencia nacional en caso de invasión extranjera. Esta Guardia no hará otro servicio ordinario que el de asamblea y no gozará de fuero”.⁷³ Estas ideas rubrican magistralmente el concepto de guardia nacional al convertirla en una institución netamente localista, además de que impiden terminantemente el uso y abuso de los antiguos vicios que afectaban al ejército permanente; el ciudadano-soldado no debe pretender imitar a los profesionales ni, mucho menos, ser confundido con ellos. Por último, otro precepto que también aparece en anteriores documentos es el que señala que “el Presidente no puede disponer de la Guardia Nacional si no es conforme a la Constitución”.⁷⁴

Si bien nunca estuvieron en vigencia los proyectos, los conceptos en ellos plasmados no fueron olvidados; en 1846, el veleidoso Santa Anna vuelve al poder, esta vez encabezando una revuelta “federalista” y se apoya en muchos elementos del partido liberal para gobernar, incluyendo de nueva cuenta a Gómez Farías. Se legalizó la vuelta al federalismo mediante la promulgación del Acta de Reformas de 1847, que declara validez de la Constitución de 1824 con algunas adiciones, pues que “los estados que componen la Unión Mexicana han recobrado la independencia y soberanía...”⁷⁵ Algunas variantes se observan en el Acta, significativas en lo que respecta a la Guardia Nacional, pues se establece que es un “derecho” de los mexicanos el pertenecer a ella, y no una obligación como en los proyectos. Tal pareciera que quedaba a discreción del ciudadano el alistarse o no en la Guardia, pero, como más adelante detallaremos, la legislación ordinaria que regula este precepto, aunque dictada con anterioridad a él, sí adoptó la obligatoriedad del alistamiento. Por otra parte, gran importancia concedió el Acta de Reformas a la Guardia Nacional, pues dispuso que su ley orgánica respectiva accedería al carácter de ley constitucional,⁷⁶ lo cual demuestra el profundo arraigo que esta institución tenía en el espíritu federalista.

Presionado sin duda por la amenaza, real y efectiva, de la guerra con los Estados Unidos, el 11 de septiembre de 1846, el general Mariano Salas, encargado del Poder

72 Primer proyecto, art. 79, fr. XV; segundo proyecto, art. 70. Fr. XV.

73 Primer proyecto, art. 156; segundo proyecto, art. 133.

74 Segundo proyecto, art. 80.

75 Proyecto acta de reformas. 1847, I.

76 Acta Constitutiva y de Reformas, mayo 21 de 1847, art. 27.

Ejecutivo mientras regresaba Santa Anna y líder de la revolución federalista, dictó el Reglamento para Organizar, Armar y Disciplinar la Guardia Nacional en los Estados, Distritos y Territorios de la Federación, importante ordenamiento que permitió revivir a los antiguos cuerpos de milicias, ahora con otro nombre, pero con las mismas características y, sobre todo, con un renovado ánimo de lucha. Presumiblemente, el autor de este reglamento fue don Manuel Crescencio Rejón, liberal y distinguido jurisconsulto, puesto que en su articulado se observa una gran calidad tanto en los aspectos de fondo como en la forma; así, comienza con una declaración de principios que es ilustrativa del enfoque que se deseaba dar a la Guardia Nacional, estipulando que ella es “inherente a las instituciones democráticas; por lo mismo subsistirá permanentemente en la República Mexicana,⁷⁷ además de que su objeto será el de “sostener la independencia, la libertad, la constitución y las leyes de la República, para lo cual estará obligada a prestar el servicio que se les designe por las autoridades constituidas”.⁷⁸ Bastan estos dos conceptos para demostrar que los federalistas estaban decididos a emprender una acción total y definitiva en lo que respecta a la Guardia Nacional, dando por hecho la necesidad de su existencia e inscribiéndola en el contexto del supremo interés de la patria. La Guardia Nacional así creada, demostraría al poco tiempo, lo atinado de estas suposiciones.

El Reglamento no establecía expresamente la obligación del ciudadano, pero a través de una forma especial de coacción, implícitamente la formulaba: “todo mexicano, desde 16 a 50 años, tiene el derecho de ser inscrito en la Guardia Nacional. El que no estuviere alistado en el número de los defensores de la patria, perderá los derechos políticos de que se hablará después”, mismos que se reducían, además de penas de prisión o pecuniarias, a la pérdida de voto activo y pasivo durante un año; además, se concedía acción popular para denunciar a los que se ocultaban para escapar del servicio, así como a quienes los protegieran.⁷⁹ La Guardia se compondría de cuerpos de infantería, caballería, artillería, añadiéndose tropas de ingenieros, que se formarían únicamente en las capitales de los estados, y podría estar en cualquiera de estos tres tipos de situación: en asamblea, en servicio de guarnición o en campaña, quedando en los dos primeros casos a las órdenes del gobernador y en el último, bajos las del presidente de la República, siempre con apego a la Constitución.

Garantizaba el Reglamento el espíritu democrático de la Guardia al permitir a sus elementos el elegir de entre ellos mismos a los oficiales, quienes a su vez determinarían los empleos superiores. En la hora suprema en que se emitió este ordenamiento, el gobierno no podía arriesgarse a que persistieran las antiguas y no resueltas diferencias entre la Guardia y el ejército y, por ello, en forma tajante, se mandaba que

77 Decreto del gobierno, septiembre 11 de 1846, Reglamento para Organizar la Guardia Nacional, art. I.

78 *Idem*, arts. 2 y 3.

79 *Idem*, art. 14.

Los honores y consideraciones en los actos del servicio, serán recíprocos entre el ejército y la Guardia Nacional, bajo la más estrecha responsabilidad de los jefes de todas clases, quienes cuidarán del cumplimiento exacto de esta prevención, que dará por resultado la armonía que debe existir entre todos los defensores de la República.⁸⁰

Los “polkos”; Churubusco y Molino del Rey

La guerra de 1847 proporcionó a la Guardia Nacional el campo propicio para mostrar ante propios y extraños su valía y alto sentido patriótico llevado hasta el extremo de entregar la vida en aras de la defensa del suelo patrio; pero también fue el escenario de la más vergonzosa y ridícula actitud que pudiera tener cuerpo militar alguno. Afortunadamente, los errores cometidos, las terribles ofensas hechas a una patria que luchaba por su existencia, fueron expidas de la manera más honrosa y heroica; la sangre pródiga de los guardias nacionales, derramada en abundancia, limpió sus banderas de toda mancha. La patria, agradecida, ha perdonado sus desvíos y sólo recuerda emocionada las hazañas y gestas que los soldados del pueblo realizaron bajo su inspiración.

En efecto, en febrero de 1847, el vicepresidente Valentín Gómez Farías dictaba varias medidas, que bien pueden ser consideradas como segundo intento de reforma, encaminadas a proveer de fondos al ejército mexicano que en esos momentos se preparaba para enfrentar al invasor en la Angostura. Naturalmente, los más afectos por Gómez Farías resultaron ser los clérigos, quienes no querían perder los bienes materiales excesivos que poseían, ni mucho menos auxiliar a un gobierno que se había transformado en federalista y en el que colaboraban varios liberales. Y he aquí que, interesados en proteger sus privilegios, de clase, encuentran un estupendo pretexto en el descontento de algunos cuerpos de la Guardia Nacional que serían trasladados a Veracruz, para convencer a oficiales sin escrúpulos, quienes convirtieron a la noble y honrada juventud que formaba la Guardia en instrumento de la sórdida ambición de unos cuantos. Así nace el famoso pronunciamiento de los polkos, como se llamaba a los guardias quienes

Transformados en soldados de la fe se presentaban llenos de amuletos y medallas, con escapularios y reliquias. Las monjitas verían con arrobamiento cristiano, en sus conventos, a jóvenes galanos que en honra y gloria de Dios se sonreían con halagos mundanos... y con todo, el pronunciamiento era tan criminal, por estar el invasor en nuestras aguas...⁸¹

Aún así, se desató la balacera en las calles de la ciudad de México, los guardias arremetían contra las fuerzas del gobierno, las que en vista de su corto número, únicamente

80 *Idem*, art. 76.

81 Prieto, Guillermo, *Memorias de mis tiempos*, México, Ed. Patria, 1969, p. 399.

se concretaban a defenderse, fue necesario el regreso de Santa Anna para imponer el orden.

Ya se deja entender el desairado desenlace del movimiento de los polkos, y la vergüenza y humillación (dice lleno de arrepentimiento don Guillermo Prieto), con que debe cubrirnos a los que arrojamos ese baldón sobre nuestra historia en los días de más angustia para la Patria. Otro alegraría su poca edad, su inexperiencia, el influjo de entidades por mí veneradas... Yo digo que aquella fue una gran falta... que reaparece más, más horrible a mis ojos, mientras más veces me fije en ella...⁸²

Dejemos ya el pasaje amargo para pasar al momento luminoso que es digno de figurar en las páginas más distinguidas de nuestra historia. Demos la mano a un testigo presencial de esta epopeya, Guillermo Prieto, para que nos conduzca y nos llene de emoción, pues en su narración la patria se puede sentir a cada instante, vibrante y estremecedora. La Guardia Nacional fue la actora de las gloriosas jornadas de Churubusco y Molino del Rey. “Desde que se crearon esos cuerpos por circunstancias de educación, espíritu de compañerismo... se crearon agrupaciones como familias...”⁸³ Así, por ejemplo, el Batallón Victoria se componía de comerciantes en su mayoría, pero había también médicos, diputados, hacendados. El Hidalgo, compuesto de empleados de todos los géneros, pobres y alegres; el Independencia, cuerpo brillante, de gente de acción escogida, artesanos, hombres fuertes y expertos al mando de don Pedro María Anaya y don Vicente García Torres, y figuraban en él como oficiales, entre otros, Lafragua, Comonfort, Otero y Martínez de Castro. El Batallón de Artillería Mina, al mando de Balderas, tipo popular por excelencia; el Bravos, formado por tabaqueros y alentado por don Manuel Eduardo de Gorostiza y Manuel Payno.

El 20 de agosto de 1847, encerrados en el viejo convento de Churubusco, los batallones de la Guardia Nacional, Independencia y Bravos, a las órdenes de los generales Rincón y Anaya, se aprestaron a rechazar al invasor, apoyados por las compañías de San Patricio, irlandeses que conociendo la justicia de nuestra causa no dudaron en cambiar de bandera. Las descargas de los defensores producían grandes estragos en las filas estadounidenses; más de una vez debieron retirarse para reordenarse e iniciar de nuevo el ataque con renovados bríos; la mortandad entre los guardias nacionales era enorme, pues en algunos puntos, a falta de parapeto, cubrían la posición con sus propios pechos; las balas enemigas cegaron las vidas de muchos patriotas, quienes, sin embargo, se defendían bien, repeliendo uno y otro ataque hasta que, trágico momento, se termina el parque, pero el ánimo de los mexicanos no decae, están listos para cargar con la bayoneta; los generales Anaya y Rincón, para evitar una carnicería mayúscula deciden la rendición, mandan retirar a los sobrevivientes de las trincheras y los forman en los patios para recibir al invasor con dignidad. El comandante estadounidense no cabe en su asombro, el silencio es imponente, y no puede sino arengar a su tropa,

82 *Idem*, p. 394.

83 *Idem*, p. 391.

encomiando el valor de los vencidos, saludando con cortesía y marcialidad a los generales mexicanos ya prisioneros. Muchos jóvenes, promesas de un brillante futuro para México, quedaron tendidos en las losas de Churubusco para no levantarse más.

Los batallones de la Guardia Nacional, Libertad, Unión, Querétaro y Mina, fueron asignados para dar la batalla en las inmediaciones del Molino del Rey. Aquí, el 8 de septiembre refrendaron la heroica conducta que sus compañeros habían mostrado en Churubusco; aquí también, el ejército permanente dio muestras de un gran valor; por fin se lograba la tan ansiada unidad y colaboración entre los dos institutos armados, de ambos fue la gloria y a ambos corresponde el reconocimiento de la historia. Como un error táctico fue considerada esta batalla por los invasores, perdieron una gran cantidad de hombres y tuvieron serios descalabros en su ejecución; triunfaron sólo gracias a su superioridad numérica y de armamento. Unos de los héroes de esa jornada fue el coronel Miguel María Echegaray, comandante del tercer batallón ligero, del ejército permanente. Prieto narra con magnificencia su actuación en el Molino:

Si fuera pintor presentaría aquel adalid, épico, glorioso, con su cabello rubio, flotando como un resplandor de oro, alzado en los estribos, con su espada fulgente, avanzar entre nubes de humo y metralla al retumbar de los cañones; pisando cadáveres, avanzar, dispararse, arrojar la espada, abalanzarse a los cañones que nos habían quitado los enemigos, restituirlos, soberbio, festejoso, radiante, a sus filas, obligando a la gloria a que diera a la misma derrota las grandiosas proporciones del triunfo.⁸⁴

El Batallón Mina se distinguió particularmente en Molino del Rey. Su coronel, Lucas Balderas,

había sido herido en un pie al principio de la acción pero entusiasta y pundonoroso como Echegaray, no quiso retirarse y apareció a la cabeza de su batallón en el momento en que los americanos hacían un tercero y formidable esfuerzo para vencer la oposición... atento Balderas a sus soldados, se adelantó quizá temerariamente, y cayó atravesado por una bala. La guerra nos arrebató uno de los mejores ciudadanos, uno de los militares más valientes, uno de los hombres más honrados; pero murió rodeado de todo el prestigio del valor y de la gloria.⁸⁵

En otra parte, Prieto dice: “Balderas, arrastrándose con la espada en alto, alienta a sus soldados, desangrándose hasta caer en los brazos de su hijo Antonio. ¡Qué escena de dolor!, partía el alma, el padre moribundo entero y valiente; el hijo trémulo, anegado en llanto...”⁸⁶ Otros soldados del mismo batallón tuvieron igual fin, como Margarito Zuazo,

84 *Idem*, p. 418.

85 Prieto, Guillermo *et al.*, *Apuntes para la historia de la guerra entre México y los Estados Unidos*, México, Siglo XXI Editores, 1980, p. 417.

86 Prieto, *op. cit.*, nota 80, p. 417.

Artesano humildísimo, que se hizo querer en su cuerpo de Mina por su subordinación y bondad, y así se le nombró abanderado. El día de la acción... se excedió en el cumplimiento del deber. Atropellado por un gran número y hecho una criba a bayonetazos, quedó por muerto, asido a su bandera. Sintiendo que se moría, se incorporó, se despojó de su ropa, enredó su bandera a su cuerpo que chorreaba sangre y expiró.⁸⁷

Son suficientes estos ejemplos para demostrar cómo la Guardia Nacional cumplió honrosamente con su compromiso ganándose con justicia un lugar destacado en el recuerdo de quienes aprecian en toda su magnitud, los esfuerzos heroicos de los mexicanos por defender y enaltecer a su patria.

Pero, detengámonos un momento para tratar de describir brevemente la vida del hombre prototipo de la Guardia Nacional: Lucas Balderas, uno de los muchos “valientes y virtuosos republicanos, que en el momento del peligro han salido del pueblo para ofrecer a la patria el sacrificio de su sangre...”⁸⁸ Humilde artesano, sastre de profesión, el amor a la Patria lo señaló desde su juventud, pero para él la patria y la libertad no fueron los pretextos de esa ambición tan común... sino del más absoluto desinterés. En esta época de aspirantismo y corrupción, cada vez que la palabra libertad, invocada en nuestras contiendas... Balderas dejaba su taller y, ciñendo la espada, se presentaba el primero, sin condiciones, sin ostentación, como quien cumpliera un deber fácil y ordinario... Este hombre no podía faltaren el frente del extranjero.⁸⁹

En efecto, Balderas había hecho suyo el espíritu de la Guardia Nacional; moderno Cincinato, peleaba exclusivamente por ideales, sin importarle lo que podía ganar en los triunfos; más de una vez se le ofreció un empleo en el ejército permanente, distinción que siempre rechazó para volver a la santa paz de su taller; en fin, “el hombre del pueblo veía en él el modelo de esa institución, por fin adquirida, de la Guardia Nacional cuyas primeras páginas brillan ya con la gloria purísima...”⁹⁰ Hace poco tiempo se rindió un merecido homenaje a su memoria al depositar sus restos en el monumento conmemorativo del Molino del Rey; sean estas líneas un reconocimiento sentido para “el hombre que ha muerto conduciendo sobre el enemigo las columnas sin temor de la Guardia Nacional.”⁹¹

Los preámbulos de la Reforma

La Guerra de 1847 fue una espantosa sacudida a las aspiraciones y modos de vida de la sociedad mexicana, en todas sus clases; la derrota dejó una secuela de desolación,

87 *Idem*, p. 418.

88 Otero, Mariano, *Obras*, México, Porrúa, 1967, 2 t., p. 485.

89 *Ibidem*.

90 *Idem*, p. 486.

91 *Ibidem*.

tristeza, miseria y desaliento, muy difícil de superar. El nuevo gobierno, presidido por el general don José Joaquín de Herrera, varón justo, preocupado por reconstruir al país, llamó a los hombres más distinguidos de la época a colaborar en esa urgente tarea; entre los elegidos se encontraba Mariano Otero, joven jurista que a su corta edad gozaba ya de sólido prestigio como estudioso de la realidad y circunstancias políticas, económicas y sociales del país. Bien supo aprovechar Herrera la valía y conocimientos de este ilustre abogado, pues la muerte temprana lo sorprendió a los 33 años, en 1850, siendo una gran pérdida para México. Otero, en su calidad de secretario de Relaciones Interiores y Exteriores del gobierno de Herrera, se propuso la misión de volver a echar a andar a un país literalmente parado; uno de los renglones que fue objeto de su atención inmediata fue el relativo a la seguridad pública, para cuya cabal resolución tenía que enfrentarse en el terreno ideológico con el ejército permanente, “por ser sin duda esta clase la más inmediatamente responsable de la pérdida del honor nacional...”⁹² Un frío análisis permite a Otero descubrir algo que salta a la vista pero que nadie se ha atrevido a denunciar públicamente:

La ocupación favorita de la mayoría del ejército ha sido, con muy pocos intervalos, la de hacer revoluciones, el desorden ha llegado al colmo... no debe parecer nada extraño el que con tanta frecuencia se hayan repetido en México esas farsas militares llamadas pronunciamientos, porque es claro que por este camino, un subteniente, por ejemplo, que figuraba en seis revoluciones consecutivas, ascendía indudablemente a general... es forzoso convenir en que un ejército compuesto de tal manera estaba llamado a hacer en la primera guerra nacional que se presentase con un ejército extranjero medianamente organizado, el mismo ridículo papel... no es nada difícil, en efecto, el contar las derrotas que ha sufrido nuestro ejército en la presente guerra (1847), si se sabe de antemano el número de encuentros que ha tenido con el enemigo, porque precisamente ha dado la casualidad de que cada batalla ha sido una derrota...⁹³

Ante tal panorama, ¿cómo conceder al ejército la custodia de la seguridad nacional? Por ello, Otero se propuso como el primero de todos los ciudadanos del nuevo gobierno, el organizar la fuerza pública, pues quedó demostrado en la guerra contra los estadounidenses que el pueblo mexicano “nunca negó el contingente de su sangre... sin arredrarse por las derrotas que han cubierto los campos de batalla con los cadáveres de sus buenos hijos, abunda en elementos de defensa si el riesgo común reanima el espíritu público, si la ley sabe aprovechar esos elementos”.⁹⁴ La respuesta brota inmediatamente de este razonamiento: “Nuestras instituciones dan a todo ciudadano el derecho de defender su país. La Ley llama a la Guardia Nacional a cuantos tienen interés en

92 Otero, Mariano, “Consideraciones sobre la situación política y social de la República mexicana en el año de 1847”, *Obras, cit.*, nota 87, p. 116.

93 *Idem*, pp. 117 y 118.

94 Otero, Mariano, “Programa de Gobierno”, *Obras, cit.*, nota 87, p. 735.

la conservación del orden, y su excelencia, el Presidente necesita pedir a cada uno el cumplimiento inexcusable de ese deber”.⁹⁵

La Guardia Nacional, pues, aparece en el pensamiento de Otero como la solución a los problemas inherentes de la seguridad pública, lo cual implica, desde luego, la dismisión no sólo física, sino también de concepto, del ejército permanente hasta, quizá, lograr su virtual desaparición, ya que debe esperarse que en la Guardia

encuentren la seguridad y el orden, las libertades públicas y la independencia de la nación, una garantía incontestable. Por lo demás, en nuestra situación y con un país tan poco poblado, es indispensable una fuerza que, sin amenazar el orden público ni perpetuar antiguos y reconocidos abusos, pueda dirigirse a cualquier punto, proveer a la seguridad exterior y conservar en la nación ese elemento de poder que todas necesitan...⁹⁶.

Claro que no todo es tan sencillo; Otero se enfrentará a problemas verdaderamente insuperables que obstaculizan sus proyectos, y se ve obligado a confesar que si bien mucha gente está de acuerdo en que la Guardia Nacional

debía formar la base de todo sistema de reforma, hemos trabajado porque se organice y hemos conseguido algún resultado, aunque en nuestro país hay un elemento peor que la actividad de los revolucionarios y es la apatía de las gentes honradas, que se quejan de las desgracias públicas y no quieren tomarse trabajo ni compromiso alguno para remediarlas. A pesar de todo, el señor Herrera se encuentra lleno de decisión para vencer...⁹⁷

Y recalca más tarde esta misma decepción e impotencia, pues

en materia de fuerza, el egoísmo y la indolencia de nuestras costumbres hacen que la Guardia Nacional exista en poco número y mal organizada; de nuestros soldados nada puede esperarse, y a mi juicio, debemos renunciar a toda esperanza de un buen ejército, si no nos decidimos a traer alguna fuerza extranjera y buenos cuadros de jefes y oficiales.⁹⁸

Bastante desesperado debe haber estado el “juicio” de Otero para hacerle proferir tales destinos, más lo que hay que destacar era su patente molestia por la negligente actitud de sus ciudadanos hacia las cuestiones de la seguridad militar de la nación; no debe extrañarnos que hasta la fecha permanezcamos en la misma situación que tan claramente diagnosticó Otero.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Idem*, p. 736.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Idem*, p. 767.

La preocupación del gobierno de Herrera en cuanto a la Guardia Nacional, no se redujo a exponer ideas brillantes sobre sus fundamentos y bondades; en obediencia a los mandatos del Acta de Reformas de 1847, se apresuró a promulgar la Ley Orgánica de la Guardia Nacional el 15 de julio de 1848 en la que se definen con exactitud los fines que debe cumplir esta institución: “defender la independencia de la nación, sostener las instituciones, conservar la tranquilidad pública y hacer obedecer las leyes y las autoridades establecidas por ellas”.⁹⁹

Cada estado y el Distrito y los territorios federales deberían disponer de una guardia conformada bajo un porcentaje de seis al millar de su población, y se compondrá “de los alistados que voluntariamente quieren servir en ella, y el deficiente se cubrirá conforme a los reglamentos, los cuales harán recaer esta carga sobre los ciudadanos a quienes sea menos onerosa, atendida su edad, familia y género de industria sin dar lugar a gracias personales”.¹⁰⁰

Esta Ley sigue en lo fundamental a la de la 1846, ya comentada, pero incluye algunas novedades sobresalientes, como la de ordenar que los cuerpos de la Guardia Nacional llevarán el nombre de la entidad donde se formasen, y sólo se distinguirán por el número que se les asignaba por rigurosa antigüedad; además nadie podía servir por medio de remplazo, vicio que ya se había vuelto costumbre; los alistados no podían ser destinados al servicio personal de los jefes y oficiales, importante avance, puesto que los ciudadanos soldados no tenían por qué realizar actividades serviles, más aún si se presentaban voluntariamente; por último, expresamente se estableció que la Guardia Nacional, en ninguna clase de situación, ya sea en asamblea, guarnición o campaña, disfrutaría de fuero para los delitos comunes y los negocios civiles.

Haciendo uso de una técnica jurídica más depurada y propia que la acostumbrada en aquella época, esta Ley contó, para su eficaz aplicación, con el apoyo de reglamentos, mismos que se especializaban en materias delicadas como el procedimiento para el alistamiento y lo relativo a las excepciones y el modo de hacerlas valer. Mariano Otero, seguramente redactor a la vez que inspirador de todo este paquete legislativo, trató de dar vida a la Guardia Nacional, asignándole un papel relevante no sólo idealmente sino en la práctica, a través de una esmerada regulación que hiciera factible su desempeño y participación en las tareas de la reconstrucción de un país al borde del colapso material y moral.

Por supuesto, apareció en el contexto histórico el “sin embargo” de costumbre, que nulificó totalmente la obra bienhechora del gobierno de Herrera, del de su sucesor Arista y de todos los mexicanos que con su buena fe creyeron en ellos y en sus programas. El incansable Santa Anna regresó nuevamente al país, llamado ahora por los grupos más reaccionarios de la sociedad, quienes, entre otras cosas, deseaban un ejér-

99 Ley Orgánica de la Guardia Nacional, julio 15 de 1848, art. 2.

100 *Idem*, art. 12.

cito permanente fuerte y sólido, respetado en sus tradiciones y fueros, y reconocido como el más importante soporte de un Estado que debía ser, según ellos, el protector de los intereses de las clases dominantes y cultas. Afortunadamente para México, fue ésta la última vez que el nefasto general se hacía del poder supremo, pero entre los múltiples atropellos cometidos por él y por su camarilla, de sobra conocidos, también atentó contra la Guardia Nacional, considerada como un reducto de los enemigos del despótico régimen. Así, el 23 de abril de 1853, el Ministerio de Guerra giró una comunicación para desaparecer la Guardia argumentando, entre otros supuestos agravios a la “sociedad”, que se había separado

enteramente del espíritu y aun de la letra de las leyes...que abusando de ellas, lejos de ser formados y sostenidos los cuerpos por ciudadanos que hicieran gratuitamente este servicio, han gravado a los fondos públicos... que se ha separado violentamente de sus talleres a muchos útiles y honrados artesanos... que se ha apelado al reprobado arbitrio de la leva... que era un verdadero engaño para los ciudadanos llamar guardia nacional a lo que realmente no lo era... que las cosas no pueden continuar en estos términos sin daño al erario y detrimento de tan dignos ciudadanos...¹⁰¹

Por todo esto, se decretó que, en primer término, el batallón Mina, de heroica historia, se convirtiera en una unidad del ejército permanente, los demás serían dispersados y aquellos de sus soldados que quisieran continuar en el servicio de las armas, serían aceptados en los cuerpos de policía o en los activos, y todo el armamento, equipo y vestuario que hubiere pertenecido a la Guardia, sería recogido por el gobierno. Por lo visto, Santa Anna era ya un experto en disolver a las tropas que no compartían sus opiniones, pero esta vez, en concordancia con los “justos y lamentables” motivos que lo habían obligado a actuar en contra de la Guardia Nacional, ordenó ser manifestara a los jefes, oficiales y soldados de estos cuerpos, “la gratitud del Excmo. Sr. Presidente por sus servicios, y que acepta los que voluntariamente prestaren para defender la independencia y los sagrados derechos de la nación”,¹⁰² refinado cinismo que poco le valdría ante el vendaval revolucionario que lo destronaría a poco, y en el que tuvieron gran participación los soldados del pueblo, quienes se darían el lujo de derrotar al bonito ejército de oropel que había formado.

Los soldados del liberalismo

El rasgo común que entre sí tienen la revolución de Ayutla, la Guerra de Reforma y la lucha contra la intervención y el imperio, es que en todas y cada una de las acciones libradas, las fuerzas de la reacción estuvieron siempre formadas por tropas del ejército permanente; durante el imperio, incluso, recibieron el apoyo militar de profesionales europeos. Por otra parte, y en contraposición, los ejércitos liberales se nutrieron

101 Comunicación del Ministerio de la Guerra del 28 de abril de 1853, exposición de motivos.

102 *Idem*, art. 5.

del pueblo, surgiendo soldados improvisados que muchas veces dieron muestra de un valor y una lealtad infinitamente superior a las de sus contrincantes. Estos soldados populares, verdadera Guardia Nacional en su más pura expresión, vieron salir de entre ellos a los adalides de la causa liberal, Zaragoza, González Ortega, Escobedo y Corona y muchos otros destacaron brillantemente en las batallas de la gran década nacional. Por supuesto, algunos elementos del antiguo ejército se unieron a ellos, transmitiéndoles sus conocimientos y disciplina, como Valle y Rocha, pero fueron los menos.

El grupo liberal arremetió desde el principio contra las viejas y ya caducas instituciones, entre las que particularmente estaba incluido el ejército permanente. La famosa Ley Juárez es un ejemplo de ese interés por disminuir y eliminar la nefasta influencia de los militares, sin dejar de reconocer la importancia de la seguridad nacional, la que, argumento ya conocido, no podía dejarse a cargo del ejército, tan lleno de vicios, por lo cual, el gobierno emanado de Ayutla, “convencido íntimamente de que las libertades públicas no pueden ser afianzadas definitivamente, si no es poniendo en manos de los ciudadanos las armas nacionales para que ellos sean el más firme sostén de la libertad...”,¹⁰³ convocó para ello a la formación de la Guardia Nacional, declarándose vigente para este efecto la Ley Orgánica del año de 1846, ya comentada. Los cuerpos así formados tendrían su bautizo de fuego en los combates librados en la ciudad de Puebla, cuando Comonfort debió reprimir el levantamiento conservador de Haro, y en la propia ciudad de México, en los días siguientes al golpe de Estado del mismo presidente.

El Constituyente de 1857 tenía como materia obligada de análisis, lo relativo a la Guardia Nacional, partiendo de la premisa ya indicada de la incompetencia del ejército permanente para dar seguridad al Estado, considerando como el instrumento idóneo para hacerlo a la Guardia, pero fueron aún más lejos, pues pensaron hasta en repudiar las leyes sabias que sobre ella se habían dictado, pues los encargados de su aplicación

pensaron más en la milicia que en la democracia y en la libertad... tales leyes habían dado ocasión para que los jefes y oficiales tuvieran mando por tiempo indefinido, resistiéndose naturalmente a volver a ser iguales a sus subordinados; que habiendo abandonado sus ocupaciones habituales y acostumbrado tanto a la milicia...¹⁰⁴

Sin duda, escándalo debió haber sido el comportamiento de estos guardias para que el Congreso razonara de tal manera, aunque nunca dejó de pensar en la Guardia Nacional como el instrumento más legítimo para la seguridad y orden público, pues se expresó que esa era una de las instituciones

103 Comunicación del Ministerio de Gobernación del 21 de noviembre de 1855. “Se mandan abrir los registros para las inscripciones de la Guardia Nacional”.

104 *Enciclopedia de México*, México, SEP, 1987, v. 6, p. 106.

más adecuadas para formar virtudes, porque con las armas se da al pueblo conciencia de su fuerza, interés en las elecciones... se fijó el valor que la milicia debía tener en política diciendo que es la sanción y la realidad de la soberanía del pueblo, pues que no podría concebirse ésta si el pueblo carecía de las armas con que poder sostener su voluntad y vigilar su cumplimiento; y que para no quitarle su carácter popular los mismos ciudadanos nombrarían sus oficiales, y los estados, por lo mismo, se encargarían de instruirla y ejercerla.¹⁰⁵

Aun así, la obra del Constituyente resultó ser tibia, pues no se atrevió a eliminar de plano al ejército permanente. Sin embargo, se dio gran realce al concepto de la Guardia Nacional, señalándose que los ciudadanos tienen la prerrogativa de “tomar las armas en el ejército o en la Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones”,¹⁰⁶ a la vez que es su obligación el alistarse en ella.¹⁰⁷ Retoma también el concepto estadounidense ya comentado de que es el congreso el facultado para “dar reglamentos con el objeto de organizar, armar y disciplinar la Guardia Nacional, reservando a los ciudadanos que la formen, el nombramiento respectivo de jefes y oficiales y a los estados la facultad de instruirla conforme a la disciplina prescrita”,¹⁰⁸ conservando este poder el dar su “consentimiento para que el ejecutivo disponga de ella fuera de sus respectivos estados”,¹⁰⁹ al tiempo que se establece como facultad del propio presidente el disponer de su utilización.

La guerra de Reforma impidió seguramente la pronta legislación de esta materia, más a pesar de ello, la Guardia se formó espontáneamente, dispuesta a defender la Constitución liberal. El gobierno legítimo, refugiado en Veracruz, no olvidó a los soldados del pueblo y los principios e ideales que representaban, manifestando su preocupación y el compromiso de darles inmediata atención:

En el ramo de guerra, el gobierno se propone arreglar al ejército de manera que mejorado en su personal, y destruidos los vicios que se notan en su actual organización, pueda llenar dignamente su misión. La Guardia Nacional es una de las instituciones de que el gobierno cuidará, porque comprende que ella es también el sostén de las libertades públicas y, por lo mismo, procurará con empeño que se organice del modo más a propósito para corresponder cumplidamente a su objeto.¹¹⁰

Los derrotados conservadores no cejaron en su empeño y recurrieron a Francia para regresar con tropas invasoras. No existiendo ya el ejército regular, el presidente Juárez decidió hacer frente al invasor con la Guardia Nacional, disponiendo la vigencia de la

105 *Ibidem*.

106 Constitución Política de la República Mexicana, febrero 5 de 1857, art. 35, fr. IV.

107 *Idem*, art. 36, fr. II.

108 *Idem*, art. 72, fr. XIX.

109 *Idem*, art. 72, fr. XX.

110 Juárez, Benito, *Justificación de las Leyes de Reforma*, México, UNAM, 1981, pp. 93 y 94.

antigua Ley de 1848, la de Otero, para organizarla.¹¹¹ Tuvo éxito, ya que el ejército de la República se formó con soldados del pueblo, que hicieron retroceder a los vencedores de famosas batallas en todos los rincones del mundo, aplastando al final el sueño imperial mexicano. Los guardias nacionales alcanzaron con su esfuerzo una segunda independencia para México.

Con el fusilamiento de Maximiliano se inicia la consolidación del triunfante Estado liberal. Maestro consumado de la política, Benito Juárez da muestra de ello al licenciar al gran ejército republicano, vencedor de los invasores, reduciéndolo al número suficiente para cubrir los servicios de guarnición. De hecho, veteranizó a algunos cuerpos de la Guardia Nacional, llamándolos a formar parte de las divisiones creadas para el nuevo ejército, lo que significa que dejaron de ser ciudadanos en armas para convertirse en soldados profesionales.¹¹² Así se creó el Ejército federal, que perduró hasta el triunfo de las Revolución constitucionalista. Además ordenó que los efectivos sobrantes en ese licenciamiento se utilizasen, primero, como fuerzas de policía y seguridad en sus respectivos estados, y los sobrantes, que seguramente serían la gran mayoría, se pondrían “en asamblea, depositando el armamento y organizando la Guardia Nacional, de manera que sin gravamen del erario se instruya y reglamente para llenar el objeto de su institución...”¹¹³ El problema social que podría producirse con una gran cantidad de ex soldados desempleados fue resuelto perfectamente por Juárez, quien certeramente se proveyó de un ejército e instituyó la Guardia Nacional; visión magistral la del benemérito.

Durante el periodo de la República restaurada, el gobierno llegó a hacer uso de la Guardia Nacional para sofocar levantamientos que si bien no eran de gran magnitud, sí provocaban molestias y preocupaciones.¹¹⁴ Sin embargo, la tan deseada Ley Orgánica de la Guardia no llegaba, provocando su ausencia que las propias entidades federativas, violando la Constitución, legislaran sobre esta materia, originando una gran confusión y dispersión jurídica, potencialmente generadoras de conflictos. Grave sería esta situación, ya que la prensa llegó a publicar críticas a este sistema, quizá intencional, de *vacatio legis*. Así, sobre la Guardia Nacional se dijo que:

desde el año de 1857 yace esta determinación de la ley suprema esperando su desarrollo de la Actividad del Cuerpo Legislativo. Son gravísimos los males que se están siguiendo al país de la carencia de leyes orgánicas, porque la vida de la Constitución es sin ellas puramente negativa... se ha encontrado un paliativo, no sólo en la suprema necesidad del orden y de la paz, sino en una circular del Ejecutivo en 1861, declarando vigente la ley de 1848 sobre Guardias Nacionales. Sabido es que esta ley, buena bajo muchos aspectos, adolece de varios defectos y de vicios anticonstitucionales... pero tiene además un vicio de origen esta ley

111 Orden del 5 de mayo de 1861.

112 Resolución del 23 de julio de 1867.

113 Circular del 30 de julio de 1867.

114 Ley del 30 de diciembre de 1869.

reglamentaria que la nulifica en su raíz, el ejecutivo no pudo declarar su vigencia porque invadía las atribuciones del Congreso... El país tiene el derecho de exigir de sus representantes un mayor desarrollo de actividad, sobre todo mientras se trate de dar vida a los preceptos constitucionales. Es vergonzoso lo que pasa en México en esta materia. Se dejan llegar las dificultades a su más subido punto, y cuando el mal ha cundido, se pretende remediarlo todo con un expediente...¹¹⁵

Por supuesto, el gobierno y el Congreso ignoraron completamente lo reclamos de la prensa y jamás promulgaron ley alguna que reglamentara a la Guardia Nacional. Resulta significativo que la última vez que aparece el término Guardia Nacional en la legislación mexicana del siglo XIX es en 1880, en una circular por la que se ordena que a los antiguos miembros de la Guardia que prestan sus servicios en el ejército federal, se les abone el tiempo que sirvieron en esos cuerpos durante las guerras extranjeras de 1847 y de 1862-1867. El porfirismo, en su esplendor centralista, nulificó todo intento de autonomía estatal; la Guardia Nacional, en estas condiciones, estaba condenada irremediabilmente a desaparecer, tal y como aconteció. Porfirio Díaz, guardia nacional en sus inicios militares, fue el verdugo, y su tumba, el conformismo político de la época.

5. LA GUARDIA NACIONAL EN EL SIGLO XX

La Revolución mexicana

Nuevamente, un movimiento armado de carácter eminentemente popular aglutinó a su alrededor a los soldados del pueblo, quienes aun careciendo de la mínima instrucción militar, derrotaron al Ejército Federal creado, como ya se explicó, al finalizar las guerras de la intervención y del imperio. Si bien nunca se habló expresamente de Guardia Nacional, las tropas revolucionarias tuvieron esa connotación, por su carácter voluntario, temporal y localista, ratificando así la idea de que es el pueblo en armas el más valioso y firme sostén de las libertades. Gracias a los triunfos obtenidos por estos soldados fue posible iniciar en nuestro país una nueva época en la que, como veremos, a sus gestores y ejecutores, no se les reconoció participación alguna en las nuevas expectativas de desarrollo.

En efecto, el Congreso Constituyente de 1917 tampoco tuvo el atrevimiento de descartar al ejército permanente del esquema de las instituciones nacionales, aunque también consignaba la existencia de la Guardia Nacional. La imposibilidad jurídico-práctica de poner en vigor el mandato constitucional que da vida a la Guardia, el notorio interés por fortalecer al nuevo Ejército mexicano a través de leyes y acciones concretas, y la veteranización de las tropas revolucionarias, convirtiéndolas en permanentes y profesionales, fueron el tiro de gracia para la Guardia Nacional, que ya nunca en nuestra historia volvería a levantarse de esa situación de inexistencia real, aunque no teórica.

115 Sierra, Justo, *Obras completas*, México, UNAM, 1977, t. IV, *Periodismo político*, pp. 24 y ss.

En contradicción con la realidad, nuestra Constitución vigente concede una gran importancia a la Guardia Nacional, disposiciones que únicamente adornan a nuestra carta magna pues no tienen aplicación práctica, primero por la falta de una ley reglamentaria y, segundo, por la falta de voluntad política para hacerla surgir. La Constitución establece como obligación de los mexicanos “alistarse y servir a la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la patria, así como la tranquilidad y el orden interior”,¹¹⁶ además de que es una prerrogativa del ciudadano, el “tomar las armas en el ejército y Guardia Nacional para la defensa de la República y sus instituciones”.¹¹⁷ La Constitución sigue a su antecesora en los principios y mecanismos que en 1857 se dictaron para la regulación de la Guardia, es decir, el Constituyente revolucionario no aportó nada nuevo al tema que nos ocupa, lo cual es entendible si se considera que sus preocupaciones eran de otra índole, por lo que únicamente se concretó a transcribir artículos, sin analizarlos ni darles su justo valor y dimensión. La Guardia Nacional nació muerta en la Constitución de 1917.

Y tan es así que cuando en 1925 llegó la hora de modificar y poner al día la Ley Orgánica del Ejército, –expedida originalmente en el año de 1900 conforme a los mandatos por la Constitución del 57, por lo que dicha Ley preveía a la Guardia Nacional como fuerzas armadas de los Estados de la federación, en calidad de tercera reserva para el caso de una emergencia–, el general Joaquín Amaro, a cargo del proyecto de referencia, decidió suprimirla de plano por inoperante e inexistente, en virtud de que a pesar de que la Revolución se había hecho con fuerzas de los Estados, la nueva institucionalidad del Ejército Nacional Mexicano consideró inviable su existencia, veteranizando como ya se dijo, a las antiguas unidades que hicieron posible el triunfo revolucionario. La opinión del entonces prominente militar y político, el general Francisco Serrano, es contundente, pues consideraba que las guardias nacionales no podrían ser sostenidas por los Estados, ya que éstos en muchas ocasiones tenían que pedir prestados los recursos necesarios a la Federación para pagar a sus maestros o a sus policías y “no considero a ésta tan taruga para dar dineros a unas fuerzas que no controlará y sí se convertirán en un serio peligro no solo para la creación de cacicazgos sino como gérmenes de pronunciamientos”.¹¹⁸ Esta opinión, directa y cruda, será la prevaleciente, aunque no se expresará así, y explica la razón política de no habersele dado vida a la Guardia Nacional a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1917, es decir, más de cien años ya.

Años más tarde, en 1934, el presidente Lázaro Cárdenas pareció dar un nuevo impulso a la Guardia Nacional, resucitándola y presentándola como uno de los puntos a desarrollar en su programa de gobierno, de tal suerte que cumpliera con su papel de ser

116 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, febrero 5 de 1917, art. 31, fr. III.

117 *Idem*, art. 35, fr. IV.

118 Loyo, Martha. *Joaquín Amaro y el proceso de institucionalización del Ejército Mexicano, 1917-1931*. México, INEHRM, 2010, pp. 139.

el complemento natural del ejército permanente, con matices propios, surgidos de la ideología que profesaba aquel distinguido mandatario:

Nuestro ejército seguirá identificándose con los núcleos obreros y campesinos en sus actividades sociales y en las diferentes fases de su lucha de clases; ambos grupos proletarios son la matriz de donde toma el ejército nacional sus más valiosos elementos y, unido a campesinos y obreros constituye las reservas de energía con que se renueva constantemente la fuerza nacional de cuyas fuentes han de brotar muy pronto nuevos grupos de milicias locales que, constituyendo la Benemérita Guardia Nacional, asuma los múltiples servicios de seguridad nacional que hoy gravita sobre el ejército de línea, para que éste pueda disponer de suficientes elementos económicos para realizar su mejoramiento y perfeccionar su instrucción...¹¹⁹

Diversas circunstancias, primero la política interna, relacionadas posteriormente con cuestiones de índole internacional, harían imposible el cumplimiento del programa de gobierno de Cárdenas en este punto. Su intento no superó la etapa de postulado de buena fe.

Desfiguración del concepto de la Guardia Nacional

La Segunda Guerra Mundial involucró también a nuestro país. Temiendo una posible y fundada agresión, y con el objeto de contribuir al frente común formado por las naciones democráticas contra la acción totalitaria de las potencias del eje, el gobierno de don Manuel Ávila Camacho puso en vigor la Ley del Servicio Militar, en la que atinadamente se “declara obligatorio y de orden público el servicio de las armas para todos los mexicanos... quienes lo prestarán en el Ejército o en la Armada...”¹²⁰ De inmediato puede observarse que en este precepto no se incluye a la Guardia Nacional como uno de los medios idóneos para prestar al servicio, reconocido como tal en la Constitución de 1917, como ya se mencionó con anterioridad. Sin embargo, parece lógico el suponer que el gobierno federal no tuvo intención de hacer participar a la Guardia Nacional, sino más bien reforzar los cuadros permanentes del Ejército y la Armada, posición completamente válida y comprensible, pues el concepto de servicio militar como obligación del ciudadano de contribuir a la defensa de la independencia y de los intereses de la patria puede cumplirse a través de cualquiera de los mecanismos que para tal efecto la propia ley suprema establece. En este caso, se prefirió incrementar los efectos del instituto armado permanente, con la incorporación obligatoria por un año de los ciudadanos en edad militar en los cuerpos activos tanto del Ejército como de la Marina de guerra.

El problema con respecto a la Guardia Nacional se presenta en esta Ley del Servicio Militar cuando señala que “el servicio de las armas se prestará... hasta los 30 años, en la 1ª. Reserva; hasta los 40 años, en la 2ª. Reserva; hasta los 45 años, en la Guardia

119 *Enciclopedia de México*, México, SEP, 1987, v. 6, p. 107.

120 Ley del Servicio Militar, 19 de agosto de 1940, art. I.

Nacional...”.¹²¹ Caben aquí varios comentarios sobre este precepto. En primer término, no existiendo una ley orgánica de la Guardia Nacional que regule el mandato constitucional de su creación y organización, el vacío jurídico resulta ser perjudicial, pues deja en calidad de letra murta la disposición superior, y por ello no es posible precisar con exactitud, aun conociendo sus características distintivas teóricas, sus fines y objetivos específicos, así como su aplicación práctica. Ello provoca que sea en otra ley, la del Servicio Militar, donde se le mencione, a nuestro juicio, indebida y equivocadamente.

En segundo lugar, esta Ley parece limitar la formación de los cuadros de la Guardia Nacional, permitiendo que únicamente los ciudadanos mayores de 40 años, pero menores de 45 puedan ser parte de ellos, lo cual, si nos atenemos a los conceptos que a lo largo de este trabajo hemos expresado, no solamente es impropio, sino inconstitucional. Por último, y no menos importante, la Ley del Servicio Militar desvirtúa la noción básica y fundamental de la Guardia Nacional, al considerarla como una tercera instancia para prestar el servicio de las armas en el ejército permanente, es decir, como una más de sus reservas orgánicas, diferenciada de las demás únicamente por la edad de sus reclutas; la Guardia nunca forma parte del ejército.

Como puede observarse, la Guardia Nacional no solamente ha sido olvidada, sino también desfigurada en nuestro sistema jurídico, lo cual es lamentable por los importantes beneficios que esta institución podría aportar al desarrollo de la conciencia cívica del mexicano y a su sentido de la solidaridad social. No es este el lugar apropiado para analizar las causas que han producido esta situación, baste con señalar que son de naturaleza política, pues claramente la Guardia fue incompatible con el Estado centralista y dictatorial que nos impuso el PRI.

Hace algunos años, un estudioso del derecho revivió el tema de la Guardia Nacional,¹²² señalando que:

la reiterada disposición sobre la existencia de este organismo es copiosa en el texto de la Carta Magna, pero el mandato se halla postergado en virtud de que al instituirse constitucionalmente la Guardia Nacional con carácter estatal, y bajo la autoridad de cada uno de los titulares del Poder Ejecutivo local, se contradice y viola en primer lugar lo dispuesto por el artículo 118 de la Ley Suprema que reza: “(los estados) tampoco pueden, sin consentimiento del Congreso de la Unión: II. Tener, en ningún tiempo, tropa permanente ni buques de guerra”, y en segundo lugar, dada la realidad política y social del país (gobernadores tipo cacique), se crearían graves problemas, por cuyas razones, jurídico constitucional y de sano gobierno, no se ha dado, hasta hoy, cumplimiento al ordenamiento de que se trata.¹²³

121 *Idem*, art. 5.

122 Schroeder Cordero, Francisco Arturo, “Guardia Nacional”, en: *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1983, t. IV, pp. 312 y sigs.

123 *Idem*. p. 313.

Coincidimos en que por razones de “sano gobierno”, durante los largos años del régimen del PRI, quizá no haya sido apropiado legislar sobre la Guardia Nacional pero, desde el punto de vista jurídico, no existe oposición alguna entre ambos artículos, puesto que efectivamente, se prohíbe a los estados el tener tropa permanente, pero la Guardia, como ya se ha repetido, no tiene en ningún caso ese carácter de permanente.

Además, por las mismas razones, no estamos de acuerdo con la afirmación expresada por este autor cuando manifiesta que:

A fin de que la disposición constitucional para establecer la Guardia Nacional no siga siendo nugatoria y que tampoco pugne contra otro precepto de la Ley Suprema, debe formularse un proyecto de reforma al artículo 73, fracción XV, de la misma, a efecto de que la multitudada Guardia Nacional sea de índole federal y no estatal, debiendo quedar subordinada, como el ejército, al jefe del Ejecutivo Federal...¹²⁴

Puesto que con ello se desvirtuaría totalmente el concepto original de la Guardia Nacional, institución que en sí misma es inherente al sistema federal, y bien entendida, garantía del mismo. Vale más continuar con la situación actual de olvido, que legislar en el sentido de hacer perder a los estados la poca autonomía que aún conservan, aunque sin ejercitar. Naturalmente, el contar con una guardia nacional efectiva y digna de tal nombre, implica para cada entidad federativa y para el gobierno federal una madurez cívico-política de muy alto grado, y si por ahora no existe, no por ello debe descartarse que en un futuro pueda ser adquirida y demostrada; en ese entonces, la Guardia Nacional podría ocupar ocupará el lugar que le concede nuestra Constitución, tal y como acontece en otros países, como en los Estados Unidos de América, donde la institución opera en condiciones de normalidad, sin temor a que un Estado soberano intente separarse de la federación y sin confundirla con la policía.

La confusión actual

Para las elecciones federales del año 2018, uno de los candidatos a la presidencia de la República, propuso integrar a las Fuerzas Armadas y a los cuerpos de policía en una Guardia Nacional, como estrategia para atacar el “grave problema” de inseguridad y violencia en el país, que calificó como “oprobiosa y amarga realidad”, añadiendo que es necesario que el presidente de la República coordine personalmente a todas estas fuerzas.

Las palabras textuales fueron estas: “Vamos a integrar a las corporaciones policiacas, a la Marina y al Ejército, va a haber una Guardia Nacional. Ahora es un desastre porque cada corporación hace lo que considera, por un lado está la Marina, por otro lado está el Ejército, por otro lado están las policías; no va a ser así. Va a haber una Guardia Nacional porque son 240,000 soldados, 50,000 marinos, estamos hablando de una

124 *Idem*, p. 314.

fuerza de 300,000 elementos, más de las policías estatales, municipales, las vamos a integrar y de manera coordinada vamos a actuar”.

Evidentemente, estas afirmaciones, desconocedoras del concepto auténtico y del significado de la “Guardia Nacional” en nuestra historia y en nuestro derecho, han creado confusión por una parte, y falsas esperanzas por la otra, en los seguidores de ese candidato que creen a pie juntillas sus palabras.

Primero, hay que decir que existe una imposibilidad constitucional que resolver, si se pretende hacer realidad esta propuesta: las fuerzas armadas permanentes mexicanas — Ejército, Armada y Fuerza Aérea— son de naturaleza federal y su mando corresponde al presidente de la República; lo mismo ocurre con la Policía Federal. Sin embargo, el mando de las policías estatales y municipales corresponde a sus respectivas autoridades, con independencia y legitimidad constitucional cada una de ellas. Para reunir en un solo cuerpo, mal llamado Guardia Nacional, haría falta una mayúscula, difícil, retardataria y compleja reforma constitucional en la que se eliminaría, de hecho, el sistema federal, al asumir el presidente de la República el mando de todo ese conglomerado tan disímulo.

Además, porque en efecto y en segundo lugar, se trataría de reunir en una sola corporación entidades de naturaleza diferente: las fuerzas armadas permanentes, con sus misiones claramente definidas en la Constitución de la defensa exterior, el orden interno y auxilio a la población en caso de desastre, con más de dos mil cuerpos policíacos que existen en el país, uno por cada estado federado y uno más por cada uno de los 2,022 municipios existentes, además de las corporaciones especiales como la Policía federal, la Bancaria, la Fiscal, etc., cuya misión esencial es la prevención y persecución de los delitos.

Y en tercer lugar, el adiestramiento y la capacitación, así como las características tácticas y logísticas de las fuerzas armadas permanentes es absolutamente diferente a las de las muchas corporaciones policíacas, ello dicho de manera independiente a la disciplina, moralidad, lealtad y profesionalismo de los integrantes del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, que distan mucho de las conocidas deficiencias que en estas materias, adolecen las policías de todo el país, ello sin mencionar el tema delicado pero reconocido pública y ampliamente de su corrupción, ineficacia, complicidad con delincuentes y falta de lealtad institucional y hacia la sociedad a la que supuestamente deben servir. Reunir en un solo cuerpo denominado erróneamente Guardia Nacional a hombres y mujeres pertenecientes a las fuerzas armadas permanentes con quienes laboran en las muchas corporaciones policíacas, es una afrenta a quienes se han consagrado a honrar y servir a México.

6. REFLEXIONES FINALES

Temiendo parecer repetitivos, no es por demás hacer énfasis en algunos aspectos relevantes sobre la Guardia Nacional, de tal suerte que sirvan de conclusión final a este trabajo.

En primer término, conviene recordar que la Guardia Nacional es una institución de naturaleza eminentemente federalista. No es una exageración de la soberanía de los estados, sino que es la mínima fuerza pública con que cuenta cada uno de ellos para que sus ciudadanos puedan cumplir con el mandato de colaborar en la defensa del país y contribuir a conservar el orden interno. No se trata de que las entidades federativas posean ejércitos particulares; es una garantía que se les reconoce para que cuenten con elementos de carácter militar suficiente para solventar sus necesidades internas.

Por otra parte, la temporalidad del servicio de la Guardia Nacional es su nota distintiva. En ningún caso es permanente como el ejército regular, ni mucho menos adquiere tintes de profesional. La Guardia puede estar en alguna de estas opciones: en asamblea, en servicio dentro de su propio estado, o bien en campaña, en defensa de la soberanía nacional, y solamente en esta última opción se sujeta a las órdenes emanadas del poder federal.

Indudablemente es difícil articular los conceptos de “poder militar de la federación” y el de guardia nacional de cada entidad federativa. Sin embargo, ambos están consignados expresamente en la Constitución, y el lograr su coexistencia armónica es labor precisa del poder público, tanto federal como estatal. Podría parecer incompatible esa coexistencia, pero en un Estado de derecho, la asignación de funciones, responsabilidades y ámbitos de competencia, la otorga la ley, y de su cumplimiento exacto depende la buena marcha del país.

Por último, no existe ninguna duda sobre la existencia de la obligación que los nacionales tienen de contribuir a la defensa de la patria común. Tampoco hay duda sobre la prerrogativa que ellos tienen de cumplir en la forma establecida por la ley suprema. El concepto del individuo que defiende su terruño, junto con sus paisanos, es la base primera que sostiene a la guardia nacional. La agrupación espontánea, que una vez salvado el problema desaparece, es el principio rector de esta institución. Naturalmente, al perfeccionarse este concepto, es de pensarse que el ciudadano debe estar permanentemente instruido en el manejo de las armas para estar en condiciones de cumplir con su obligación eficientemente.

La posibilidad legal de la existencia de la Guardia Nacional está claramente contemplada en nuestra Constitución; al hacerla vigente y permitir su participación en la vida nacional, dependerá de consideraciones políticas de conveniencia y oportunidad, pero no puede desconocerse que sería un estímulo importante a la descentralización y al desarrollo regional, factores de los cuales estamos bastante necesitados.

Sin embargo, la confusión de términos y conceptos introducida recientemente en el debate político desvirtúa por completo la noción mexicana, histórica y constitucional, de la Guardia Nacional. Ésta no es la suma de las fuerzas armadas permanentes –Ejército, Armada, Fuerza Aérea– con los cuerpos policiacos federales, estatales y municipales. Pretender reunirlos en una sola corporación, es un error y una afrenta, porque las naturalezas, misiones y calidades de ambas son radicalmente distintas en todos aspectos.

7. COROLARIO DE ÚLTIMA HORA

De pronto, en un cambio de opinión, el equipo de transición del nuevo gobierno que iniciará funciones el 1 de diciembre de 2018, resolvió abandonar y descartar a la Guardia Nacional como pretendía y anunciaba organizarla equivocadamente el ya Presidente Electo, tal y como se demostró a lo largo de este texto. En una cuerda y responsable declaración, el próximo secretario de Seguridad Pública, anunció que la dependencia que próximamente encabezará, prescindirá de la Guardia Nacional que había planteado el candidato triunfador de las elecciones como propuesta de campaña; informó además que esta propuesta ya no se incluirá en la iniciativa de reformas a la Ley de la Administración Pública Federal. Expuso, por último, que la decisión de no crear esa figura se tomó porque los esfuerzos del nuevo gobierno en materia de seguridad y combate al crimen organizado se enfocarán en mejorar la coordinación entre las corporaciones policiacas y elementos de las Fuerzas Armadas.

Sin embargo, poco duró el efecto positivo de la pertinente aclaración, pues al cabo de unas semanas, al conmemorarse el cincuenta aniversario del movimiento estudiantil del 68, de nuevo el Presidente Electo se refirió otra vez a la posibilidad de integrar en una sola institución, a las Fuerzas Armadas, aunque ahora modificó el nombre como será conocida la nueva creación: ya no será “Guardia Nacional”, sino “Guardia Civil Nacional”. Estas son sus palabras textuales: “Vamos a crear una Guardia Civil a nivel nacional con apoyo del Ejército, de la Marina y de la Policía Federal, vamos a unir estas corporaciones en una Guardia Civil Nacional, donde se va a limitar el uso de la fuerza y se van a garantizar los derechos humanos”.

Por ello, este artículo no es inútil: la previa difusión de las ideas en él contenidas, espero, quizá contribuya a decisiones más sensatas.

FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

Enciclopedia de México, México, SEP, 1987, 14 v.

Alamán, Lucas, *Historia de México*, México, FCE, 1968, 5 v.

Amador, Elías, *Bosquejo histórico de Zacatecas*, Zacatecas, PRI, 1943, t. II, 564 pp.

Antolín Espino, María del Pópulo, “El virrey marqués de Cruillas”, *Los virreyes de Nueva España en el reinado de Carlos III*, Sevilla, Escuela de Estudios Hispano Americanos, 1967, t. I, 683 pp.

Cuevas, Luis G., *Porvenir de México*, México, Jus, 1954, 501 pp.

Gutiérrez Santos, Daniel, *Historia Militar de México 1325-1810*, México, Ed. Ateneo, 1961, 442 pp.

Hamilton, Alexander et. al., *El Federalista*, México, FCE, 1974, 430 pp.

Humboldt, Alejandro de, *Ensayo político sobre el reino de la Nueva España*, México, Porrúa, 1966, 696 pp.

Juárez, Benito, *Justificación de las Leyes de Reforma*, México, UNAM, 1981, 115 pp.

Loyo, Martha, *Joaquín Amaro y el proceso de institucionalización del Ejército Mexicano, 1917-1931*, México, INEHRM, 2010, 194 pp.

Otero, Mariano, *Obras*, México, Porrúa, 1967, 2 t.

Prieto, Guillermo, *Memorias de mis tiempos*, México, Ed. Patria, 1969, 265 pp.

— et al., *Apuntes para la historia de la guerra entre México y los Estados Unidos*, México, Siglo XXI Editores, 1980, 400 pp.

Schroeder Cordero, Francisco Arturo, “Guardia Nacional”, en: *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM, 1983, t. IV, 347 pp.

Sierra, Justo, *Obras completas*, México, UNAM, 1977, 14 t.

Legislación

Dublán, Manuel y Lozano, José María, *Legislación mexicana ó Colección completa de las disposiciones legislativas, expedidas desde la independencia de la República*, México, Imprenta del Comercio, 1876, 42 v.

DERECHO COMPARADO PARA EL SIGLO XXI: DESAFÍOS, NUEVOS ENFOQUES Y UNA PROPUESTA PRELIMINAR PARA SU ENRIQUECIMIENTO

Por FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ¹

RESUMEN: En este artículo me referiré al Derecho Comparado² para contrastarlo y, de ser posible, adaptarlo conforme a varios enfoques y paradigmas críticos contemporáneos. Siendo más específico, trataré de proponer una reconciliación entre el Derecho Comparado con los siguientes movimientos críticos del Derecho: Derecho y Sociedad (*Law and Society*), Derecho y Geografía (*Law and Geography*), Derecho y Cultura (*Law and Culture*), Pluralismo Jurídico (*Legal Pluralism*), y las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (*Third World Approaches to International Law*).³

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. DERECHO COMPARADO. 2. CRÍTICAS CONTEMPORÁNEAS AL DERECHO COMPARADO. 3. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

Este texto tiene dos funciones principales: 1) Responder a los reclamos que los estudios críticos del derecho y las teorías posmodernas han establecido sobre el Derecho Comparado y, 2) Hacer una introducción a cinco de las teorías críticas que más activamente se han relacionado con los temas actuales del Derecho Comparado.

- 1 Doctor en Derecho por la University of British Columbia. Investigador de la Escuela Libre de Derecho y Profesor de Maestría y Doctorado en El Colegio de México y la Universidad Anáhuac.
- 2 Entenderé por Derecho Comparado aquel que en su connotación moderna sigue la tradición de autores como René David, Jean Constantinesco, Konrad Zweigart y Hein Kötz. Asimismo, usaré el término de Derecho Comparado (*con Mayúsculas*) para referirme a la disciplina y metodología que es distinto del derecho comparado (*con minúsculas*) como práctica.
- 3 Aunque reconozco la importancia de otros enfoques postmodernos, no entraré a su estudio ya que, en primer lugar, expresamente rechazan la validez o posibilidad siquiera del Derecho Comparado y, en segundo lugar, sus postulados exceden el alcance de este trabajo. Para un estudio panorámico de tales enfoques. *Cfr.* Peters, Anne y Schwenke, Heiner, "Comparative Law Beyond Post-Modernism", en *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 49. No. 4. pp. 800 – 834.

Mi estudio está dividido de la siguiente manera:

En la Sección I, haré un breve recuento histórico del Derecho Comparado y explicaré cómo el funcionalismo y la macrocomparación se volvieron esenciales para definirlo en su connotación moderna.

En la Sección II, abordaré las críticas contemporáneas de varios autores y teorías respecto del Derecho Comparado intentando armonizar ambas posturas cuando sea posible.

Finalmente, en la Sección III comentaré algunos de los pasos preliminares que considero deben ser tomados para enriquecer al Derecho Comparado.

1. DERECHO COMPARADO

Para entrar en materia primero es necesario conocer los antecedentes, tratar de delimitar un concepto y referirse a las técnicas del Derecho Comparado. Esta sección se ocupará brevemente de tales cuestiones.

A. Una breve historia del Derecho Comparado

Algunos autores ubican el origen de la disciplina *iuscomparatista* a partir de los griegos y particularmente con las obras de Platón y Aristóteles. Otros autores ubican su génesis en el Imperio Romano, con sus múltiples provincias conquistadas (y la necesidad de conocer sus leyes, usos y costumbres), así como con la creación de un orden jurídico diferenciado para los ciudadanos (*ius civile*) y para los extranjeros o provincianos (*ius gentium*).⁴

Por su parte, Friedrich Karl Von Savigny señala que durante los siglos VI y VII se llevó a cabo un ejercicio práctico de comparación jurídica entre las tribus germánicas y francesas que invadieron los territorios romanos.⁵ Dichas tribus trataron de adaptar su rudimentario sistema normativo a la *iurisprudentia* romana más civilizada; un esfuerzo que sería perfeccionado un par de siglos después por las escuelas de *glosadores* y *comentadores*.⁶

Para los siglos XVII y XVIII la mayoría de los filósofos más influyentes, desde Hugo Grocio hasta Sir Francis Bacon y de Giambattista Vico al Barón de Montesquieu, comparaban instituciones jurídicas para incluirlas en sus tratados y monografías sobre las mejores formas de regular a la sociedad.⁷

4 Mommsen, Theodor, *Historia de Roma. Libros I y II: Desde la fundación de Roma hasta la Reunión de los Estados Itálicos*. Madrid. Turner. 2003.

5 Savigny, Friedrich Karl, *History of the Roman Law during the middle ages*. Connecticut. Hyperion Press. 1979.

6 Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Madrid. Editorial Aguilar. 1957.

7 Hug, Walther, "The History of Comparative Law", en *Harvard Law Review*. Vol. 45. No. 6. pp. 1045-1052.

Pero no obstante el desarrollo anterior, René David señala que “el término moderno de Derecho Comparado no se usó sino hasta el final del Siglo XIX y principios del Siglo XX, cuando la necesidad de una aproximación sistemática, científica y universal sustituyó a los estudios nacionalistas de Derecho”.⁸

B. ¿Qué es el Derecho Comparado?

John Henry Wigmore ha dicho que: “el Derecho Comparado es un término conveniente pero ambiguo”.⁹ En este sentido, no existe consenso sobre su alcance o terminología entre los *iuscomparatistas*, e incluso su estatus epistemológico permanece en disputa hasta nuestros días. Estos problemas se reflejan en la pluralidad de definiciones que proveen poca o ninguna información acerca del propósito, método y límites de esta disciplina.

Por poner algunos ejemplos, Harold Gutteridge considera que “el Derecho Comparado es un término equívoco que se refiere a diferentes metodologías con funciones descriptivas, aplicadas o especulativas que se asignan a cuando menos dos sistemas normativos”.¹⁰ Konrad Zweigert y Hein Kötz establecieron una definición según la cual el Derecho Comparado “es la actividad intelectual cuyo objeto es el Derecho y cuyo método es la comparación”.¹¹ Incluso Peter de Cruz, uno de los comparatistas más progresistas, define a la disciplina como “el estudio sistemático de tradiciones y reglas jurídicas particulares conforme a una base comparativa”.¹²

Los anteriores ejemplos dejan claro que no existe una opinión unánime sobre la definición o metodología del Derecho Comparado. Según algunos de sus críticos como Myres McDougal, esto ha tenido el efecto de generar “una literatura que resulta voluminosa, obsesivamente repetitiva y estéril”.¹³ La pregunta lógica entonces es: ¿Por qué seguir haciendo Derecho Comparado? Algunas de las respuestas a esta interrogante pueden dividirse en las siguientes tres categorías:

- a) Porque permite un mejor entendimiento del sistema jurídico propio al contrastarlo con otros. De acuerdo con René David, el Derecho Comparado tiene la

8 David, René, *Los grandes sistemas jurídicos comparados*. Madrid. Editorial Aguilar. 1972. p. 3.

9 Wigmore, John Henry, *A panorama of the World's Legal Systems*. Washington, D.C. Washington Law Book Co. 1936. p. III.

10 Gutteridge, Harold, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. Cambridge. Cambridge University Press. 1946. p. 1

11 Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*. 2nda edición. Amsterdam. North-Holland Pub. 1992. p. 2

12 De Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*. 2nda edición. Londres. Cavendish Publishing Limited. 1995. p. 3.

13 McDougal, Myres, “The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order” en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 24. No. 29.

virtud de dar perspectiva al estudioso que quiere comprender mejor la racionalidad, límites y posibilidades de su legislación nacional.¹⁴

- b) Porque provee conocimiento acerca de la relación entre diferentes sistemas jurídicos y sus tradiciones. Allan Watson considera que entender cómo los sistemas jurídicos se han formado e interactuado entre ellos permite un adecuado análisis de los éxitos y fracasos de los “trasplantes jurídicos”,¹⁵ mismos que han ocurrido desde el origen de las civilizaciones.
- c) Porque puede usarse para armonizar distintos sistemas jurídicos. Con tal fin, se enfatizan similitudes y se minimizan diferencias facilitando las relaciones políticas, económicas y sociales entre dos o más países. Quizás el mejor ejemplo sobre este uso es el que encontramos en la legislación de la Unión Europea.

Las anteriores respuestas comparten, hasta cierto punto, la noción de que *problemas similares pueden ser abordados con soluciones jurídicas similares*. Esta noción representa tanto el atractivo como la cruz del Derecho Comparado. De manera muy importante, es también el fundamento del funcionalismo.

C. Funcionalismo

El funcionalismo es un concepto filosófico adoptado por la teoría del derecho para limitar algunos de los excesos del formalismo. Fue usado primeramente por Ernst Rabel en 1948, pero se convirtió en el método predominante para el Derecho Comparado cuando se desarrolló por Max Rheinstein. El funcionalismo considera que cada sociedad tiene una solución jurídica para problemas similares; esta solución se conoce como la “función de la norma”, empero, las instituciones jurídicas mediante las cuales se solucionan tales problemas no son siempre iguales; estas variaciones se conocen como las “formas de la norma”. En tanto que las funciones de las instituciones son similares en cada sistema jurídico, las formas que toman tienden a ser diferentes. Por lo tanto, la ventaja de este método es que permite comparar instituciones jurídicas que aparentan tener diversas formas, pero que cumplen una función muy similar.

En este sentido, Rheinstein establece que “cada institución debe justificar su existencia respondiendo a dos preguntas: Primero, ¿qué función sirve a la sociedad actual? Segundo, ¿sirve esa función adecuadamente o habría otra institución que podría hacerlo mejor?”¹⁶ Como se puede ver, Rheinstein no limita la comparación a una mera descripción, sino que establece que conlleva un juicio de valor. Esta es una de las principales

14 David, René, *supra* nota 7, pp. 4-8.

15 Se le conoce como “trasplante jurídico” al desplazamiento de una regla jurídica o de un sistema jurídico de un país a otro, o de un grupo de personas a otro. Cfr. Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Washington. The University of Georgia Press. 1993. pp. 2-5.

16 Rheinstein, Max, “Teaching Comparative Law”, en *University of Chicago Law Review*. Vol. 5. No. 4. p. 618.

críticas que el Derecho Comparado en general, y el funcionalismo en particular, han recibido por los académicos contemporáneos. La razón de ello es que las respuestas a ambas preguntas se relacionan directamente con los prejuicios, ideología y limitaciones terminológicas y conceptuales de cada comparatista.

La comparación en el funcionalismo es en sí misma controversial, ya que hay casos en los cuales el derecho extranjero no cuenta con una institución jurídica comparable, no se refiere a la misma cuestión o, aún más problemático, le da a una institución una función completamente diferente que el derecho local. Para tratar de resolver este dilema, la influencia de la religión, historia, valores y cultura deben ser considerados, lo que genera aún más subjetividad. Además, aunque la sociología, antropología y estudios culturales pueden ofrecer ventajas significativas para entender y explicar estos fenómenos, cada especialista puede decidir privilegiar arbitrariamente alguna de estas disciplinas auxiliares (o incluso ciertas tendencias dentro de las mismas), lo que genera tantas posibles explicaciones como enfoques existan.

El proceso evaluativo que forma parte del funcionalismo es un punto aún más controvertido. Conforme a este proceso, la solución o enfoque que utiliza un derecho extranjero se contrasta para determinar la eficiencia del derecho nacional. Un problema que comúnmente ocurre es que las instituciones que se usan en otros países pueden no ser viables o siquiera jurídicamente aplicables en el propio país. Aún más importante, algunas veces es difícil y otras tantas imposible determinar cuál sistema de valores se usa en cada país por lo que surge la pregunta: ¿La eficiencia de una institución debería ser medida en términos económicos, morales o prácticos?

Por último, el proceso final del funcionalismo implica proponer una mejor solución para un problema jurídico que tome en cuenta las experiencias de instituciones extranjeras y provea alternativas a problemas nacionales. Aunque este proceso es encomiable por transformar una disciplina especulativa en otra práctica, se ha criticado que dicha capacidad pragmática depende más de las argumentaciones del comparatista, que de la objetividad en sus estudios. Esto último resulta aún más grave cuando se usa para legitimar políticas, regímenes o paradigmas normativos que presentan como verdades empíricas lo que en realidad son aseveraciones retóricas.

D. Macrocomparación¹⁷

Antes de la 2da Guerra Mundial, la macrocomparación fue desarrollada de manera incipiente por algunos académicos europeos con siglos de experiencia en taxonomía normativa. Empero, el punto de ruptura se alcanzó en la década de los 60s con el tra-

17 En este texto me referiré principalmente al proceso de macrocomparación ya que, junto con el método del funcionalismo, ha recibido el mayor número de críticas tanto de teóricos en general, como de los propios comparatistas en particular. Para profundizar sobre estas controversias, véase: Twining, William, *Globalization and Legal Theory*. Evanston. Northwestern University Press. 2000. p. 178.

tado en el cual René David introdujo el concepto de “familias jurídicas”. Las familias jurídicas son “un grupo de jurisdicciones con características similares” y que deben tener en común al menos: “(1) Antecedentes y desarrollo histórico, (2) un particular y característico modo de entender los temas jurídicos, (3) instituciones jurídicas especialmente distintivas, (4) ciertos tipos de fuentes del derecho así como una forma peculiar de utilizarlas y, (5) su ideología”.¹⁸ Conforme con esta categorización David, seguido por Zweigert y Kötz, establecieron las siguientes seis familias para comparar grandes sistemas jurídicos: Romanista, Germánica, Nórdica, Derecho Común, Derecho en el lejano Oriente y Derechos Religiosos.¹⁹

William Twining reconoce el valor de estas familias jurídicas como un concepto que permite una delimitación preliminar y una perspectiva panorámica de los distintos sistemas normativos. Sin embargo, también destaca que: “Uno no tiene que ser un filósofo para reconocer que las familias jurídicas son una categorización dudosa... Una taxonomía adecuada necesita tener un propósito o propósitos claramente definidos; unidades claras de comparación; diferencias precisas; e idealmente, especies que no se traslapan ni agotan su género. En la teoría de las familias jurídicas, estas condiciones no se cumplen adecuadamente”.²⁰

Ha habido otros reclamos de diversos campos de la academia dirigidos al proceso comparatista en general y al de macrocomparación en particular. Algunos de los más recurrentes son su: a) falta de análisis interdisciplinario, b) enfoque excesivamente centrado en la norma, c) insuficiente atención a las dimensiones filosóficas e históricas, d) persistente e irremediable eurocentrismo y, e) obsesión con el derecho privado.

Los comparatistas de posguerra no se han quedado callados y han respondido a las críticas anteriores. Primero, reconocen que sus clasificaciones son meras aproximaciones y no reflejos precisos de la realidad.²¹ Segundo, aclaran que el concepto original de “familias jurídicas” ha sido pulido, renovado y remplazado por conceptos complementarios como el de “tradiciones jurídicas”²² o el de “culturas jurídicas”²³, los cuales tie-

18 David, René, *supra* nota 7. p 10.

19 En la primera edición de su obra “An Introduction to Comparative Law”, Zweigert y Kötz contemplaban al Derecho Socialista, empero dicha categoría se eliminó como consecuencia de la caída de la U.R.S.S. Asimismo, antes trataban como categorías separadas los derechos orientales (China y Japón) y los Derechos Religiosos (Islam e Hindú).

20 Twining, *supra*, nota 16, p. 180.

21 De Cruz, *supra*, nota 11, pp. 32-34

22 “A set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught.” Merryman, John Henry Clark, David S. y Haley, John O., *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*. Charlottesville. Michie Company Publishing. 1994. pp. 3-4.

23 “Understood as partial constructs of larger social structures consisting of economies, religions, social habits, etc.” en Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law” en *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47. No. 3. p. 495.

nen la ventaja de ser permeables, transformables e intercambiables como estructuras dentro de la macrocomparación. Tercero, destacan que se ha cambiado el énfasis de un simple contraste estructuralista, a un estudio que permita entender las preferencias, precomprensiones y errores del pensamiento dentro del proceso comparatista. Cuarto, sugieren que se ha incluido un análisis preliminar de las interacciones entre estas familias, tradiciones y culturas.²⁴ Quinto, establecen que se ha identificado una constante influencia y en particular, intercambio, entre estas categorías con patrones variantes de importación y exportación de instituciones jurídicas.²⁵ Sexto, señalan que se ha alcanzado un consenso en reconocer que los trasplantes jurídicos frecuentemente adquieren un significado distinto en un ambiente nuevo.²⁶ Por último, reconocen que se ha vuelto evidente que los sistemas jurídicos pueden converger pero también divergir, a veces incluso al mismo tiempo, y que este fenómeno depende principalmente de la perspectiva del analista.²⁷

2. CRÍTICAS CONTEMPORÁNEAS AL DERECHO COMPARADO

Aunque es indudable que se ha logrado un progreso significativo en el comparatismo de posguerra y que, como se mencionó en el párrafo anterior, los comparatistas modernos han dado respuesta a muchas de sus críticas, este progreso sigue limitado por el canon clásico del Derecho Comparado.²⁸ Este canon, aunque toma en cuenta las críticas referidas párrafos atrás, responde a ellas en la misma forma eurocéntrica y dialéctica, siendo ambas cuestiones parte de su fundamento teórico. Debido a ello, se dice que el Derecho Comparado, al ser dependiente de la metodología funcionalista, proceso macrocomparativo y estructura predominantemente normativista (los elementos definitorios del canon), resulta impermeable a los avances de la teoría del derecho contemporánea.

En este sentido surgen tres preguntas: ¿Debería el Derecho Comparado mantenerse al margen de estas críticas o resulta esencial enfrentarlas para el futuro de la disciplina? ¿Por qué dar preferencia a estas críticas en vez de resolver los problemas epistemológicos que le han impedido convertirse en una ciencia autónoma? Y, finalmente ¿Qué teorías críticas y hasta qué punto deben ser incorporadas al Derecho Comparado?

En esta sección me referiré a una serie de perspectivas contemporáneas e interdisciplinarias de la teoría del derecho. Describiré sus propósitos y métodos en términos ge-

24 Legrand, Pierre, *Fragments on Law-as-Culture*. Paris. Deventer. 1999. pp. 6-9

25 Rheimann, Mathias, "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century" en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 50. No. 4. p. 678.

26 Watson, Alan, *Legal Transplants*. Edinburgh. Scottish Academic Press. 1974.

27 Pizzorusso, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*. Madrid. Editorial Ariel. 1987. pp. 340-346.

28 También llamado el "Canon Occidental y Estatocéntrico del Derecho Comparado". Cfr: Legrand y Munday (eds.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge. Cambridge University Press. 2003. p. 304.

nerales e intentaré establecer un dialogo con el Derecho Comparado que refleje ciertos aspectos particulares del canon clásico. Las perspectivas en cuestión son: A. Derecho y Sociedad, B. Derecho y Geografía, C. Derecho y Cultura, D. Pluralismo Jurídico y, E. Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional.

A. Derecho y Sociedad (Law and Society)

Derecho y Sociedad es un movimiento influenciado por la Escuela Realista Norteamericana que adquirió notoriedad en los años 60s. Aunque no cuenta con una definición uniforme respecto de su metodología, se conoce comúnmente como: “El estudio del derecho, el comportamiento relacionado con el derecho y lo que resulta endémico de éste”. Este movimiento estudia al derecho como un fenómeno social y privilegia los enfoques multi e interdisciplinarios. También enfatiza la distinción entre: a) El Derecho en Papel y el derecho en la Realidad, b) El rol normativo de los jueces y la relación práctica entre las cortes, la sociedad, la cultura popular y los medios masivos de comunicación y, c) Las perspectivas de jueces y partes en la administración de justicia.

Derecho y Sociedad también le da un carácter definitorio a la metodología y al resultado esperado cuando se hace investigación jurídica. En este sentido, ha impulsado distintas técnicas de investigación propias de la sociología tales como el trabajo de campo, entrevistas, interpretación estadística, etc. para ser aplicadas al derecho. También ha destacado la importancia de elegir la metodología que mejor se adecue a un análisis según si este es cuantitativo o cualitativo y, aún más importante, ha enfatizado el lugar del investigador como observador y sus efectos según el tipo de investigación.

Un autor representativo de este movimiento es Tom Tyler²⁹ quien estudió un tema que parecía subjetivo y especulativo (¿Por qué la gente obedece al Derecho?), con un marco teórico claro, un método empírico, una técnica de encuesta que proveyó datos mesurables y además, una argumentación convincente. Al mismo tiempo, Tyler reconoció sus prejuicios e intereses al realizar su investigación y ponderó su postura contestataria en temas fundamentales como la legitimación y el estado de derecho. Quizás por ello, su investigación no pretende alcanzar resultados universalmente válidos, pero logra algo más significativo: explicar el papel que tiene el derecho para un grupo de personas que pueden, hasta cierto punto, resultar representativos de la población general.

Otro académico del movimiento de Derecho y Sociedad, Michael McCann, profundizó respecto de la pregunta: ¿Cómo es que la identidad del investigador afecta los resultados de su investigación? McCann hizo un análisis cualitativo respecto del Movimiento de Igualdad Salarial³⁰ y usó la epistemología como un elemento clave para incluir

29 Halliday, Samuel y Schmidt, Patrick, *Conducting Law and Society Research: Reflections on Methods and Practices*. Cambridge. Cambridge University Press. 2009. pp.142-145

30 McCann, Michael, *Rights at Work: Pay Equity Reforms and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago. University of Chicago Press. 1994.

teorías del lenguaje y conocimiento al diseñar entrevistas especializadas. En contraste con Tyler, McCann no contaba con un marco teórico claro al empezar su investigación. Sin embargo, este aparente defecto lo llevó a repensar constantemente su enfoque y a tomarse en cuenta como observador con relación a los resultados que iba registrando. Conforme con lo anterior, desarrolló una aproximación flexible que le permitió enriquecer su trabajo, tanto con entrevistas claramente delimitadas, como con historias de vida que excedían los estándares convencionales de la investigación jurídica. El resultado de esta aproximación mixta y autoconsciente fue una comprensión más exhaustiva del fenómeno jurídico.

En contraste con lo anterior, se puede criticar de la macrocomparación su fuerte dependencia de generalizaciones y carencia de un método empírico. Su definición de familias jurídicas tampoco incluye retroalimentación de ninguna de las comunidades que clasifica, y su tipología se determina por cada comparatista sin hacer referencia a sus prejuicios, antecedentes o resultados esperados. Lo peor de ello es que estas carencias ocurren por un supuesto recelo a la pureza científica de su análisis.

Por otro lado, el establecer al funcionalismo como punto de partida para el Derecho Comparado pareciera quedar contraindicado. Ya que el propósito de cada institución se determina previamente, se terminan forzando similitudes y paralelismos, lo cual lleva a ignorar instituciones extranjeras o alterarlas para que quepan en un estándar comparativo.³¹

Es por ello que un enfoque flexible (como el que propone McCann), ofrece una interesante alternativa para el comparatista cuando el funcionalismo no resulta aplicable. Al contar con una idea clara del papel y lugar que tiene el investigador como otra variable que afecta la investigación, se pueden abordar los problemas endémicos del canon clásico. Al mismo tiempo, dicho enfoque facilitaría un involucramiento más profundo del comparatista con las familias jurídicas que está analizando, evitando así descripciones simplistas y previniendo trasplantes jurídicos irresponsables.

Otro punto clave que podría ser aprovechado por el Derecho Comparado es el método de “Problematización del Derecho”,³² conforme al cual se debe desafiar la naturaleza del derecho que se da por sentada para estudiar otras alternativas que pudieran dar mejores resultados. Al cuestionar las nociones básicas respecto del derecho (por

31 A esta práctica se le conoce frecuentemente como someter una institución al “lecho de Procusto” con referencia al pasaje de la mitología griega que se refiere al bandido Procusto. Procusto ofrecía a los viajeros hospedaje en su casa de la montaña y cuando el viajero pedía un lugar para dormir, lo invitaba a tumbarse en una cama de hierro. Mientras el viajero dormía, Procusto lo amordazaba y ataba a las cuatro esquinas del lecho. Si la víctima era alta y su cuerpo era más largo que la cama, procedía a serrar las partes del cuerpo que sobresalían: los pies y las manos o la cabeza. Si, por el contrario, era de menor longitud que la cama, lo descoyuntaba a martillazos hasta estirarlo.

32 Hunt, Alan, “The Problematisation of Law in Classical Social Theory” en Banakar, Reza y Travers, Max (eds.) *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford. Hart Publishing. 2002.

ejemplo que es un elemento ordenador indispensable para la sociedad), el estudioso puede limitar los problemas del exceso y complejidad de las leyes que son solamente una de las muchas herramientas posibles para el orden social. Este tipo de aproximación resulta especialmente útil en los procesos evaluativos y de propuesta dentro del comparatismo, ya que cuestiona la efectividad de instituciones locales antes de que se contrasten con otras extranjeras.

Finalmente, el movimiento Derecho y Sociedad ha reflexionado concienzudamente sobre cómo es que los estudios interdisciplinarios pueden integrarse en el marco teórico del Derecho Comparado. En este sentido, Jack Balkin distingue entre enfoques “internos” y “externos”.³³ El enfoque interno es el tradicional enfoque normativo, mientras que el enfoque externo es aquel que aprovecha la teoría y métodos de otras disciplinas para resolver preguntas jurídicas. Balkin siguiendo esta lógica destaca el problema del prescriptivismo. El prescriptivismo implica el prejuicio conforme al cual, tanto el Derecho como sus disciplinas auxiliares, deben orientarse por su función y utilidad para crear políticas públicas (de ahí que se privilegien la economía, historia y sociología en vez de la antropología o los estudios culturales). Este prejuicio es similar al que se ha descrito para el canon clásico del Derecho Comparado, conforme al cual las disciplinas más establecidas y tradicionales se prefieren a las técnicas que pueden ser provistas por otras ramas de las ciencias sociales o, incluso, las humanidades. Conforme con lo anterior, me parece necesario evitar este prescriptivismo y favorecer el enfoque externo a fin de enriquecer al Derecho Comparado.

B. Derecho y Geografía (Law and Geography)

Aunque el Derecho siempre ha estado próximamente relacionado con la geografía mediante delimitaciones espaciales de validez normativa, no fue sino hasta la década de 1980, con el surgimiento de los Estudios Críticos de Derecho (*Critical Legal Studies*) y sobre todo, con la Escuela de New Haven, que el movimiento de Derecho y Geografía tomó forma. Este movimiento se ha visto enriquecido con las obras de Nicholas Blomley, quien analiza cómo es que las definiciones normativas del espacio crean representaciones en la vida política, económica y social a través de instituciones tales como la propiedad, la interpretación constitucional, las relaciones contractuales, así como el crimen y el derecho internacional.³⁴

De manera muy relevante para el derecho internacional y para la macrocomparación, los estudiosos de la geografía jurídica también han escrito extensos tratados acerca del Estado-Nación como un constructo tanto político como territorial.³⁵ En este sentido,

33 Balkin, Jack y Levinson, Sanford, “Law and Humanities: An Uneasy Relationship” en *Yale Journal of Law and the Humanities*. Vol. 18, p.155.

34 Blomley, Nicholas, *Space and the Geographies of Power*. Nueva York. Guildford Press. 1994.

35 Osofsky, Hari, “A Law and Geography Perspective on the New Haven School”, en *Yale Journal of International Law*, Vol. 32. No. 2. pp. 428-432

para este grupo de académicos el Derecho es “el proceso de decisión autoritaria por medio del cual los miembros de una *comunidad* clarifican y aseguran sus intereses comunes”.³⁶ Además del concepto de “comunidad” como unidad jurídica fundamental, los académicos de Derecho y Geografía proponen las nociones siguientes:

- a) Comunidad mundial: para entender el proceso legislativo internacional, es necesario tomar conciencia de las interacciones que ocurren a nivel mundial. La escala “mundial” es inherentemente múltiple y por tanto, una teoría de la comunidad a esta escala requiere la comprensión de cómo se dan las interacciones no sólo dentro sino también a través de los distintos niveles jurídicos (local, regional, mundial). Las decisiones de autoridad aterrizadas mediante el uso del poder público deben tomar en cuenta estas consideraciones de escala.
- b) Unidades territoriales: si bien cada nación sigue considerándose como la unidad territorial básica, es sólo uno de los siete agentes que participan en la formación e intercambio de valores, siendo los otros seis: el individuo humano; las organizaciones intergubernamentales y transnacionales; los grupos y partidos políticos; los grupos de presión; las asociaciones privadas u oficiales orientadas a valores distintos del poder y; las civilizaciones y culturas autóctonas.³⁷
- c) Áreas constructivas: la interacción en las áreas constructivas forman un mecanismo esencial dentro del proceso comunitario y de creación del derecho de acuerdo a los actores arriba enumerados. Este proceso ocurre al desarrollar “un cúmulo de normas compartidas a las que la comunidad se adhiere con suficiente regularidad como para considerarlas obligatorias”.³⁸

Es relevante hacer notar que a partir de la posguerra surgió un debate sobre los temas de raza y localización geográfica dentro de la academia comparatista. En este debate, Zweigert encabezó a un grupo de académicos quienes establecieron que las unidades comparativas deberían trascender los límites geográficos.³⁹ Los académicos de Derecho y Geografía llevaron esa idea un paso más allá y han deconstruido las coordenadas imaginarias de la jurisdicción para establecer un sistema multiescalar y flexible con espacios constantemente cambiantes. Todavía más, la geografía jurídica ha resignificado al espacio, y ha establecido que únicamente tendrá sentido en su relación con los individuos y en sus interacciones con los otros seis agentes jurídicos.

Debido a lo anterior, me parece que estas nociones pueden ser directamente incorporadas en el marco teórico del Derecho Comparado. Particularmente, el proceso de

36 Lasswell, Harold y McDougal, Myres, *Jurisprudence for a free society: studies in law, Science and policy*. Connecticut. New Haven Press. 1992. p. xxix

37 Myres, McDougal, Reisman, Michael y Andrew R. Willard, “The World Community: A Planetary Social Process” en *University of C. Davis Law Review*. Vol. 21. 1988. p. 807.

38 Lasswell & McDougal, *supra*, nota 35, p. 426.

39 Zweigert y Kötz, *supra*, nota 10, pp. 69-75.

macrocomparación se vería enriquecido con un nuevo conjunto de constructos que puedan substituir el concepto clásico de soberanía que aún hoy, en gran medida, define a las familias, culturas y tradiciones jurídicas. Al entender las “geografías del poder”, los bloques comparativos pueden ser ampliados más allá del canon clásico para incluir las distintas escalas y agentes interactuantes en vez de considerar únicamente al Estado-Nación como objeto de estudio.

De manera similar, la metodología funcionalista podría complementarse con las tres nociones arriba descritas que permitan explicar de mejor manera la interacción, trasplante y permeabilidad de instituciones jurídicas. Al darle el peso que corresponde a las comunidades y reconocer sus valores específicos como tomadores de decisiones con autoridad, el propósito de cada institución puede ser mejor estudiada sin tener que forzar su interpretación para cumplir con los estándares del canon clásico. Por tanto, el craso universalismo de varios sectores de la academia podría ser atemperado y ello daría lugar a comparaciones menos rígidas y más auténticas.

C. Derecho y Cultura (Law and Culture)

La década de 1960 también fue importante para la maduración de los estudios culturales y su relación con el derecho. Las definiciones de “Cultura” (con Mayúscula) y “cultura” (con minúscula) fueron ampliamente cuestionadas y se comenzó un proceso de revisionismo entre sociólogos, antropólogos e historiadores que eventualmente ejercería influencia respecto a la teoría del derecho. Como en el caso de Derecho y Sociedad, los objetivos del movimiento de Derecho y Cultura no son unánimes, empero, parecen haber tres suposiciones claves en sus investigaciones:

- a) Las normas son reflejo de prácticas sociales. Se supone que cada cultura debe contar con normas distintas que reflejen su particularidad local.
- b) Las normas son auxiliares para la conformación de la cultura. En este sentido, las normas juegan un papel en la formación de paradigmas, prácticas y relaciones sociales en cada cultura, y
- c) Las normas son un sistema cultural en sí mismo (cultura jurídica).⁴⁰

Sobre estas suposiciones, Paul Kahn asevera que los estudiosos del derecho forman parte de la cultura y práctica jurídica tanto o más que los jueces y abogados. Esto se relaciona con la falsa distinción objeto/sujeto que tradicionalmente sirve de base para la investigación científica. Kahn reconoce el prejuicio del investigador en el resultado de la investigación, pero va más allá y establece que éste tiene un papel crucial en

40 Mautner, Menachem, “Three Approaches to Law and Culture” en *Cornell Law Review*. Vol. 96. No. 4. p. 839.

perpetuar tanto consciente como inconscientemente los paradigmas y estructuras que debería estudiar con objetividad, neutralidad y coherencia.⁴¹

Kahn explica que la razón por la cual ocurre este fenómeno es que los estudiosos del derecho están obsesionados con proponer reformas jurídicas. Casi todo lo que hacen está orientado a describir, evaluar y criticar la ley existente, y a sugerir formas en las que puede ser mejorada. Cualquier proyecto que no tenga por objeto una reforma, nueva ley o interpretación judicial se ve con desprecio y generalmente se descarta de la discusión jurídica “útil y significativa”.

El movimiento de Derecho y Cultura ofrece una alternativa al estudiar al derecho como “nada de lo abstracto (sino más bien), un conjunto de enfoques sobre conflictos sociales, así como de recursos –institucionales y retóricos– para aquellos involucrados en tales conflictos. Estos enfoques y recursos, empero, no existen independientemente de los reclamos y conflictos. No es que los individuos tengan intereses que más tarde trasladan al campo del Derecho. Más bien, los individuos se encuentran literalmente en conflicto haciendo uso de estos recursos; los individuos siempre están ahí.”⁴²

Cómo se puede ver, esta percepción rechaza las aproximaciones basadas en resultados (tales como el Análisis Económico del Derecho donde la maximización del interés individual determina tanto al derecho como a las políticas públicas).⁴³ También se distancia del normativismo (limitado y excesivamente generalizador). Los académicos de Derecho y Cultura se enfocan en la materialidad del derecho, “la manera en que el derecho simultáneamente representa los intereses de grupos particulares y le da forma a esos intereses e incluso a las identidades de aquellos que se reconocen como miembros de tales grupos. El derecho, en esta perspectiva, debe estudiarse de manera que sea históricamente específico y profundamente contextualizado”.⁴⁴

En mi opinión, la contextualización es la contribución más importante de Derecho y Cultura a la teoría del derecho y que cobra especial sentido para el Derecho Comparado. La contextualización permite, entre otras cosas, entender al derecho como un proceso en constante transformación y que cuenta con diversos “usos”. Derecho y Cultura también pone énfasis en las comunidades locales y en los grupos que usualmente quedan fuera del proceso de toma de decisiones conforme al paradigma de Estado-Nación.

Por ejemplo, desde la perspectiva comunitaria, Barbara Yngvesson ha descrito como es que el derecho ha tomado forma a partir de fuerzas locales en choque con el poder institucional. En sus términos, “El Derecho es “inventado”, negociado o hecho en

41 Kahn, Paul, “Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law” en *Yale Journal of Law & the Humanities*. Vol. 13. pp.143-145.

42 *Ibid.* pp.149-150.

43 Coase, Ronald, “The Problem of Social Cost” en *Journal of Law and Economy*. Vol. 3. p. 44.

44 Kahn, *supra*, nota 40, p. 151.

contextos locales... La producción jurídica es un proceso continuo, vinculado dialécticamente a la producción de la comunidad, que es tanto una herramienta como un resultado de la invención del derecho”.⁴⁵

Sally Engle, por su parte, ha discutido acerca de cómo la violencia de género se ha facilitado y articulado mediante prácticas jurídico-culturales. La contextualización del derecho en este caso ha permitido reconocer crímenes tales como “inmolaciones nupciales” y “suicidios de viudas” que de otra forma ni siquiera serían considerados como problemas legales sino como meras “costumbres” o “tradiciones”.⁴⁶

De especial importancia para la macrocomparación, este enfoque podría proveer herramientas socio-culturales para redefinir tradiciones jurídicas y comprender mejor sus motivaciones. No sólo eso, en relación con el método funcionalista, podría dar un marco de referencia más flexible sobre cómo es que estos problemas han sido reconocidos, tipificados, castigados y prevenidos, tomando en consideración la transformación y evolución de cada institución jurídica junto con el problema que se propone resolver.

D. Pluralismo Jurídico⁴⁷

Este es otro movimiento que desafía al monismo estatal. Se apoya en estudios contemporáneos sobre antropología y etnografía. A pesar de estar muy fragmentado entre sus seguidores, el Pluralismo Jurídico tiene en común los elementos que ofrece Anne Griffiths para su definición como “una situación en la cual dos o más sistemas jurídicos coexisten en el mismo campo social”.⁴⁸ El Pluralismo Jurídico también se ha convertido en una forma popular de conceptualizar la relación entre el derecho internacional, nacional y local en el contexto de la globalización.⁴⁹

Quizás la contribución más interesante de este movimiento es su crítica a la distribución jerárquica dentro de cada sistema normativo. Griffiths por ejemplo, distingue entre pluralismo débil y fuerte. Bajo el “modelo débil, normativista o clásico”, el Derecho Occidental es el orden normativo que orienta a “otras” formas de derecho (consuetudinario, autóctono, indígena, etc.) y las define en relación a sí mismo. Griffiths

45 Yngvesson, Barbara, “Inventing law in Local Settings: Rethinking Popular Legal Culture”, en *Yale Law Journal*. Vol. 98. No. 8. p. 1690.

46 Engle Merry, Sally, *Human Rights and Gender Violence: translating international law into local justice*, Chicago. University of Chicago Press. 2006.

47 Aquí también distingo Pluralismo Jurídico (con Mayúsculas) como movimiento intelectual, del pluralismo jurídico (con minúsculas) como fenómeno de hecho que implica la multiplicidad de fuentes de derecho.

48 Griffiths, Anne, “Legal Pluralism”, en Banakar, R. y Travers, Max (eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford. Hart Publishing. 2002. p. 290.

49 No obstante, el pluralismo jurídico en sí mismo no es nuevo. Ha existido al menos desde la distinción de *ius gentium* e *ius civile* y se volvió particularmente compleja en la Europa del siglo XVI, donde el *status personae* definió una variada yuxtaposición de órdenes jurídicos aplicables a un individuo.

critica la naturaleza formalista de este modelo para establecer parámetros sobre lo que puede ser considerado “Derecho”, al tomar ciertos principios jurídicos derivados de un periodo histórico específico y luego elevarlos al carácter de universales para aplicarlos uniformemente en todo tiempo y espacio.⁵⁰

El pluralismo débil está inserto dentro del canon clásico al que he venido refiriéndome y es directamente controvertido por Griffiths. La autora critica el análisis comparativo orientado por una sola teoría jurídica y sugiere en su lugar examinar las prácticas de cada grupo sujeto a análisis incluyendo la solución de controversias y su particular forma de ordenamiento y jerarquización social. Esto es precisamente la base para el “pluralismo fuerte” el cual reconoce que “existen múltiples formas de ordenar que les corresponden a los miembros de una sociedad y que no dependen necesariamente del Estado para el reconocimiento de su autoridad”. Dentro del pluralismo fuerte, la desconcentración de la autoridad, o “legalidad porosa” reconoce que “los diferentes espacios jurídicos están superimpuestos, interpenetrados y mezclados en nuestras mentes como individuos”.⁵¹

Boaventura De Sousa Santos ha intentado llevar más allá el anterior concepto. Considera que nuestros estudios jurídicos deben problematizar el papel del Estado pero al mismo tiempo reconocer su significado e importancia. Los nuevos análisis deben ver que “el sistema estatal e interestatal son campos sociales complejos en los cuales el Estado y los demás agentes, tanto locales como globales, interactúan, se mezclan y entran en conflicto en combinaciones dinámicas e incluso volátiles”.⁵²

De Sousa Santos identifica tres componentes estructurales en el derecho –retórica, burocracia y violencia– y explica que los campos legales son combinaciones en las que se enfatiza cada componente a diferentes niveles dependiendo su naturaleza en el campo jurídico.⁵³ Su análisis sociológico del derecho implica “comparar campos jurídicos con base en las diferentes articulaciones de los componentes estructurales que constituyen cada campo”.⁵⁴

De Sousa Santos ha ejercido una influencia decisiva en el trabajo de comparatistas contemporáneos quienes consideran que el Derecho Comparado: 1) Ha fallado en ir más allá de una mera descripción o yuxtaposición de leyes en vez de enfocarse en el análisis e interpretación de sus resultados;⁵⁵ 2) Ha aislado temas jurídicos afines (tales como la jurisprudencia y el derecho internacional)⁵⁶ y; 3) No le ha prestado suficiente

50 Griffiths *supra* nota 47, pp. 290-293.

51 *Ibid.* p. 302.

52 De Sousa Santos, Boaventura, *Toward a New Legal Common Sense*. Londres. Butterworths. 2002. p. 94.

53 Para una crítica sobre De Sousa Santos véase: Melissaris, E., “The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism” en *Social and Legal Studies*. Vol. 13, No. 1 pp. 57-79, y Tamanaha, Brian “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism” en *Journal of Law and Society*. Vol. 27. No. 2. p. 296.

54 De Sousa Santos, *supra*, nota 51, p. 86.

55 Twining, William *supra*, nota 16, pp. 174-179.

56 Obiora, Amede, “Toward an Auspicious Reconciliation of International and Comparative Analyses” en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 46. No. 4. p. 669.

atención a los sistemas jurídicos internacionales.⁵⁷ En mi opinión, sus tres estructuras también pueden ser útiles para definir a las familias jurídicas que, al carecer de alguno de los elementos del canon clásico, terminan siendo amalgamadas y absorbidas por bloques comparativos más extensos.

Por su parte, Martha-Marie Kleinhaus y Roderick Macdonald proponen una alternativa crítica que reconoce la creatividad de los sujetos de derecho “al poseer una capacidad transformativa que les permite producir conocimiento jurídico y las estructuras de derecho que contribuyen a constituir su subjetividad jurídica”.⁵⁸ Es decir, proponen el cambio de enfoque de las *normas* a los *sujetos* quienes son considerados “la entidad irreductible de la normatividad”. El enfoque sobre los sujetos normados desde luego implicaría una compleja pluralidad jurídica, pero también una forma más completa de hacer comparación.

E. Aproximaciones del Tercer Mundo⁵⁹ al Derecho Internacional (TWAIL)

Uno de los más importantes rompimientos en las ciencias sociales contemporáneas ha sido la resignificación de los conceptos del “Ser” y el “Otro”. Este es precisamente el punto de partida de la teoría poscolonial que cobra especial relevancia cuando se aplica al Derecho. El reto en el Derecho consiste en al mismo tiempo reconocer al “Otro” y mantener una estructura firme que defina al “Ser”.

En este orden de ideas, empecé este texto haciendo referencia al *ius gentium* en tiempos romanos como un instrumento de regulación y distinción; un paradigma que continuó usándose en tiempos de Francisco de Vitoria para legitimar la dominación española sobre los indígenas coloniales,⁶⁰ y que se usó de manera similar en las leyes aplicadas para las colonias Asiáticas⁶¹ y Africanas por parte de los ingleses.⁶²

Tras el régimen colonial, estas sociedades se vieron en la necesidad de diseñar un nuevo proyecto de Nación. Este proyecto requería de un orden jurídico que armonizara al derecho indígena con la estructura normativa que habían dejado los colonizadores. En este sentido, “el origen de la nación moderna se sustenta en la disolución de los lazos

57 Rheimann, Mathias, “Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age” en *Tulane Law Review*. Vol. 75. p. 1103.

58 Kleinhaus, M. y Macdonald, R.A., “What is a Critical Legal Pluralism”, en *Canadian Journal of Law and Society*. Vol. 12. No. 25. p. 38.

59 La definición de Tercer Mundo no deviene de una discriminación económica sino de una autodescripción por parte de los Estados que lograron descolonizarse en el Siglo XX. Cfr. Mutua, Makau, “What is TWAIL?”, *Acta de la 94th Reunión Anual de la Sociedad Americana de Derecho Internacional* (2000). p. 35

60 Anghie, Andrew, “Vitoria and the Colonial Origins of International Law” en Fitzpatrick, P. y Darian-Smith, E., *Laws of the Postcolonial*. Ann Arbor. University of Michigan Press, 1999. p. 102

61 Chakrabarty, D., *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton. Princeton University Press. 2000.

62 Chatterjee, P. *The Nation and its Fragments*. Princeton. Princeton University Press, 1993.

clásicos de tierra y sangre para ser remplazados con sus propias formas racionales de ciudadanía”.⁶³

En consecuencia, el patrón colonialista ha mutado actualmente en la retórica universalista del derecho internacional y, me atrevo a decir también, en el canon clásico del Derecho Comparado. En ambos casos se usan variaciones contemporáneas de los conceptos clásicos de “civilización” y “barbarie” para exigir el cumplimiento por parte de los Estados No-Occidentales.⁶⁴ En ambos casos también, la doctrina de la soberanía se usa como una medida para reconocer la existencia de la Nación como unidad normativa.

Cuando las llamadas “Naciones de Tercer Mundo” emergieron, intentaron controvertir la supuesta universalidad del derecho internacional. Tales naciones reclamaban que, al no haber formado parte de la creación del derecho internacional, no deberían quedar constreñidas por este. Este es el punto de partida para el movimiento de Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (TWAIL por sus siglas en inglés).

TWAIL hace una crítica al derecho internacional a través de dos prismas de interpretación: (1) la experiencia del colonialismo y neo-colonialismo; y (2) la experiencia real del pueblo del Tercer Mundo en vez de los Estados que supuestamente los representan en el foro internacional.⁶⁵ Su objetivo es: “transformar el lenguaje del derecho internacional de la opresión a la emancipación y alcanzar un cuerpo de normas y prácticas que reflejen los esfuerzos y aspiraciones del pueblo del Tercer Mundo con el fin de promover la justicia global”.⁶⁶

Incrementar la actuación y el poder (*agency*) del pueblo del Tercer Mundo ha sido la preocupación de Martti Koskenniemi quien considera que: “para restablecer la identidad del derecho internacional, la identidad del abogado internacionalista, como un agente social, también debe de restablecerse”.⁶⁷ Argumenta que el comparatista no debe pasar por alto las limitaciones imaginativas e institucionales (apologismo), ni concentrarse en tales estructuras sin estudiar también su expresión a partir de la práctica jurídica (utopismo).⁶⁸ El comparatista debe atender a las anteriores advertencias para evitar un estudio que sea o demasiado teórico o demasiado pragmático.

63 Perrin, Colin, Fitzpatrick, P. y Darian-Smith, E., *Laws of the Postcolonial*. Ann Arbor. University of Michigan Press. 1999. p. 30

64 Anghie, Andrew, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge. Cambridge University Press. 2005. pp. 3-5.

65 Anghie, Andrew y Chimni, B. S. “Third World Approaches to International Law and the Individual Responsibility in Conflict” en Ratner, Steven R. y Slaughter, Anne-Marie (eds.) *The Methods of International Law*. Nueva York. William S. Hein & Co. 2004. p. 186.

66 Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2da edición. Cambridge. Cambridge University Press. 2006. p. 44

67 *Ibid.* p. 490.

68 *Ibid.* p. 491.

Por último, el análisis epistemológico practicado por Obiora Okafor,⁶⁹ ha impulsado formas originales en las que TWAIL puede incluirse tanto en el derecho internacional como en el comparado. En ambos casos, una teoría diferenciada de la soberanía debería de sustituir a la clásica para evitar el enfoque colonialista. Por lo que hace al funcionalismo, esto permitiría un cambio respecto a la idea simplista de que “todos los países tienen los mismo problemas”, para en su lugar proveer una plataforma sobre las necesidades específicas y las soluciones institucionales en países del Tercer Mundo. Para la macrocomparación, esto permitiría un análisis multidimensional de las familias jurídicas o incluso establecer un nuevo canon que exceda a la división propuesta por David, Zweigart y Kötz.

3. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Aunque la Posmodernidad ha tratado de negar la validez del Derecho Comparado, queda claro que “hay mucho en nuestra herencia de textos canónicos que vale la pena preservar”.⁷⁰ Como he mostrado, el canon clásico puede mejorarse y adaptarse a la realidad actual a través de aportaciones en su enfoque, metodología y prácticas que sin duda aumentarían su versatilidad. Sin embargo, el canon clásico sigue siendo útil por sus herramientas para la comparación, su construcción sistemática de conceptos y una serie de coordenadas perfectibles pero convenientes sobre la aproximación a las distintas familias, tradiciones o culturas jurídicas.

El cambio por el cambio; una actitud conforme a la cual *todos debemos ser absolutamente Posmodernos*, no garantiza un mejor futuro para el Derecho Comparado. La crítica; constructiva, complementaria e inclusiva como la que he descrito en los párrafos anteriores, es indispensable para mejorar esta disciplina sin caer en relativismos morales ni normativos. Por ello, considero que un primer paso para mejorar el Derecho Comparado no es deshacernos completamente de su canon clásico, sino ajustarlo.

Considero que un segundo paso sería cambiar a un paradigma dialógico en vez del actual paradigma dialéctico. En términos generales, considero que es posible integrar las contribuciones de los movimientos arriba descritos en el marco teórico del comparatismo sin incurrir en contradicciones. Un tipo de formación jurídica que incluya una teoría del derecho interdisciplinaria podría, aún en una perspectiva conservadora, atacar el eurocentrismo y el monismo de estado, así como reconocer a los grupos marginados. En este sentido, el estereotipo de que “sólo el Derecho Occidental es Derecho” resultaría por lo menos cuestionable, y daría lugar al surgimiento lento pero seguro de alternativas aproximativas.

69 Okafor, Obiora, “Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology or Both?” en *International Community Law Review*. Vol. 10. No. 4. pp. 371 – 378.

70 Twining, *supra* nota 16 p. 195.

El pluralismo jurídico es reconocido como un hecho en prácticamente todos los países del mundo. Inevitablemente, este reconocimiento se transformará en un nuevo paradigma que tendrá que abordar tanto al derecho internacional como al derecho comparado. Por ello, un tercer paso será comprender el pluralismo jurídico desde la interdisciplinariedad, y distinguir entre supuestas funciones de resultados reales.

La contextualización, en los términos que he descrito, sería un cuarto paso para entender tanto las instituciones y funciones locales como extranjeras. Este contexto podría ser más fácilmente integrado desde las aportaciones de los movimientos antes referidos, mismos que cuentan con amplia experiencia en reconciliar los estándares normativos con metodologías sociales, geográficas y culturales. La contextualización también resultaría muy útil para la delimitación normativa dentro de la macrocomparación.

Finalmente, un quinto paso implicaría un ejercicio de honestidad académica. Cada investigador podría empezar sus textos refiriéndose a la formación, valores e ideas que puedan afectar la imparcialidad de su trabajo. Este tipo de ejercicio no debería ser motivo de descalificación sino, al contrario, un requisito para la viabilidad de la academia *iuscomparatista*. De manera muy importante, con este ejercicio se dejaría en claro lo que se cubrirá y lo que se dejará fuera de una investigación comparada, siendo ambas partes integrales para este tipo de trabajo.

Estas sugerencias en realidad no son innovaciones sin precedentes o predicciones futuristas, sino que se basan en la realidad de lo que está pasando en otros lugares y otras disciplinas vinculadas con el Derecho Comparado. Por lo tanto, para el bienestar del Derecho Comparado actual y para su longevidad en el siglo XXI, considero que estos primeros pasos, y otros que pueden surgir de un diálogo abierto entre disciplinas, serán esenciales. Espero que tanto ustedes como yo podamos ser parte de esta discusión académica que crece constantemente en tamaño pero, al mismo tiempo, acorta las distancias intelectuales.

FUENTES DE CONSULTA

Anghie, Andrew, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge. Cambridge University Press. 2005.

Anghie, Andrew y Chimni, B. S. "Third World Approaches to International Law and the Individual Responsibility in Conflict" en Ratner, Steven R. y Slaughter, Anne-Marie (eds.) *The Methods of International Law*. Nueva York. William S. Hein & Co. 2004.

Anghie, Andrew, "Vitoria and the Colonial Origins of International Law" en Fitzpatrick, P. y Darian-Smith, E., *Laws of the Postcolonial*. Ann Arbor. University of Michigan Press, 1999.

Balkin, Jack y Levinson, Sanford, "Law and Humanities: An Uneasy Relationship" en *Yale Journal of Law and the Humanities*. Vol. 18. p.155.

Blomley, Nicholas, *Space and the Geographies of Power*. Nueva York. Guildford Press. 1994.

- Chakrabarty, D., *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton. Princeton University Press. 2000.
- Chatterjee, P. *The Nation and its Fragments*. Princeton. Princeton University Press, 1993.
- Coase, Ronald, "The Problem of Social Cost" en *Journal of Law and Economy*. Vol. 3.
- David, René, *Los grandes sistemas jurídicos comparados*. Madrid. Editorial Aguilar. 1972.
- De Cruz, Peter, *Comparative Law in a Changing World*. 2da edición. Londres. Cavendish Publishing Limited. 1995.
- De Sousa Santos, Boaventura, *Toward a New Legal Common Sense*. Londres. Butterworths. 2002.
- Engle Merry, Sally, *Human Rights and Gender Violence: translating international law into local justice*, Chicago. University of Chicago Press. 2006.
- Griffiths, Anne, "Legal Pluralism", en Banakar, R. y Travers, Max (eds.), *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford. Hart Publishing. 2002.
- Gutteridge, Harold, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*. Cambridge. Cambridge University Press. 1946.
- Halliday, Samuel y Schmidt, Patrick, *Conducting Law and Society Research: Reflections on Methods and Practices*. Cambridge. Cambridge University Press. 2009.
- Hug, Walther, "The History of Comparative Law", en *Harvard Law Review*. Vol. 45. No. 6.
- Hunt, Alan, "The Problematisation of Law in Classical Social Theory" en Banakar, Reza y Travers, Max (eds.) *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford. Hart Publishing. 2002.
- Kahn, Paul, "Freedom, Autonomy, and the Cultural Study of Law" en *Yale Journal of Law & the Humanities*. Vol. 13.
- Kleinbans, M. y Macdonald, R.A., "What is a Critical Legal Pluralism", en *Canadian Journal of Law and Society*. Vol. 12. No. 25.
- Koskeniemi, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, 2da edición. Cambridge. Cambridge University Press. 2006.
- Lasswell, Harold y McDougal, Myres, *Jurisprudence for a free society: studies in law, Science and policy*. Connecticut. New Haven Press. 1992.
- Legrand, Pierre, *Fragments on Law-as-Culture*. Paris. Deventer. 1999.
- Legrand y Munday (eds.) *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*. Cambridge. Cambridge University Press. 2003.
- Mautner, Menachem, "Three Approaches to Law and Culture" en *Cornell Law Review*. Vol. 96. No. 4.
- McCann, Michael, *Rights at Work: Pay Equity Reforms and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago. University of Chicago Press. 1994.

- McDougal, Myres, "The Comparative Study of Law for Policy Purposes: Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order" en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 24. No. 29.
- Melissaris, E., "The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism" en *Social and Legal Studies*. Vol. 13, No. 1
- Merryman, John Henry Clark, David S. y Haley, John O., *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia*. Charlottesville. Michie Company Publishing. 1994.
- Mommsen, Theodor, *Historia de Roma. Libros I y II: Desde la fundación de Roma hasta la Reunión de los Estados Itálicos*. Madrid. Turner. 2003.
- Mutua, Makau, "What is TWAIL?", *Acta de la 94th Reunión Anual de la Sociedad Americana de Derecho Internacional*, 2000.
- Myres, McDougal, Reisman, Michael y Andrew R. Willard, "The World Community: A Planetary Social Process" en *University of C. Davis Law Review*. Vol. 21. 1988.
- Obiora, Amede, "Toward an Auspicious Reconciliation of International and Comparative Analyses" en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 46. No. 4.
- Okafor, Obiora, "Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology or Both?" en *International Community Law Review*. Vol. 10. No. 4.
- Osofsky, Hari, "A Law and Geography Perspective on the New Haven School", en *Yale Journal of International Law*, Vol. 32. No. 2.
- Perrin, Colin, Fitzpatrick, P. y Darian-Smith, E., *Laws of the Postcolonial*. Ann Arbor. University of Michigan Press. 1999.
- Peters, Anne y Schwenke, Heiner, "Comparative Law Beyond Post-Modernism", en *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 49. No. 4.
- Pizzorusso, Alessandro, *Curso de Derecho Comparado*. Madrid. Editorial Ariel. 1987.
- Rheimann, Mathias, "Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age" en *Tulane Law Review*. Vol. 75.
- Rheimann, Mathias, "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century" en *American Journal of Comparative Law*. Vol. 50. No. 4.
- Rheinstein, Max, "Teaching Comparative Law", en *University of Chicago Law Review*. Vol. 5. No. 4.
- Savigny, Friedrich Karl, *History of the Roman Law during the middle ages*. Connecticut. Hyperion Press. 1979.
- Tamanaha, Brian "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism" en *Journal of Law and Society*. Vol. 27. No. 2.
- Travers, Max (eds.) *An Introduction to Law and Social Theory*. Oxford. Hart Publishing. 2002.

Twining, William, *Globalization and Legal Theory*. Evanston. Northwestern University Press. 2000.

Van Hoecke, Mark y Warrington, Mark, "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law" en *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 47. No. 3.

Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. Washington. The University of Georgia Press. 1993.

Wieacker, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Madrid. Editorial Aguilar. 1957.

Wigmore, John Henry, *A panorama of the World's Legal Systems*. Washington, D.C. Washington Law Book Co. 1936.

Yngvesson, Barbara, "Inventing law in Local Settings: Rethinking Popular Legal Culture", en *Yale Law Journal*. Vol. 98. No. 8.

Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*. 2nda edición. Amsterdam. North-Holland Pub. 1992.

DISCURSO DEL RECTOR EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DEL CURSO ESCOLAR 2018-2019 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO¹

Por LUIS M. DÍAZ MIRÓN ÁLVAREZ²

Iniciamos el día de hoy el curso anual número 107 de la Escuela Libre de Derecho.

Este es el momento oportuno para dar a ustedes la más cordial bienvenida a este nuevo año escolar. A todos: a los profesores y profesoras, a los alumnos y alumnas que estudian con nosotros, a los nuevos y nuevas estudiantes que hoy se incorporan a esta Escuela.

Es tradición que el Rector, en este día, sea quien los reciba para agradecerles a todos su importante colaboración en esta gran obra común que es la Libre.

Agradecer a los profesores por su entusiasmo generoso y agradecer a los alumnos por su esfuerzo cotidiano. Porque la Escuela somos todos, la formamos todos los que en ella estamos comprometidos con el ideal de nuestros fundadores de darle a México los mejores abogados y abogadas, porque en esta Escuela se forman y se forjan hombres y mujeres dispuestos a ser los defensores de la Justicia, porque en la Libre hemos levantado como bandera la promoción de los valores más altos del Derecho, porque aquí, todos, sin excepción, creemos en la Libertad, en el intercambio creativo de las ideas y en la convivencia pacífica.

Esta es la Escuela Libre de Derecho, vigorosa en su tradición, entusiasta por el porvenir. Una Escuela que sustenta su prestigio en un pasado sólido, sí; pero también que mira al futuro con la certeza de que estamos dando a México los mejores abogados, los abogados que hoy necesitamos.

Una Escuela que está preparada para acompañar a nuestro país en tiempos de cambio, de renovación, de una visión distinta de la vida pública y, por ello, nuestro deber es dotar a México de los abogados y abogadas que aconsejen, litiguen, asesoren, negocien, legislen, juzguen, gobiernen y conduzcan a todos hacia el bien común. Lo hemos hecho por ciento cinco años; lo estamos haciendo ahora también.

1 Discurso pronunciado el día lunes 20 de agosto de 2018.

2 Rector de la Escuela Libre de Derecho.

A lo largo de ese poco más de un siglo de vida, nuestros egresados han participado en la vida cotidiana de nuestra nación, han estado presentes en las diversas transformaciones y cambios que en ese lapso hemos experimentado, y lo hicieron bien, destacadamente, con éxito; y lo haremos nuevamente hoy, porque aquí inculcamos a nuestros alumnos la mística del deber, de la justicia, de la libertad y del derecho, para que estén listos, como lo han estado siempre, para brindar sus servicios a las mejores causas de todos.

Los países cambian, las sociedades cambian, las instituciones cambian, las personas cambian. Los cambios son buenos y necesarios. Los ciclos de la vida son así: una época termina y otra nueva inicia. Lo vive México, pero también lo vive nuestra Escuela... y lo vivo yo en lo personal.

Esta es la última ceremonia de Inauguración de Cursos escolares que me corresponde presidir como Rector de la Escuela Libre de Derecho y ustedes comprenderán, seguramente, por qué hoy estoy profundamente emocionado.

En el cumplimiento exacto de nuestras normas, se acerca el tiempo del relevo y, así como el país ha visto como democráticamente se ha dado el cambio, también nuestra Escuela democráticamente elegirá pronto un nuevo Rector. Por ello mi emoción, por ello mi alegría. Por ello la satisfacción de estar aquí, hoy con ustedes, para darles la bienvenida y también para darles las gracias por estos cuatro años en que tuve su apoyo constante, su confianza, su buena voluntad. Gracias porque esta Escuela me concedió el alto honor de dirigirla, acompañado por una Junta Directiva participativa y por un cuerpo de profesores y profesoras cuyo compromiso permitió avanzar hacia nuevos niveles de calidad y de reconocimiento social de nuestra Escuela.

Tuve el privilegio en estos cuatro años de encabezar los esfuerzos de todos, y precisamente con la generosidad de todos pudimos reformar el plan de estudios de licenciatura para ofrecer la educación jurídica que, sosteniendo los principios fundamentales, nos permite formar abogados modernos. Pudimos también obtener la certificación que acredita que somos una Escuela de calidad y creamos dos nuevas maestrías y, alcanzamos el sueño de muchos de nuestros predecesores al instaurar el doctorado.

Empero este no es un informe de la gestión de cuatro años sino más bien, el pretexto para agradecer, porque gracias la Junta y a los profesores, a los secretarios, al personal, conseguimos todo esto.

Lo digo aquí, porque nuestros alumnos, los que ya están con nosotros y los de nuevo ingreso deben saber que esta Escuela existe porque existen hombres y mujeres de buena voluntad, que sin recibir estipendio alguno, son capaces de comprometerse con una causa, la de la educación de ustedes jóvenes. Porque esta es la Escuela Libre de Derecho, y aquí se da el milagro cotidiano de la solidaridad, de la exigencia, del esfuerzo, de la buena fe, de la entrega apasionada y de la responsabilidad por la formación de los mejores abogados y abogadas de este país.

Felicito a los nuevos profesores que hoy se integran; felicito a los alumnos que han recibido premios a su aplicación, felicito a toda la comunidad por conservar y acrecentar las razones que nos dieron vida hace 106 años y que hoy se mantienen intactas y con plena vigencia.

Se abren ahora nuevas expectativas para México y estoy seguro de que la Escuela Libre de Derecho sabrá, como siempre, estar a la altura de las circunstancias y de las exigencias, porque nuestro deber es ser los mejores, porque nuestra convicción es la Justicia y la Libertad, porque nuestra lealtad es hacia el Derecho y, porque nuestra misión es la misma que hace muchos años nos señalara Manuel Herrera y Lasso: formar abogados capaces y morales al servicio de la Patria mexicana.

Por ello, con la emoción de estar aquí, entre tantos jóvenes valiosos que han asumido el reto de ser los mejores. Con la satisfacción de estar ante tan destacados profesores que asumen voluntaria y generosamente el compromiso de enseñar. Con la responsabilidad de compartir el presídium con esta Junta Directiva tan comprometida: Tengo el enorme honor de declarar inaugurado el curso escolar 2018-2019 de la Escuela Libre de Derecho, expresando mis deseos de que sea para bien de todos ustedes y de nuestro México, que necesitará de sus mejores hombres y mujeres, como lo son todos ustedes.

Muchas Felicidades.

Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx