

Escuela Libre de Derecho

Revista de Investigaciones Jurídicas

45

México, 2021

tirant
lo blanch





REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

RECTOR

Don Ricardo Antonio Silva Díaz

JUNTA DIRECTIVA

Don Fernando Cataño Muro Sandoval

Doña Ligia Claudia González Lozano

Don Álvaro J. Altamirano

Doña Claudia Aguilar Barroso

Don Juan Pablo Estrada Michel

SECRETARIOS

Don José Manuel Villalpando

Secretario Académico

Doña Renata Sandoval Sánchez

Secretaria de Administración

Doña Cecilia Lizardi Tort

Secretaria de Posgrado

Don Arturo Ramos Sobarzo

Director del Centro de Investigaciones Jurídicas

Don Manuel Alejandro Munive Páez

Director de Doctorado

COMITÉ EDITORIAL

Don Juan Pablo Estrada Michel

Director

Don Francisco de Icaza Dufour

Presidente Honorario

Doña Lizbeth América Cedillo Valderrama

Don Rodolfo Gómez Alcalá

Don Rafael Estrada Michel

Don Pablo Francisco Muñoz Díaz

Don Arturo Ramos Sobarzo

Don José Manuel Villalpando

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

TIRANT LO BLANCH MÉXICO

Av. Tamaulipas 150, Oficina 502

Hipódromo, Cuauhtémoc

CP 06100, Ciudad de México

Telf.: +52 1 55 65502317

infomex@tirant.com

www.tirant.com/mex/

www.tirant.es

ISSN 0185-1438

© 2021. Derechos reservados conforme a la ley

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Dr. Vértiz Número 12, Colonia Doctores

Alcaldía 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

ARTÍCULOS ACADÉMICOS Y DE INVESTIGACIÓN

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA O USUCAPIÓN DE BIENES INMUEBLES DE MALA FE Y SU INJUSTA APLICA- CIÓN	13
MARIO ALBERTO BECERRA BECERRIL, MAURICIO JOSÉ BECERRA BECERRIL	
ÉTICA Y SERVICIO PÚBLICO: REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE SOCIEDAD DECENTE	31
EUGENIA PAOLA CARMONA DÍAZ DE LEÓN	
LA PRUEBA DE DAÑO COMO UNA APLICACIÓN PRÁCTICA INCORREC- TAMENTE LEGISLADA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE ROBERT ALEXY EN MÉXICO (LA PONDERACIÓN ENTRE LA INFORMACIÓN PÚBLI- CA Y LA INFORMACIÓN RESERVADA)	45
GREGORIO D. CASTILLO PORRAS	
EL CONFLICTO COMO EJE DE LA MEDIACIÓN Y UNA LECCIÓN QUE DE- BEMOS APRENDER DE LA PANDEMIA.....	77
ABEL CHÁVEZ SALINAS	
UNA VISIÓN JURÍDICA. CIENTO TREINTA AÑOS DE DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA: DE LA <i>RERUM NOVARUM</i> A LA <i>FRATELLI TUTTI</i>	107
JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL	
LA REVOLUCIÓN EN LA TECNOLOGÍA DE LOS ALIMENTOS Y EL DERE- CHO A LA ALIMENTACIÓN. UN REQUISITO EMERGENTE EN TIEMPO DE CAMBIOS ACELERADOS	143
MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO	
LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN DERECHO MEXICANO: UNA ASIG- NATURA PENDIENTE	173
FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO	
EL CRIMEN DE LESA MAJESTAD EN EL PERIODO DEL DESPOTISMO IM- PERIAL EN PLIN. <i>EP.</i> 1.5.1	203
POR YURI GONZÁLEZ ROLDÁN	

¿DISUASIÓN O DECEPCIÓN? LA PREVENCIÓN DE LOS DELITOS INTERNACIONALES EN MÉXICO	225
MIRIAM HEREDIA ZERTUCHE	
LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE DICTAR MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN O PROVIDENCIA DE EMBARGO EN CONTRA DE LA FEDERACIÓN	249
ADRIÁN MAGALLANES PÉREZ, MANUEL MEZA GUZMÁN	
DECIDIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. PROPUESTA DE UN TEST PARA DETERMINAR CUÁNDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON DISPONIBLES EN LAS DEMOCRACIAS	279
PABLO FRANCISCO MUÑOZ DÍAZ	
LA IDEA DEL ESTADO DE DERECHO: SU SURGIMIENTO, EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD.....	303
GIORGIO RIDOLFI	
LA PRIMERA ÉPOCA FEDERAL DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO: ENTRE EL DISCURSO Y LA REALIDAD	323
MARIO A. TÉLLEZ G.	
EL LEGADO DE RUTH BADER GINSBURG	349
MARÍA CRISTINA URZAIZ LARES	
LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO: RECUENTO DEL CONCEPTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	377
FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ	

ARTÍCULOS DE DIVULGACIÓN Y DE OPINIÓN

DERECHO A LA INFORMACIÓN DE UN ACCIONISTA FRENTE A LA SOCIEDAD ANÓNIMA	397
LUIS ALFONSO CERVANTES MUÑIZ, ÓSCAR ESQUIVEL PINEDA	
EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS Y EL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO	419
SERGIO CHARBEL OLVERA RANGEL	
EL JUICIO ORAL MERCANTIL Y EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL ORAL	447
FAUZI HAMDAN AMAD, FRANCISCO XAVIER MANZANERO ESCUTIA, ARELI MARLENNE VERGARA VARGAS, RODRIGO ALBERTO ESTRADA GARCÍA	
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN LA CIUDAD DE MÉXICO	477
ERICK MENA MORENO	

EL SISTEMA FINANCIERO Y LA ERA FINTECH.....	497
PAULINA MORFÍN CEDEÑO	
LA REFORMABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA TEORÍA POLÍTICA CONSTITUCIONAL	523
RICARDO J. SEPÚLVEDA I.	
CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIO DE LA PROPAGANDA GUBERNAMENTAL EN PERIODO DE CAMPAÑAS.....	537
LUIS OCTAVIO VADO GRAJALES	
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO EN EL COLAPSO DE LA LÍNEA 12.....	553
MARÍA ZARAGOZA SIGLER	

RESEÑA ESCOLAR

DISCURSO DEL JOVEN ALUMNO DE 5° AÑO, DIEGO MARTÍNEZ RÍOS, PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNAS Y ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DEL CURSO ESCOLAR 2021-2022 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EL DÍA 23 DE AGOSTO DE 2021	569
DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 2021-2022 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, POR LA MAESTRA DOÑA LIGIA CLAUDIA GONZÁLEZ LOZANO, PROFESORA DE LA ESCUELA Y VOCAL DE SU JUNTA DIRECTIVA, PRONUNCIADO EL DÍA 23 DE AGOSTO DE 2021.....	571

IN MEMORIAM 2020 – 2021

DON JUAN PABLO LÓPEZ LEDESMA (2020)	581
FERNANDO CATANO MURO SANDOVAL	
DON BENJAMÍN VIDARGAS ROJAS (2020)	583
FABIÁN ALEJANDRO GUZMÁN	
DON CARLOS RAMÓN MUGGENBURG RODRÍGUEZ VIGIL (2020).....	585
MAYRA MÜGGENBURG CAMIL	
DON MAURICIO OROPEZA Y SEGURA (2021)	587
MAURICIO J. BECERRA BECERRIL	



ARTÍCULOS ACADÉMICOS Y DE INVESTIGACIÓN



LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA O USUCAPIÓN DE BIENES INMUEBLES DE MALA FE Y SU INJUSTA APLICACIÓN

MARIO ALBERTO BECERRA BECERRIL¹

MAURICIO JOSÉ BECERRA BECERRIL²

A Guadalupe y Cristina

“Privar a las personas de sus derechos humanos es poner en tela de juicio su propia humanidad.”

Nelson Mandela

RESUMEN: El presente artículo busca dar argumentos sobre por qué la usucapión efectuada por poseedores de mala fe –y sin justo título– es injusta e inconstitucional por vulnerar los derechos de propiedad y seguridad jurídica de los propietarios.

PALABRAS CLAVE: prescripción adquisitiva inconstitucional e injusta; usucapión inconstitucionalidad.

ABSTRACT: This essay will discuss if adverse possession or acquisitive prescription is an unfair institution and/or unconstitutional under the Mexican constitution.

KEYWORDS: unconstitutionality of adverse possession; acquisitive prescription unconstitutional.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE LA USUCAPIÓN. 1. Concepto. 2. FUNDAMENTO. III. GENERALIDADES: NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, REQUISITOS PARA USUCAPIR, LOS EFECTOS DE LA USUCAPIÓN Y EL ÚNICO TIPO DE POSEEDOR QUE PUEDE USUCAPIR, LA DISTINCIÓN ENTRE POSEEDOR ORDINARIO Y DERIVADO Y DE BUENA Y MALA FE. 1. Naturaleza jurídica de la usucapión. 2. Los requisitos para usucapir. 3. Efectos de la usucapión. 4. Distinción entre poseedor originario y derivado. 5. Distinción entre poseedor de buena fe y de mala fe y la necesidad de un “justo título” tratándose del primero. IV. LA INJUSTA E INCONSTITUCIONAL FIGURA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA LLEVADA A CABO POR UN POSEEDOR DE MALA FE. 1. 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 titular en la Maestría de Derecho Constitucional en la ELD.

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

oportunidad perdida: el amparo directo en revisión 8045/2018 resuelto por la Primera Sala de la SCJN. 4. Reflexiones en torno a lo resuelto por la SCJN y nuestra postura en torno a la figura de usucapión. V. CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Con este trabajo buscamos que se discuta un tema hasta hoy olvidado y poco abordado por los tribunales, por la doctrina y por el foro de abogados en general: nos referimos a si es necesaria, justa y constitucional la usucapión de inmuebles efectuada por poseedores de mala fe y sin la existencia de un justo título. *Si lo logramos, nuestro objetivo se habrá logrado.*

Para entender mejor la problemática en torno a la figura que nos ocupa, imagine los siguientes escenarios:

1. Usted vive en la Ciudad de México y en el año 2000 adquirió un predio en la selva Tulum a un precio de 20 dólares por metro cuadrado con fines de especulación comercial, gastando buena parte de sus ahorros, cumpliendo con todas las formalidades previstas en el Código Civil de Quintana Roo, ante notario y haciendo las inscripciones relativas en el registro público estatal. La cuenta catastral, de luz y de agua se encuentran a su nombre. Han transcurrido más de 20 años y actualmente el precio por metro cuadrado en Tulum es de 300 dólares. Por lo anterior, decide que es el momento perfecto de vender el predio para poder pagar la universidad de sus hijos, pero justo antes de sacar el predio al mercado para su venta, lo emplazan a un juicio civil en el que un supuesto “poseedor” –sin existir un “justo título”– solicita al juez quedarse con la propiedad de su predio por haber cumplido con los requisitos legales previstos en el Código Civil del Estado para que se actualizara la prescripción adquisitiva. Se sigue el juicio respectivo, se agotan todas las instancias, y se dicta la sentencia en la que se reconoce al “poseedor de mala fe” como nuevo propietario.
2. Usted hereda un terreno en la zona del Ajusco en la Ciudad de México, se lleva el procedimiento de adjudicación de sucesión respectiva y se inscribe el bien inmueble a su nombre. Efectúa los trámites respectivos, y la cuenta catastral, de agua y luz quedan igualmente a su nombre. Transcurren 15 años y, ante la difícil situación económica por la que está pasando, decide vender el predio. Sin embargo, antes de poder si quiera poder publicar el terreno para venta, le llaman a un juicio civil en el que un individuo alega haber residido sin un “justo título” durante el lapso necesario y cumpliendo con los demás requisitos que marca el Código Civil y le solicita al juez que se dicte una sentencia en la que se le dé la propiedad del predio en cuestión. Se sigue el juicio, agota usted todos los medios de defensa y se dicta una sentencia en la que se reconoce al poseedor de mala fe como nuevo propietario y se ordena su inscripción en el registro público.

Después de leer los anteriores casos, las preguntas obligadas tiene que ser: *(a) ¿es justo y constitucional que mediante una figura creada hace cientos de años por el Derecho Romano se fomente la privación de la propiedad y la desposesión de bienes inmuebles en beneficio de poseedores de mala fe y, además, se tolere la privación del derecho fundamental de propiedad sin una justa indemnización y se premie a un individuo que se apropia de mala fe de un bien que no es suyo?; y (b) ¿hoy en día se sostienen las razones por las fue creada esta figura?* La respuesta, en nuestra humilde opinión, es que, tratándose de poseedores de mala fe, **no** y trataremos de demostrarlo en las siguientes líneas.

Sin embargo, antes de entrar de lleno al tema que nos ocupa, estimamos necesario hacer una aclaración: no desconocemos la importancia que tiene la usucapión a efecto de dotar de propiedad a individuos –poseedores de buena fe y con un justo título– que de otra manera no podrían hacerlo, pero también creemos que, así como ayuda en muchos casos, en muchos –muchísimos– otros genera grandes injusticias para el legítimo propietario y, en su lugar, premia a quien ocupa un inmueble ajeno, de mala fe y sin un justo título de por medio, e incluso a quien posee mediante actos violentos y /o delictivos.

II. CONCEPTO Y FUNDAMENTOS DE LA USUCAPIÓN

1. Concepto

El término usucapión en nuestro sistema jurídico es de origen latino, se tomó de la palabra *usucapio* la cual se compone a su vez de la palabra *usu capere*, que significa adquirir por el uso y se define como el modo de adquirir la propiedad por la simple posesión continuada durante el tiempo y con los requisitos que fija la ley. Convierte en situación de derecho lo que empezó como una situación de mero hecho.³

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante “**SCJN**”), ha definido a la prescripción adquisitiva como una “*forma de adquirir el derecho real de propiedad respecto de una cosa, mediante la posesión pacífica, continua, pública y en concepto de dueño, por el tiempo que establezca la normatividad aplicable*”.⁴

En resumen, la usucapión es la institución del derecho civil por la que quien poseyó un bien inmueble durante cierto tiempo establecido por la ley, se le premia haciéndolo dueño de esta.

2. FUNDAMENTO

Como bien afirma Xavier O’Callaghan, el *fundamento* de la usucapión es sumamente discutido. Por una parte, se ha sostenido –desde el Derecho Romano– que es una ins-

3 O’Callaghan, Xavier, “*Compendio de Derecho Civil*”, Tomo III (Derechos reales e hipotecario), Editorial Universitaria Ramón Arces, España, 2021, página 126

4 Amparo directo en revisión 8045/2018, resuelto por la Primera Sala de la SCJN.

titución necesaria para el bien o interés público⁵. Sin embargo, lo cierto es que, en la actualidad, se mantiene tanto por la doctrina, como por los tribunales, la justicia, la necesidad y la utilidad social de la usucapión, con base en dos fundamentos: un *fundamento subjetivo* y un *fundamento objetivo*.⁶

El fundamento subjetivo de la usucapión se apoya en el abandono o negligencia del titular del derecho que, por su inactividad, ha permitido que otro adquiera su derecho por la posesión continuada durante cierto tiempo. Al propio tiempo, el trabajo y la actividad posesoria del adquirente justifican que se le otorgue el derecho que ha estado poseyendo durante el tiempo adecuado.⁷ En palabras de la Primera Sala de la SCJN, el *fundamento subjetivo* “justifica la pérdida de la propiedad respecto de un bien debido al abandono, actitud omisiva o desinterés de su titular, manifestado a través del no uso de cualquiera de las facultades derivadas de dicho derecho o la negligencia ante la noticia de la existencia de un poseedor ajeno en concepto de dueño, por la no realización de actos para recuperar su posesión”.⁸

Por otra parte, el *fundamento objetivo* –que es mucho más aceptado que el subjetivo–, establece que la usucapión fue creada como medio de “protección del interés público, que se da a través de la seguridad de las relaciones jurídicas y la protección a la apariencia creada con la posesión en concepto de dueño, evitando así que la propiedad sobre las cosas no quede en una incertidumbre indefinida y que los bienes dejen de ser utilizados”.⁹ Dicho de otra manera, conforme al *fundamento objetivo* para que exista usucapión no es preciso que haya una actuación negligente del titular (que incluso podría probar que no la tuvo) o un trabajo del usucapiente (que pudo poseer pero sin ejercer una actividad o trabajo), sino que basta el hecho objetivo de la posesión, en el tiempo y con los requisitos que marca la ley. El *fundamento objetivo* es –en resumidas cuentas– la seguridad del tráfico jurídico, el interés general social y económico, el bien público; que se reconozca la titularidad del derecho en quien, a través de la posesión en un tiempo y unos requisitos, aparece pública, social y económicamente como tal titular. Al mismo tiempo, evita la necesidad de que deban probarse –hasta los más lejanos tiempos– la existencia y titularidad de derechos reales.¹⁰

5 La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 8045/2018, sostuvo expresamente que: “La prescripción adquisitiva se justifica, además, **por razones de interés público**, concernientes a la obligación del Estado de brindar seguridad a las relaciones jurídicas entre los gobernados, siendo relevante en ello, la certidumbre en la propiedad de los bienes materiales, cuando respecto de ellos, una persona puede tener facultades normativas de propiedad sin ejercerlas y otra ha ejercido por determinado tiempo las mismas facultades, al cobijo de un título que estima le confiere el carácter de propietario o aún sin título pero con ánimo de dominio; de manera que interesa al Estado, a través del Derecho, definir esta clase de controversia sobre los bienes materiales entre los particulares, en contribución a la seguridad jurídica y a la paz social.” (el énfasis es propio de la sentencia)

6 O’Callaghan, Xavier, *op. cit.*, página 126.

7 *Idem.*

8 Cfr. las contradicciones de tesis 28/2007 y 204/2014, resueltas por la Primera Sala de la SCJN.

9 *Idem.*

10 O’Callaghan, Xavier, *op. cit.*, página 126.

Lo cierto es que existe un corriente doctrinal que duda sobre si el fundamento de la usucapión es acertado o no y, como ejemplo, basta lo dicho por Albaladejo cuando afirma que *“el fundamento de la usucapión se halla en la idea (acertada o no, pero acogida por nuestra ley) de que, en aras de la seguridad del tráfico, es, en principio, aconsejable que, al cabo de determinado tiempo, se convierta en titular de ciertos derechos quien, aunque no le pertenezcan, los ostenta como suyos, sin contradicción del interesado. Todo lo demás, que se diga sobre el fundamento de la usucapión, son músicas”*.¹¹

III. GENERALIDADES: NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, REQUISITOS PARA USUCAPIR, LOS EFECTOS DE LA USUCAPIÓN Y EL ÚNICO TIPO DE POSEEDOR QUE PUEDE USUCAPIR, LA DISTINCIÓN ENTRE POSEEDOR ORDINARIO Y DERIVADO Y DE BUENA Y MALA FE

En presente apartado esbozaremos brevemente algunas cuestiones que consideramos relevantes de la figura de la usucapión, y si bien nos basaremos únicamente en las reglas previstas en el Código Civil de la Ciudad de México, así como en el Código Civil Federal, lo cierto es que la regulación de la usucapión es muy parecida –y en muchas ocasiones idéntica– en el resto de las entidades federativas.

1. Naturaleza jurídica de la usucapión

Al resolver el amparo directo en revisión 8045/2018, la Primera Sala de la SCJN sostuvo que *“la figura jurídica de la prescripción adquisitiva, tratándose de inmuebles, se endereza contra la persona que tiene un título de propiedad inscrito en el Registro Público de la Propiedad, y en esencia, constituye una sanción civil a dicho propietario registral, por el abandono de la cosa, privándolo de su derecho real de propiedad, en favor de aquél que prescribe el bien.”*

Es decir, la usucapión *tiene la naturaleza jurídica de una sanción civil* que consiste en privar al propietario de la cosa de su derecho real de propiedad, por el simple abandono de la misma.

2. Los requisitos para usucapir

La posibilidad de adquirir el dominio por la posesión no es inmediata y está sujeta a determinadas condiciones y reglas. Al respecto, tanto el Código Civil de la Ciudad de México como el Federal (en adelante los “Códigos Civiles”), en su artículo 1151, esta-

11 Albaladejo García, Manuel, *“La Usucapión”*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid 2004, página 14.

blecen que la posesión necesaria para prescribir debe ser en concepto de propietario, y ser pacífica, continua y pública.

Efectivamente, *la posesión apta para prescribir, además de ser en concepto de dueño, debe fundarse en el ejercicio efectivo de la posesión* durante el plazo establecido en la ley, lo que se traduce en el uso y goce real del bien.¹² Esto es, debe sustentarse en una posesión continua, actual, directa, efectiva y permanente, que no sea interrumpida, y solo puede tener lugar sobre bienes que están en el comercio, es decir, que son susceptibles de apropiación.

Es **continua** la posesión que no es interrumpida, y que se ejerce sin contradicción por parte del interesado, esto es, de quien tiene el derecho de propiedad sobre el bien. El que se demuestre en el juicio que durante el plazo necesario para que opere la prescripción hubo alguna contradicción por parte del interesado o el reconocimiento del derecho del propietario por parte de quien pretende usucapir, interrumpe el plazo para la prescripción, lo que inutiliza el plazo transcurrido con anterioridad.¹³

Es **pacífica** la posesión que se ejerce sin violencia. Por ello, cuando se entra en posesión por virtud de actos violentos, el cómputo del plazo para la prescripción inicia hasta que los actos de violencia cesan. Asimismo, para que la posesión sea pacífica no debe estar sometida a controversia judicial –ni sobre la propiedad ni sobre la posesión– durante el lapso requerido para que opere la prescripción. La interposición de una demanda o de algún recurso interrumpe la prescripción.¹⁴

Finalmente, es **pública** la posesión que se ejercita de modo que tengan conocimiento de ella no sólo los que tengan interés en interrumpirla, sino todo el mundo. Ello en oposición a la posesión clandestina, esto es, la que se oculta de quienes pueden tener interés en interrumpirla.¹⁵

A mayor abundamiento, debe decirse que la doctrina que ha ido construyendo la SCJN sobre las características que requiere la posesión originaria para prescribir, señala que la **publicidad** en la posesión debe manifestarse ostensiblemente, de manera indiscutible y objetiva, siendo susceptible de apreciarse por los sentidos, mediante la ejecución de actos que revelen que el poseedor es el dominador de la cosa, el que manda en ella, como dueño en sentido económico, frente a todo el mundo; que ejerce un poder indiscutible, de orden económico, para hacer suya la cosa desde el punto de vista de los hechos.¹⁶

12 González Linares, Nerio, “*Derecho Civil Patrimonial*”, Palestra Editores, Lima, Perú, 2007, p. 398.

13 Amparo directo en revisión 8045/2018 resuelto por la Primera Sala de la SCJN.

14 *Idem*.

15 *Idem*.

16 Cfr. la tesis de rubro: “**PRESCRIPCIÓN POSITIVA, PROCEDENCIA DE LA.**” (Sexta Época, No. Registro: 270107, Tercera Sala, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Volumen LXXXVI, Cuarta Parte, Página: 34).

Pero además de los requisitos arriba apuntados, cuando se trata de bienes inmuebles, la legislación civil establece que la posesión debe darse durante lapsos de tiempo más o menos prolongados. Los Códigos Civiles establecen que ese tipo de bienes prescribe en cinco años cuando el bien se posee con los requisitos mencionados y de buena fe y en diez años cuando la posesión es de mala fe. Asimismo, los Códigos Civiles señalan que se puede aumentar ese tiempo en una tercera parte si se demuestra que el poseedor de la finca no la ha cultivado durante la mayor parte del tiempo en que ha poseído o que por no haber hecho el poseedor de la finca urbana las reparaciones necesarias, ésta ha permanecido deshabitada la mayor parte del tiempo que ha estado en poder de aquél.

Además de esas posibilidades para prescribir que la doctrina agrupa bajo el nombre de usucapión ordinaria, existen disposiciones conforme a las cuales puede adquirirse la propiedad por la posesión prolongada incluso en los casos en los que la posesión se generó con violencia o por la comisión de un delito. En dichos casos, el tiempo para prescribir se amplía permitiendo que los plazos establecidos únicamente cuenten desde el momento en que la pena o la acción penal prescriban o desde que la violencia cese (artículos 1154 y 1155 de los Códigos Civiles).

3. Efectos de la usucapión

Como se ha mencionado ya, el efecto de la prescripción positiva o usucapión es la adquisición de la propiedad del bien inmueble que se ha estado poseyendo.

Los Códigos Civiles establecen que cuando se reúnen los requisitos a los que se ha hecho referencia, puede promoverse juicio contra quien aparece como propietario de los bienes en el Registro Público, con el fin de que se declare la consumación de la prescripción y, por tanto, la adquisición de la propiedad por parte del actor (artículo 1156 de los Códigos Civiles). La sentencia se inscribirá en el Registro Público y servirá como título de propiedad al poseedor (artículos 1157 de los Códigos Civiles).

Así, es claro que los supuestos de esas normas tienen una consecuencia jurídica concreta: la adquisición de la propiedad.

4. Distinción entre poseedor originario y derivado

La posesión se reconoce como un estado de hecho: un contacto material del hombre con la cosa, por virtud del cual, la retiene en su poder en forma exclusiva y ejecuta actos materiales de aprovechamiento de ella; estado o poder físico de hecho que puede derivar de un derecho real, de un derecho personal, o no reconocer la existencia de derecho alguno.¹⁷

17 Rojina Villegas, Rafael, *“Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones”*, Editorial Porrúa, México, 2015, Página 189.

Ahora bien, cuando la posesión que se ejerce sobre un inmueble en concepto de propietario, se denomina: **posesión originaria**. El poseedor se conduce como dueño respecto del bien, ejerciendo un poder jurídico sobre él, traducido en la ejecución de actos materiales de aprovechamiento del mismo; esta clase de posesión tiene su origen en la existencia del derecho real de propiedad, o bien, en la creencia de que se tiene ese derecho.

Cuando la posesión que se ejerce sobre el bien se realiza con motivo de una facultad conferida por el propietario al poseedor, se denomina: **posesión derivada**; esto es, cuando el dueño de la cosa concede su uso, goce y/o disfrute a un tercero, mediante la celebración de un acto jurídico, para que ejerza sobre ella determinados actos materiales de aprovechamiento. En estos casos, el poseedor no puede ostentarse propietario, porque la causa generadora de su posesión proviene del mismo dueño, de manera que la posesión se ejerce precisamente en nombre o con consentimiento de aquél.

En otras palabras, el derecho de propiedad comprende el *ius abutendi* o derecho de disposición, el *ius fruendi* o derecho de apropiarse de los frutos del bien, y el *ius utendi* o derecho de usar el bien. El derecho de propiedad puede desmembrarse, de tal manera que el *ius abutendi*, el *ius fruendi* y el *ius utendi* queden en diversas personas. Por lo tanto, el propietario puede optar por conservar la nuda propiedad del bien, y otorgar a un tercero el *ius fruendi* y el *ius utendi*, ya sea mediante un usufructo o alguna otra figura jurídica, o solamente el *ius utendi* mediante un contrato de arrendamiento, comodato, o depósito, entre otros. Cuando ello sucede, quien recibe el uso o disfrute del bien se convierte en un “**poseedor derivado**”.

Así pues, sólo puede convertirse en propietario de un inmueble por prescripción adquisitiva o usucapión, el **poseedor originario**, que lo tiene en su poder físico, **en concepto de dueño**.

5. Distinción entre poseedor de buena fe y de mala fe y la necesidad de un “justo título” tratándose del primero

Se considera que el **poseedor originario de buena fe** posee en razón de un “justo título”, mientras que el **poseedor originario de mala fe** carece de un título para poseer, esto es, su posesión se deriva de una situación de hecho, que tiene lugar cuando se apropia del bien, ya sea porque está vacante –el bien no tiene un dueño cierto y conocido– o incluso algunas codificaciones permiten que la usucapión se actualice cuando la posesión se adquiere por medio de la violencia, o por la comisión de algún delito, en cuyo caso, el plazo para que proceda la usucapión es mayor, y empieza a contabilizarse a partir de que cesó la violencia y/o prescribió la acción penal por el delito de que se haya tratado.¹⁸

18 *Código Civil Federal y Código Civil de la Ciudad de México. Artículo 1154.- Cuando la posesión se adquiere por medio de violencia, aunque ésta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para

Ahora bien, los Códigos Civiles distinguen entre el poseedor originario de **buena fe** y de **mala fe**, exigiendo un plazo más corto –por regla general de 5 años– para prescribir de quien posee de buena fe, e imponiendo un plazo más largo –por regla general de 10 años– a quien posee de mala fe (artículo 1152).

Así, se estima poseedor de **buena fe** el que durante todo el lapso que requiere la ley para que opere la prescripción ha poseído con base en un *“justo título”*, es decir, un poseedor de buena fe solo es aquel que tiene un *“justo título”* que justifique las razones por las que tiene la posesión originaria del bien inmueble.

Sin embargo, toda vez que la ley no define en forma precisa lo que debe entenderse por *“justo título”*, la Primera Sala de SCJN –al resolver la contradicción de tesis 204/2014– sostuvo que por *“justo título”* debe *“entenderse un título suficiente para poseer en concepto de propietario, así como, una creencia fundada y seria de que se celebró un acto jurídico ‘bastante’ para adquirir el dominio del bien”* y agregó que para acreditar la existencia del mismo deben *“presentarse pruebas suficientes para demostrar que objetivamente era posible concluir que el vendedor tenía la propiedad del bien o facultades de disposición, ya que de otra forma, no podría concluirse que ‘cualquier persona’ podría haber caído en el error”*.

Por lo tanto, en palabras de la propia Primera Sala de la SCJN, para probar su *“justo título”*, el poseedor de buena fe debe aportar al juicio de usucapión las pruebas necesarias para acreditar¹⁹:

la prescripción será de diez años para los inmuebles y de cinco para los muebles, contados desde que cese la violencia.

Artículo 1155.- La posesión adquirida por medio de un delito, se tendrá en cuenta para la prescripción, a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal, considerándose la posesión como de mala fe.

*** Código Civil del Estado de Jalisco. Art. 892.-** Cuando la posesión se adquiere por medio de violencia, aunque ésta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para la usucapión será de diez años para los inmuebles y de cinco para los muebles, contados desde que cese la violencia.

Art. 893.- La posesión adquirida por medio de un delito, se tendrá en cuenta para la usucapión, a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal, considerándose la posesión como de mala fe.

*** Código Civil para el Estado de Nuevo León. Art. 1151.-** Cuando la posesión se adquiere por medio de violencia, aunque ésta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para la prescripción será de diez años para los inmuebles y de cinco para los muebles, contados desde que cese la violencia.

- 19 Cfr. la contradicción de tesis 204/2014 resuelta por la Primera Sala de la SCJN, así como la jurisprudencia de rubro: **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. AUNQUE LA LEGISLACIÓN APLICABLE NO EXIJA QUE EL JUSTO TÍTULO O ACTO TRASLATIVO DE DOMINIO QUE CONSTITUYE LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN DE BUENA FE, SEA DE FECHA CIERTA, LA CERTEZA DE LA FECHA DEL ACTO JURÍDICO DEBE PROBARSE EN FORMA FEHA-CIENTE POR SER UN ELEMENTO DEL JUSTO TÍTULO (INTERRUPCIÓN DE LA JURIS-PRUDENCIA 1a./J. 9/2008)**. (Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, página 200, Registro digital: 2008083).

- 1) Que el acto traslativo de dominio que constituye su justo título tuvo lugar, lo cual debe acompañarse de pruebas que demuestren que objetivamente existían bases suficientes para creer fundadamente que el enajenante podía disponer del bien cuya propiedad aduce le transfirió, ya que ello demuestra cierta diligencia e interés en el adquirente en conocer el origen del título que aduce tener su enajenante;
- 2) Si el acto traslativo de dominio de que se trata es oneroso, que se hicieron pagos a cuenta del precio pactado; en caso contrario, tendrá que probar que la transmisión del bien se le hizo en forma gratuita; y
- 3) La fecha de celebración del acto jurídico traslativo de dominio, la cual deberá acreditarse en forma fehaciente, pues resulta el punto de partida para el cómputo del plazo necesario para que opere la prescripción adquisitiva de buena fe.

IV. LA INJUSTA E INCONSTITUCIONAL FIGURA JURÍDICA DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA LLEVADA A CABO POR UN POSEEDOR DE MALA FE

Expuestas las generalidades de la usucapión, toca ahora esgrimir los argumentos por los que estimamos que la figura de la prescripción adquisitiva llevada a cabo por un poseedor de mala fe no tiene cabida en la actualidad y, además, es inconstitucional.

1. La oportunidad perdida: el amparo directo en revisión 8045/2018 resuelto por la Primera Sala de la SCJN

El asunto tuvo su origen en un litigio en donde un propietario fue privado de propiedad por un poseedor de mala fe y que carecía de un “*justo título*”, con fundamento, entre otros, en el artículo 1248 del Código Civil del Estado de Guanajuato que establece que los “*bienes inmuebles prescribirán también en veinte años aun cuando la posesión sea sin justo título y de mala fe, siempre que sea civil, pacífica, continua y pública. No operará esta causa de prescripción si el hecho que dio origen a la posesión, hubiere sido declarado delito por sentencia ejecutoria.*”

Agotado el procedimiento en todas sus etapas, el propietario afectado promovió un amparo directo en el que adujo que los artículos 1039, 1246 y 1248 del Código Civil del Estado de Guanajuato –que regulan la prescripción adquisitiva– vulneraban el derecho humano de propiedad privada “*porque permiten que cualquier persona pueda adquirir la propiedad de un bien que pertenece a otra, sin que medie el consentimiento de esta última.*”

El asunto llegó –vía recurso de revisión– a las manos de la Primera Sala de la SCJN y ésta sostuvo –por unanimidad– la constitucionalidad de la figura de la prescripción adquisitiva llevada a cabo por un poseedor de mala fe, en los siguientes términos:

“49. De modo que no puede considerarse inconstitucional la figura jurídica del Derecho civil denominada ‘prescripción adquisitiva,’ bajo la idea de que vulnera el artículo 27 constitucional; pues se trata de un mecanismo legal encaminado a resolver conflictos entre partes, derivados de la posesión de los bienes inmuebles, cuando existe un propietario que no ejerce materialmente las facultades normativas de su derecho de propiedad por un lapso prolongado, ni ejecuta actos para recuperar su posesión, y existe, por otra parte, un poseedor que ejerce tales facultades considerándose propietario por alguna causa; situación en la que el Estado, a través de la ley y cumplidos determinados requisitos, procura que la propiedad se consolide en favor de quien ha venido poseyendo los bienes en forma efectiva, a efecto de dar seguridad jurídica a los derechos sobre los bienes inmuebles.

50. Por tanto, en esas circunstancias, es válido el desplazamiento de la voluntad del propietario registral, ante la necesidad de evitar la generación de conflictos e incertidumbre en las relaciones jurídicas de propiedad.

51. Sin que asista razón al quejoso cuando sostiene que los artículos 1039, 1246 y 1248 que regulan la prescripción adquisitiva en el Estado de Guanajuato, facultan ‘a cualquier persona’ para adquirir la propiedad de un inmueble sin consentimiento del propietario, pues no se ‘faculta’ a cualquier persona, sino que el derecho subjetivo a adquirir la propiedad se prevé respecto de aquél que ha ejercido la posesión del inmueble considerándose propietario por virtud de una causa que generó una posesión originaria, por un lapso prolongado exigido por la ley (en el caso, veinte años conforme al artículo 1248), y en forma pacífica, continua y pública; de manera que en rigor, la figura se propone resolver un conflicto entre partes, privilegiando a quien ha ejercido por ese lapso las facultades inherentes al derecho de propiedad, y sancionando al que las abandonó.

52. En las circunstancias relatadas, no habiéndose demostrado la inconstitucionalidad de los artículos 1039, 1246 y 1248 del Código Civil del Estado de Guanajuato, aunque por razones distintas en la materia de constitucionalidad de la ley, se impone confirmar la sentencia de amparo.”

De la transcripción que antecede, se advierte que –a juicio de la Primera Sala de la SCIN– la figura de la usucapión –llevada a cabo por un poseedor de mala fe– **no es inconstitucional**, ya que: (i) se trata de un supuesto mecanismo legal encaminado a resolver “conflictos entre partes”, derivados de la posesión de los bienes inmuebles, en el que el Estado, a través de la ley y cumplidos determinados requisitos, *procura que la propiedad se consolide en favor de quien ha venido poseyendo los bienes en forma efectiva*, a efecto de dar seguridad jurídica a los derechos sobre los bienes inmuebles; y (ii) la prescripción adquisitiva no faculta a cualquier persona para adquirir la propiedad de un inmueble sin consentimiento del propietario, sino que el *derecho subjetivo a adquirir la propiedad* se prevé respecto de aquél que ha ejercido la posesión del inmueble considerándose propietario por virtud de una causa que generó una posesión originaria, por un lapso prolongado exigido por la ley, y en forma pacífica, continua y pública; de manera que en rigor, la figura se propone resolver un conflicto entre partes, privilegiando a quien ha ejercido por ese lapso las facultades inherentes al derecho de propiedad, y *sancionando al que las abandonó*.

4. Reflexiones en torno a lo resuelto por la SCJN y nuestra postura en torno a la figura de usucapión

Aún sabedores de las limitaciones que tiene la materia del amparo directo en revisión y de los pobres argumentos esgrimidos por el recurrente, creemos que la sentencia de la Primera Sala SCJN nos queda mucho a deber, pues no abordó con la suficiente profundidad la problemática existente en torno los casos en que un poseedor de mala fe, por ende, sin “justo título” puede privar de la propiedad a un legítimo propietario.

En razón de lo anterior, en las siguientes líneas evidenciaremos las omisiones de la sentencia SCJN y expondremos las dos razones por las que, en nuestra opinión, *la figura de la usucapión efectuada por un poseedor de mala fe es inconstitucional y no tiene una razón válida de existir en nuestro país*:

(i) Se trata de una institución o figura de derecho civil injusta que, además, inexplicablemente, no da lugar al pago de indemnización alguna por la pérdida de propiedad. Desde hace mucho tiempo se ha venido diciendo – a nuestro parecer con cierta dosis de razón – que la prescripción adquisitiva –en general– es una *institución injusta* desde el punto de vista del titular que pierde su derecho real por la usucapión de otro.²⁰

Sobre el particular, se ha dicho que: *(a) “resulta injusto que alguien pueda adquirir la propiedad de los bienes ajenos de espaldas a los requerimientos legales, o, peor aún, que un ladrón o un usurpador pueda arrebatarse el derecho al titular y emprender un camino para volverse propietario”*²¹; y *(b) “el Estado, que procura el orden social y el bien común, tiene que echar mano de esta institución de la usucapión que en realidad es contraria a la justicia, para poder cimentar la tranquilidad de la sociedad, a pesar de que en el fondo de la prescripción positiva hay siempre un enriquecimiento ilegítimo y una desposesión a alguien de algo sin su noticia. La institución es en el fondo contraria a derecho porque este no es un término vacío, ni una pura situación de hecho: es una facultad moral inviolable que posee una persona de tener o de hacer en ventaja suya una cosa determinada, sin que otros puedan razonablemente encontrarlo mal.”*²²

Pero si lo anterior no fuere suficiente para demostrar la injusticia en torno a la institución jurídica que nos ocupa, resulta increíble que a pesar de que, a través de la prescripción adquisitiva de mala fe, se prive de por vida al propietario de su derecho real, **el poseedor que adquiere la misma no tenga obligación de pagar compensación o indemnización alguna al propietario por dicha pérdida material.** En efecto, si mediante la prescripción adquisitiva de mala fe se produce la adquisición de la propie-

20 O’Callaghan, Xavier, *op. cit.*, página 125.

21 Serrano Gómez, Rocío y Acevedo Prada, Milena, “Aportes jurisprudenciales y doctrinales sobre la prescripción adquisitiva del dominio y el justo título en el derecho colombiano”, en la Revista Entramado, Volumen 8, número 1, enero-junio, 2012, Universidad Libre Cali, Colombia, página 102.

22 De Ibarrola, Antoni, “Cosas y sucesiones”, Editorial Porrúa, México, 2002, Página 523.

dad de un bien inmueble que era ajeno y, además, se extingue el derecho de propiedad del propietario en favor del poseedor, es claro que **por un principio de elemental justicia el poseedor debiere tener que pagar el precio real del bien usucapido al propietario** –cuando menos el valor comercial del mismo, según avaluó practicado por peritos–. Sin embargo, inexplicablemente, ningún Código Civil del país prevé que se deba indemnizar al propietario afectado por la usucapición, lo cual, en nuestra forma de ver las cosas, hace que la usucapición llevada a cabo por un poseedor de mala fe sea notoriamente injusta.

(ii) La usucapión de mala fe es institución civil superada que atenta contra el derecho de propiedad y seguridad jurídica de los propietarios. Se afirma lo anterior, en tanto que los cuatro principales argumentos²³ que han sido esgrimidos para justificar la existencia de la usucapición desde un enfoque o punto de vista de *eficiencia*, hoy en día, *no se sostienen y han sido superados por la realidad que vivimos*.

Veamos: **(a)** el *primer* argumento sostiene que la evidencia y/o las pruebas se van perdiendo conforme va pasando el tiempo y, en consecuencia, la prescripción positiva permite otorgar una titularidad respecto a aquellos bienes que carecen de evidencia o antecedentes. Este argumento ha sido totalmente superado desde la creación de los registros públicos de la propiedad; **(b)** el *segundo* sostiene que la prescripción positiva castiga a los dueños que ha dejado de usar su bien y se ha vuelto improductivo. Este argumento también ha quedado superado, ya que en muchas ocasiones la solución más eficiente es esperar a que el valor del bien aumente con el tiempo y luego darle un uso productivo o proceder a su venta con una ganancia; **(c)** el *tercero* sostiene que la prescripción positiva facilita el intercambio de bienes al otorgar certidumbre; sin embargo, este argumento –a nuestro parecer– hoy en día tampoco es sostenible, pues precisamente un bien inmueble adquirido cumpliendo con todas las formalidades de ley y debidamente inscrito en el registro público de la propiedad, nunca generará duda en torno a quien es el propietario del inmueble. Siempre se sabrá el nombre del propietario y no hay incertidumbre jurídica alguna respecto a la titularidad de bienes; y **(d)** por último, el *cuarto* argumento vela por los intereses y las inversiones que los poseedores realizan en un bien en el transcurso del tiempo. Dicho argumento –en nuestra opinión– no es sostenible desde un punto de vista jurídico, pues quien invierte o construye en un bien inmueble que sabe que no es suyo –como sucede en la usucapición–, sin consentimiento del propietario y de mala fe, debe perder todo en beneficio del propietario; y si es de buena fe tendrá derecho a la indemnización respectiva en los términos que marca la ley (artículos 886, 895, 896, 900, 902, 93, 904 y 905 del Código Civil de la Ciudad de México y del Código Civil Federal).

Además, si bien la usucapición es considerada por nuestra SCJN como un “*mecanismo legal encaminado a resolver conflictos entre partes, derivados de la posesión de los*

23 Cfr. la obra de Bouckaert Depoorter, “*Adverse Possession Title Systems*”, University of California, 1999, pp. 20-22.

bienes inmuebles, en el que el Estado, a través de la ley y cumplidos determinados requisitos, procura que la propiedad se consolide en favor de quien ha venido poseyendo los bienes en forma efectiva, a efecto de dar seguridad jurídica a los derechos sobre los bienes inmuebles”²⁴, lo cierto es que –en la actualidad– esa afirmación en la actualidad es insostenible, puesto que:

- (1) La figura de la usucapión de mala fe lejos de generar “seguridad a los derechos sobre los bienes inmuebles” genera una grave y perturbadora inseguridad jurídica en los legítimos propietarios de bienes inmuebles, pues genera una desbalanceada ventaja para el poseedor y una clara desventaja para el propietario, ya que éste último pierde su propiedad a pesar de haber adquirido la misma cumpliendo con todos y cada uno de los requisitos de ley e inscribiendo el mismo en el registro público de la propiedad. Lo anterior, no lleva a cuestionarnos: *¿de qué sirve pagar, escriturar e inscribir un inmueble si un tercero puede –mediante la usucapión– adquirir la propiedad de dicho inmueble, sin tener que pagar la justa indemnización por dicha adquisición de propiedad?*; y,
- (2) La usucapión de mala fe sanciona –indebida, injusta e inconstitucionalmente– al propietario presuponiendo que éste renunció a su derecho de fundamental de propiedad²⁵ por el simple *abandono temporal* del inmueble, pasando por alto que (i) –como ya se dijo– en muchas ocasiones la solución más eficiente es esperar a que el valor del bien aumente con el tiempo y luego darle un uso productivo o proceder a su venta con una ganancia, además de que la usucapión puede generar que se desincentive la inversión, se paralice el circuito económico y se frustren operaciones que serían ventajosas, y (ii) para considerar que ha existido el abandono de inmueble y, por ende, una renuncia al derecho de propiedad, se requiere necesariamente probar la existencia de dos elementos: uno *material*, que es la desafección sobre la posesión del bien abandonado, y otro *espiritual*, que es el ánimo (*animus*) de que el bien abandonado salga del patrimonio²⁶. Así, al no ser necesaria la acreditación de dichos elementos por parte del poseedor de mala fe que pretende usucapir y, además, no permitir que –en ningún caso– el propietario pueda justificar el abandono temporal del bien, se deja en un claro estado de indefensión al legítimo y único propietario del inmueble, y se limita

24 Amparo directo en revisión 8045/2018 resuelto por la Primera Sala de la SCJN.

25 Sobre la renuncia al derecho de propiedad, véase el artículo de Robles Latorre, Pedro, “La renuncia al derecho de propiedad”, en la revista *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 27, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), enero-diciembre 2013, páginas 49-75

26 Cfr. Díez Picazo, Luis., en “*Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico reales. El registro de la propiedad, la posesión*”, volumen III, Editorial Civitas, Madrid, 1995, página 890: “Dos elementos son necesarios para la existencia jurídica de una derrelicción, uno de carácter subjetivo, que los autores suelen denominar *animus derelinquendi*; otro de carácter objetivo, que los autores acotrumbran a llama *corpus derrelictionis*”. En idéntico sentido, Masip Acevedo, J., “La derrelicción de bienes muebles”, Editorial Ministerio de Justicia y CSIC, Madrid, 1946, página 31.

gravemente su capacidad de defensa frente a las pretensiones de terceros que le quieran perturbar en el uso o privar de la titularidad de su bien.

No escapa a nuestra atención que varios economistas y doctrinarios han sostenido que la usucapión (o *adverse possession*, como se le llama en inglés) tiene un claro sustento económico que la justifica, pues de esa manera, según opinan, se “*elimina las nubes del título*”, es decir, las imperfecciones, dudas o confusiones respecto a la legalidad de las sucesivas transmisiones dominicales operadas en el pasado y, por otro lado, la prescripción adquisitiva impide que los recursos valiosos queden ociosos o improductivos por mucho tiempo. La regla legal busca, entonces, desplazar los bienes de la inactividad a los usos productivos.²⁷ Empero, lo cierto es que, si bien esa es la realidad en otras latitudes o lo fue en otros momentos históricos de nuestro país, en México no existe –hasta donde sabemos y hemos podido investigar– ningún estudio reciente y serio que demuestre fehacientemente –y sin lugar a dudas– la utilidad de la usucapión de un punto económico.

En otras palabras, no existe –hasta donde sabemos– ningún estudio empírico, ni dato de la realidad, que muestre con cifras en la mano que la existencia de la usucapión es beneficiosa –actualmente– a la economía de México.

(iii) La usucapión de mala fe permite que se posea un bien inmueble ajeno con violencia y, en muchas ocasiones, mediante la comisión de delitos. En nuestro país –como ya se dijo–, existen varias codificaciones permiten que la usucapión se actualice cuando la posesión se adquiere por medio de la violencia, o por la comisión de algún delito, en cuyo caso, el plazo para que proceda la usucapión es mayor, y empieza a contabilizarse a partir de que cesó la violencia y/o prescribió la acción penal por el delito de que se haya tratado²⁸.

Lo anterior, lejos de generar seguridad jurídica y prosperidad económica: **(a)** *convalida y/o tolera* que a través de actos violentos y/o delictivos un individuo posea de mala fe un inmueble ajeno y pueda adquirir la propiedad del mismo, sin sanción alguna; **(b)** *fomenta* actos violentos y la comisión de delitos; y **(c)** increíblemente, *premia* con la propiedad al sujeto que mediante actos violentos o delictivos se hizo de la posesión de un inmueble.

Y a pesar de que en muchos códigos en nuestro país se prevé que la prescripción no opera si el hecho que dio la posesión ha sido declarado un delito en una sentencia ejecutoriada, o bien que la posesión adquirida por medio de un delito no genera derechos para adquirir la propiedad por prescripción adquisitiva, dichos cuerpos normativos pierden de vista que llegar al dictado de una sentencia ejecutoriada o definitiva en materia penal puede tomar muchos años, tener grandes costos para el propietario e im-

27 Cfr. Cooter, Robert y Ulen, Thomas, “*Derecho y Economía*”, Fondo de Cultura Económica, México 1999, pág. 186-187.

28 Véase el pie de página número 17.

plicar severos desgastes emocionales y psicológicos; además, que en muchas ocasiones puede haber operado la prescripción de los delitos que motivaron la toma de posesión.

(iv) La usucapión –contrario a lo sostenido por la SCJN– no necesariamente fue creada para resolver “conflictos entre partes”. En efecto, la SCJN perdió de vista que hay muchos casos en los que un individuo –de mala fe y mediante actos violentos y/o delictivos– toma la posesión con la firme intención de dejar pasar los lapsos de tiempo que prevé la legislación civil y así poder hacerse de la propiedad de un bien inmueble. En dichos casos, es claro que no hay un conflicto entre partes, sino la comisión de un delito que debe ser perseguido y sancionado conforme a la norma penal aplicable.

V. CONCLUSIÓN

En México, es necesario replantearnos la necesidad de la existencia de la figura de la usucapión tratándose de poseedores de mala fe y, en su caso, decidir si es necesario derogarla de todos los Códigos Civiles de todas las entidades federativas y de la Ciudad de México. Tal y como hemos intentado demostrar en el presente trabajo, la usucapión de mala fe es sumamente injusta, inconstitucional e insostenible en la actualidad.

Como dijimos al inicio del presente trabajo, si usted después de leer las anteriores líneas tiene dudas sobre la conveniencia o no de que siga existiendo la usucapión de mala fe en nuestro país, *nuestro propósito se ha logrado*.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Albaladejo García, Manuel, “*La Usucapión*”, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid 2004.
- Bouckaert Depoorter, “*Adverse Possession Title Systems*”, University of California, 1999.
- Cooter, Robert y Ulen, Thomas, “*Derecho y Economía*”, Fondo de Cultura Económica, México 1999.
- De Ibarrola, Antoni, “*Cosas y sucesiones*”, Editorial Porrúa, México, 2002.
- Díez Picazo, Luis., en “*Fundamentos de derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico reales. El registro de la propiedad, la posesión*”, volumen III, Editorial Civitas, Madrid, 1995.
- González Linares, Nerio, “*Derecho Civil Patrimonial*”, Palestra Editores, Lima, Perú, 2007.
- Masip Acevedo, J., “*La derrelicción de bienes muebles*”, Editorial Ministerio de Justicia y CSIC, Madrid, 1946.
- O’Callaghan, Xavier, “*Compendio de Derecho Civil*”, Tomo III (Derechos reales e hipotecario), Editorial Universitaria Ramón Arces, España, 2021.
- Robles Latorre, Pedro, “*La renuncia al derecho de propiedad*”, en la revista Derecho Privado y Constitución, Núm. 27, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España), enero-diciembre 2013.

Rojina Villegas, Rafael, *“Compendio de Derecho Civil, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones”*, Editorial Porrúa, México, 2015, Página 189.

Serrano Gómez, Rocío y Acevedo Prada, Milena, *“Aportes jurisprudenciales y doctrinales sobre la prescripción adquisitiva del dominio y el justo título en el derecho colombiano”*, en la Revista Entramado, Volumen 8, número 1, enero-junio, 2012, Universidad Libre Cali, Colombia.



ÉTICA Y SERVICIO PÚBLICO: REFLEXIONES EN TORNO AL CONCEPTO DE SOCIEDAD DECENTE

EUGENIA PAOLA CARMONA DÍAZ DE LEÓN¹

RESUMEN: El artículo plantea la diferencia entre el concepto de dignidad humana que se han desarrollado por la Filosofía y que a partir de las Declaraciones de Derechos posteriores a la Segunda Guerra Mundial han tomado carta de naturalización en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en nuestro derecho constitucional, así como su vínculo con el respeto y la humillación, nociones fundamentales en la noción de sociedad decente desarrollada por Avishai Margalit, los cuales impactan a su vez en el servicio público y el trato y las condiciones en las que éste se lleva a cabo.

PALABRAS CLAVE: dignidad, humillación, dolor, servicio público, sociedad decente.

ABSTRACT: This paper raises the difference between the concept of human dignity have been developed by Philosophy and from the Declarations of Rights after the Second World War that have taken a naturalization letter in International Human Rights Law and in our law constitutional law, as well as its link with respect and humiliation, fundamental notions in the notion of decent society developed by Avishai Margalit, which in turn impact public service and the treatment and conditions in which it is carried out.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA; II. DIGNIDAD, Y DERECHOS HUMANOS; III. SOCIEDAD DECENTE, HUMILLACIÓN Y SERVICIO PÚBLICO; IV. CONCLUSIONES; V. FUENTES DE CONSULTA

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Reflexionar acerca del servicio público nos lleva a cavilar sobre cuestiones como la protección del interés general, la impersonalidad que brinda la norma jurídica para asegurar un trato igualitario fundado, las funciones que desempeñan los servidores públicos, las decisiones toman sobre bienes y servicios y las acciones que se dan en consecuencia, todo ello acotado por disposiciones legales y por derechos reconocidos y garantizados. De esta manera se puede vincular al servicio público con los derechos humanos y sobre todo con el concepto de dignidad, ya que los procesos de interacción directa entre funcionarios públicos y personas obligadas o beneficiadas por el Estado

¹ Investigadora del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora del Doctorado de la Escuela Libre de Derecho y de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Primer Lugar del Quinto Concurso Nacional de Tesis de Licenciatura y Posgrado sobre las disposiciones del Orden Jurídico Nacional en la categoría de Doctorado, organizado por la Secretaría de Gobernación (2011). Correo electrónico: pcarmona@eld.edu.mx y paolacarmonadiazdeleon@gmail.com.

presupone un trato digno por parte de las autoridades, *reconocido jurídicamente desde la Constitución*, el cual puede degenerar en situaciones donde no se reconozca a las personas en su calidad de seres humanos.

Por ello, resulta pertinente la visión del filósofo Avishai Margalit, quien propone el concepto de «sociedad decente» como aquella comunidad cuyas instituciones –particularmente las de carácter público– no humillan a las personas, es decir, se abstienen de faltarles al respeto y por lo tanto se les reconoce como seres humanos². Este planteamiento del filósofo de la Universidad Hebrea de Jerusalén presenta como contrapartida la posibilidad de que las instituciones públicas traten a las personas como algo menos, es decir, como *infrahumanos*, o como algo más, entiéndase como *sobrehumanos* –sin importar que se les atribuyan características sobrenaturales cargadas hacia el mal o hacia el bien–, lo que de cualquier manera deriva en la exclusión de la vida social, es decir, de la propia colectividad³. Y este es el punto de intersección entre la sociedad decente y la dignidad, toda vez que la primera busca proteger la dignidad humana a través del intento de la erradicación de los actos físicamente dolorosos y también de aquéllos que implican una crueldad psicológica y simbólica deliberada por parte de las instituciones, particularmente de las autoridades de orden público⁴.

Así, el dolor juega un papel determinante en el concepto de la humillación, puesto que inflige a la persona un sufrimiento físico o psicológico que puede y debe ser evitado, lo que desde la postura utilitarista de la Ética atenta en contra de la concepción del «bien», entendido precisamente como la liberación o la exención del dolor y el daño⁵.

De acuerdo con la postura de Margalit, al mirar con detenimiento la actuación de los servidores públicos, no basta con evaluar su apego al marco de la ley o la eficacia y la eficiencia de sus de sus acciones, sino que además se debe tomar en consideración si éstos como agentes sociales reafirman o combaten “las condiciones que justifican o que dan lugar a que las personas se consideren humilladas⁶. Por lo que en este artículo se abordarán en una primera parte la relación entre dignidad, derechos humanos y servicio público, y en una segunda, el vínculo entre el servicio público y el concepto de sociedad decente, a partir de las nociones de humillación y dolor para enfatizar la importancia del reconocimiento de la dignidad de las personas como seres humanos centrándolas en el caso de nuestro país.

II. DIGNIDAD, DERECHOS HUMANOS Y SERVICIO PÚBLICO

Entre las diversas nociones de dignidad, se distinguen dos acepciones que vale la pena rescatar por el vínculo que se ha entablado entre ellas y los derechos humanos por or-

2 Cfr., Margalit, Avishai, *La sociedad decente*. Madrid, Paidós, 2010, p. 15.

3 *Ibidem*, p. 81.

4 *Ibidem*, p. 77.

5 Cfr., Armengol, Rogeli, *Felicidad y dolor: una mirada ética*, Ariel, Barcelona, 2010, pp. 62-63.

6 Margalit, *op. cit.*, p. 22.

ganismos internacionales como la ONU, la UNESCO y el Consejo de Europa: la dignidad ontológica y la dignidad ética. Respecto a la primera, Roberto Andorno nos dice:

Es una cualidad inseparablemente unida al mismo ser del hombre, siendo por tanto la misma para todos. Esta noción nos remite a la idea de incomunicabilidad de unicidad, de imposibilidad de reducir a este hombre a un simple número. Es el valor que se descubre en el hombre por el sólo hecho de existir. En este sentido, todo hombre, aun el peor de los criminales es un ser digno y por tanto, no puede ser sometido a tratamientos degradantes como la tortura u otros⁷.

Una idea que complementa Francesc Torralba Roselló al señalar que la dignidad ontológica “se funda en una filosofía del ser, según la cual el ente humano es muy digno de respeto por ser el que sostiene su naturaleza”⁸.

Cabe señalar que esta concepción ontológica ha sido criticada por diversos autores que cuestionan la posibilidad de acercamiento al ser más íntimo de la persona a partir de un puro ejercicio racional o incluso por posturas que niegan la posibilidad de un ser metafísico y reducen al ser humano a “un hecho puramente empírico, a un conjunto de elementos y sistemas”⁹. Por su parte, Patrick Verspieren ha revirado estos juicios al afirmar que más allá de la contraposición de las ideas en torno a la existencia o no del ser, la negación de la dignidad en diversas etapas “ha tenido como consecuencia la caída en la sinrazón, la barbarie o el mal radical, por lo que aceptar la idea de un orden infrahumano conduce al desprecio de la dignidad de la persona. De tal manera que la dignidad se entiende también como una relación humana producida por el reconocimiento del otro”¹⁰.

Por su parte, la dignidad ética se ha comprendido en un sentido concreto, y por lo tanto, se enlaza a un contexto cultural y social en el cual se

hace referencia no al ser de la persona sino a su obra. En este sentido, el hombre se hace a sí mismo mayormente digno cuando su conducta está de acuerdo con lo que él es, o mejor, con lo que él debe ser. Esta dignidad es el fruto de una vida conforme al bien, y no es poseída por todos del mismo modo. Se trata de una dignidad dinámica, en el sentido de que es construida por cada uno a través del ejercicio de su libertad¹¹.

Un concepto que podemos relacionar con la decencia, el decoro o con la areté (excelencia) aristotélica, y que nos remite a lo que significa el ser *humano* frente a otras per-

7 Andorno, Roberto, *Bioética y dignidad de la persona*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 57, *apud* Torralba Roselló, Francesc, *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*. Herder, Barcelona, 2005, p. 85.

8 Torralba Roselló, *op. cit.*, p. 86.

9 *Idem.*

10 *Idem.*

11 Andorno, Roberto en *Ibidem*, p. 87.

sonas y a *vivir dignamente* en sociedad¹², lo que nos acerca un tercer significado –que Doron Shultziner califica como débil, frente a los fuertes (es decir, la dignidad ontológica y la ética)– y cuya connotación hace referencia a la humillación y al menoscabo del valor del ser humano¹³, y que es, precisamente la posición de pensadores como Víctor Frankl y sobre todo, de Avishai Margalit. Víctor Frankl al recordar su experiencia en el Auschwitz hace referencia al dolor que implica la humillación:

Se armó un revuelo a mis espaldas, pero por precaución no volví la cabeza; no sabía a qué atenerme con el guardia, y de pronto recibí dos fuertes porrazos en la cabeza. Entonces advertí que a mi lado blandía su porra un hombre de las SS. En esta situación no es el dolor físico lo que más hiere (y esto vale tanto para los adultos como para los niños castigados), sino la humillación y la indignación por la injusticia, el sinsentido de todo eso.

[...]

Por desgracia, el guardia se giró precisamente en ese momento y me vio: pensó que me hacía el remolón, No usó su látigo, ni me insultó, ni lanzó ningún juramento. No juzgó necesario malgastar palabras, ni siquiera palabrotas, con aquel cuerpo andrajoso y demacrado, que no parecía una figura humana. En lugar de eso, se agachó alegremente, cogió una piedra y me la arrojó. Así se llama la atención de un animal doméstico para que vuelva a su trabajo, una criatura con la que se tiene tan poco en común, que ni siquiera se la castiga. Aquella piedra me hirió más que los latigazos o los insultos soeces. Se quedó imborrablemente en mi corazón.

[...]

El impacto más lacerante de los golpes era el insulto implicado en ellos¹⁴.

Pero también, nos hace ver que a pesar de las situaciones en las que se pone en juego el sentido y el valor de la *humanidad* del hombre, éste puede optar por “decidir quién quiere ser –espiritual y mentalmente– y conservar su dignidad humana”¹⁵.

Estas experiencias narradas por el Doctor Frankl poseen un componente esencial: la falta de respeto irrestricta hacia los internos en los campos de concentración del nazismo, lo que nos remonta también a una de las ideas centrales de Margalit: la noción de la dignidad como la representación del respeto de sí mismo que tienen las personas, la cual está relacionada con el pensamiento de Niklas Luhmann –quien retoma el concepto romano de *Dignitas* como parte del papel que el individuo desempeña en sociedad– y con el de Kurt Seelmann, quien la identifica como un elemento de la dignidad¹⁶. Margalit lo expresa de la siguiente manera:

12 Cfr., Shultziner, Doron, “Human Dignity: Functions and Meanings”, en *Perspectives on Human Dignity. A Conversation*, Springer, Dordrecht, 2007, p. 81.

13 *Ibidem*, p. 86.

14 Frankl, Víctor, *El hombre en busca de sentido*. 3ª. ed., Herder, Barcelona, 2016, pp. 56-57.

15 *Ibidem*, p. 96.

16 Cfr., Becchi, Paolo, *El principio de dignidad humana*. Fontamara, México, 2012, p. 36.

La humillación es algo más que la violación de los derechos. Hasta cierto punto, es el resultado de gestos humillantes que no están relacionados de forma natural con los derechos, y lo que esta consideración añade de nuevo es que los gestos humillantes violan la dignidad de la víctima, mientras que la violación de los derechos implica una disminución del respeto hacia uno mismo. La dignidad es la representación de dicho respeto. Así pues, la dignidad es el aspecto externo del respeto hacia uno mismo [...] Si la dignidad es la manifestación conductual del respeto propio, entonces las personas que carecen del mismo no pueden más que aparentarlo. Sin embargo, la dignidad no es una presentación, sino una representación del respeto hacia uno mismo¹⁷.

Sin embargo, la identificación de dignidad como la manifestación de un respeto que se desdobra como un límite a las instituciones para no vulnerarlo y como autorrepresentación depende tanto del concepto de dignidad ética y ontológica que impere en un momento determinado¹⁸. Lo que no es óbice para resaltar que la autorrepresentación también se despliega tanto en un sentido afirmativo, es decir, como el respeto que se le debe al individuo por la potestad total sobre la imagen que desea presentar en público, como en un sentido negativo, que conlleva la resistencia a mostrar lo que no desea dar a conocer de sí y es en este punto donde se encuentra el fundamento filosófico del reconocimiento de una esfera íntima propia, con lo que se amplía el concepto de dignidad humana hacia comportamientos que vulneran la vida privada de las personas¹⁹ y nos lleva a cuestionarnos entonces sobre el concepto de dignidad humana inserto en los instrumentos internacionales y en las constituciones nacionales, así como a su vinculación con los derechos humanos.

Cuando le preguntaron a Jacques Maritain acerca del acuerdo alcanzado por los expertos de ideologías diferentes a nivel global sobre los derechos plasmados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH), él sencillamente había respondido: “Sí, nos pusimos de acuerdo en los derechos, pero con la condición de que nadie nos pregunte por qué”²⁰. Esta anécdota nos da una idea de la razón por la cual, en su redacción, además de la dificultad que entrañaba el contexto político, surgió también el requerimiento de pasar por el tamiz de la técnica jurídica conceptos filosóficos como la dignidad humana. Así, la juridización de esta noción se presentó al término de la Segunda Guerra Mundial, en instrumentos como la Carta de la Organización de las Naciones Unidas de 1945 (CONU), la propia Declaración Universal, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966. De dichos instrumentos se deduce una guía para la comprensión e interpretación de la noción de dignidad humana, ya que ésta es consubstancial a los seres humanos (preámbulo de la DUDH), quienes son

17 Margalit, Avishai, *op. cit.*, p. 52.

18 *Cfr.*, Shultziner, Doron, *op. cit.*, p. 88.

19 *Cfr.*, Becchi, Paolo, *op. cit.*, pp. 37-38.

20 Glendon, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*. México, FCE, CDHDF, UP, 2011, p. 133.

libres e iguales en dignidad y derechos (DUDH artículo 1), originándose estos últimos de la propia la dignidad inherente de la persona humana (Preámbulos de PIDESC y PIDCP)²¹, aunque de acuerdo con Roberto Andorno el aspecto más trascendente radica en la última afirmación, ya que de ella se deriva que “los derechos básicos se fundan en el valor inherente de cada ser humano y no en las decisiones de los legisladores o de la comunidad internacional y no pueden denegarse por cualquier autoridad”²². Este mismo razonamiento ha sido seguido por las leyes fundamentales de la República Federal Alemana (1949), España (1978), Hungría, Portugal, Israel y Sudáfrica²³. Tanto los instrumentos internacionales como las constituciones mencionadas tienen un elemento en común: el concepto de dignidad humana al que hacen referencia es abstracto, “intangible”, como lo señala la Ley Fundamental Alemana²⁴, en la cual

cada humano deba, ante todo, valer como una persona igual a otra [...] ser tratados como personas y reconocer a todo otro ser humano [...] el derecho a un tratamiento igual significaba recuperar aquel concepto de *humanitas* explícitamente combatido por la ideología nazi con la introducción de la categoría de *Untermensch* (subhumano) y con la mitología de la raza aria²⁵.

Este concepto se identifica con el de dignidad ontológica, el cual al trasladarse al ámbito jurídico-político se expresa en un sentido negativo, como un parapeto ante hechos que vulneran la condición de persona consubstancial a cualquier ser humano. Cabe resaltar que este concepto se ha privilegiado en instrumentos internacionales recientes, particularmente los relativos a bioética como la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997), la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos (2003) y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005), documentos todos emitidos por la UNESCO, entre cuyos objetivos se encuentran la promoción, el reconocimiento y el respeto a la dignidad humana²⁶;

21 Cfr., Andorno Roberto, “The dual role of human dignity in bioethics”, en *Medical Health Care and Philosophy*, 16, Springer, Switzerland, 2013, p. 968, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11019-011-9373-5> [consultado el 15 de julio de 2021, 18:53 hrs.].

22 *Idem*.

23 Shultziner, Doron, *op. cit.*, pp. 76-77.

24 Artículo 1 [Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]. (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.

Artículo 79 [Reforma de la Ley Fundamental] [...] (3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20. Ley Fundamental de la República Federal Alemana, disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf> [consultada el 15 de julio de 2021, 16: 54 hrs.].

25 Becchi, Paolo, *op. cit.*, p. 23.

26 Cfr., Artículo 1.a) de la *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html, [consultado el 30 de julio de 2021, 1:36 hrs.]; Artículos 1, 2, 22, 23, 25 de la *Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos*, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/HumanGenomeAndHumanRights.aspx> [consultado el 30 de julio de 2021, 2:02

su afirmación como el principio primordial de las decisiones y prácticas de bioética²⁷; su disposición como defensa en contra de la discriminación –incluida la genética– y la estigmatización²⁸; como un marco a través del cual se debe proteger la diversidad cultural y la identidad de la persona²⁹; y como una clave para interpretar las disposiciones de estos instrumentos internacionales³⁰. Sin embargo, a diferencia de sus predecesores, estas declaraciones poseen también un componente relativo a la persona en particular. En otras palabras, no sólo hacen referencia a la dignidad humana, sino también a la dignidad del ser humano en particular, al referirse a tanto a lo que biológicamente constituye su componente primario –el genoma humano– y que lo une y a la vez lo distingue de otros seres humanos, sino también a su identidad como persona y como integrante de una sociedad poseedora de una cultura específica.

Así, la dignidad ontológica y la ética se vinculan a la noción de derechos humanos en tanto que el prerequisite para la protección de éstos radica precisamente en el reconocimiento de la persona como ser humano, en la garantía que no será objeto de humillaciones, así como en el aseguramiento de condiciones que permitan su interacción social, lo que presupone su realización plena³¹. Así, el Estado, sus autoridades y particularmente los servidores públicos pueden trasgredir estos derechos humanos a partir de conductas u omisiones mediante las cuales se extralimita su ámbito de competencia, lo que conlleva también la negación o el desconocimiento de la dignidad humana. Estas violaciones se intensifican si se considera que el Estado participa activamente en la garantía, protección y cumplimiento de *todos* los derechos humanos, una vez superada la dicotomía entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, es decir, entre derechos negativos en los que el Estado se abstiene de intervenir para su ejercicio y derechos positivos en los que sí interviene para asentar las condiciones de su realización³².

hrs.]; Artículo 2.c) de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, disponible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html [consultado el 30 de julio de 2021, 2:02 hrs.].

- 27 Cfr., Artículos 1.a), 5, 6, 16, de la *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, *op. cit.*; Artículos 3, 8, 10, *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, *op. cit.*;
- 28 Cfr., Artículo 11 de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, *op. cit.*; Artículo 7 de la *Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos*, *op. cit.*; Artículo 6 de la *Declaración Universal sobre genoma Humano y Derechos Humanos*, *op. cit.*,
- 29 Cfr., Artículo 3 de la *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, *op. cit.*; Artículo 12 de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, *op. cit.*,
- 30 Cfr., Artículo 28 de la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*; 27 de la *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, *op. cit.*; Artículo 25 de la *Declaración Universal sobre el genoma Humano y los Derechos Humanos*
- 31 Cfr., Gros Espiell, Héctor, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, vol. 4, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003, p. 198, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0303110193A> [consultado el 9 de julio de 2021, 17:29 hrs.]
- 32 Cfr., Sunstein, Cass, Holmes, Stephen, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo XXI editores, Argentina, 2011, p. 60.

Nuestra Ley Fundamental comparte el prurito de la indefinición de la dignidad humana. Sin embargo, al invocarla como el eje rector a partir del cual se puede determinar si se discrimina o no a las personas en el supuesto de que se encuentren en las categorías sospechosas establecidas en su último párrafo, (tales como el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, y el estado civil) y la prohibición de la esclavitud, nos lleva a inferir que de manera implícita prevé tanto los conceptos de dignidad ontológica y dignidad ética. No es casual el vínculo entre dicho precepto y los artículos primero, cuarto y segundo de la Declaración Universal de Derechos Humanos –recordemos que en este último se preservan los derechos proclamados a toda persona sin distinción a sus condiciones³³–, toda vez que en ellos está inserta una *justificación negativa* para respetar la dignidad de las personas –en el sentido de que, si se atiende a estas categorías, en realidad, se atenta contra la propia dignidad³⁴–.

Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación exploró el concepto de dignidad en la tesis aislada Tesis P. LXV/2009 a partir de la cual la reconoce como un principio y como un derecho que se erige a su vez como la condición y el fundamento del resto de los derechos humanos, además de que asume también la *justificación negativa* del respeto a la dignidad humana al afirmar que tanto la Ley Fundamental como los tratados internacionales “reconocen el valor supremo de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso [...]”³⁵. Sin embargo, nuestro Alto Tribunal en una actitud cautelosa tampoco se

33 Artículo 2. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía. ONU, “Declaración Universal...”, *op. cit.*, p. 20.

34 Cfr., Margalit, *op. cit.*, p. 22.

35 **Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales.** El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad. Tesis P. LXV/2009, *Semanario*

atrevió a definirla, aunque ha habido intentos por parte de otros órganos del Poder Judicial de la Federación de conceptualizar la dignidad humana, aunque con escaso éxito, puesto que no aportan las consideraciones filosóficas necesarias para describir la diferencia entre la dignidad ontológica, la ética y la consiguiente concepción de dignidad como autorrepresentación³⁶.

De ahí que la noción de dignidad en el derecho mexicano resulta ser, si se me permite la metáfora, más que un contenido, un continente que por su grado de abstracción y su diversidad de significados nos puede llevar a vaciarlo de sentido. Por lo que resulta útil rastrear su huella en la filosofía plasmada en los instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos y en el caso preciso, nuestra Ley Fundamental, y con ello acotar sus alcances, y, sobre todo, el impacto que tiene en el ejercicio del servicio público y con el concepto de *sociedad decente*.

III. SOCIEDAD DECENTE, HUMILLACIÓN Y SERVICIO PÚBLICO

En una sociedad decente las instituciones, –principalmente, las públicas–, no humillan a integrantes. Ahora bien, la humillación consiste en “un tipo de conducta o condición que constituye una buena razón para que una persona considere que se le ha faltado al respeto”³⁷, una falta de respeto que se evidencia cuando se le trata como si no fuera humano. ¿A qué se refiere Avishai Margalit cuando sostiene dicha afirmación? El filósofo israelí hace referencia a cuatro supuestos: cuando se les otorga la categoría de máquinas, de animales, de objetos, de seres infrahumanos o incluso se les deifica, en otras palabras, cuando somos incapaces de percibir el aspecto de ser humano en un ser humano, aunque parezca una verdad de perogrullo. Una ceguera que recae en los ámbitos psicológico y moral, más que en el físico, puesto que las personas que carecen de la vista como un sentido se encuentran en la posibilidad de apreciar e inferir la naturaleza del hombre en sus semejantes. Sin embargo, la ceguera moral y psicológica se conecta de manera directa con el hecho de ignorar a las personas, el cual tiene varias vertientes, una de ellas radica en ver al otro como parte de un paisaje, y por lo tanto somos capaces de ver como moral lo que “es erróneo ver como tal”. Pensemos en la normalización de situaciones de marginación y discriminación en contra de grupos vul-

Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8. Reg. 165813; Cfr. Tesis I.10º.A.2.CS (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 54, t. III, mayo 2018, p. 2548, Reg. 2016924; Tesis I.10º.A.1.CS (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 54, t. III, mayo 2018, p. 2548, Reg. 2016923; Tesis VI. 3º.A. J/4 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Libro XXIII, agosto de 2013, p. 1408. Reg. 2004199; Tesis I.5º.C J/31 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Libro I, t. III, octubre de 2011, p. 1529. Reg. 160869.

36 El Quinto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito sí definió la dignidad humana como “el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos”. Cfr. “Dignidad humana. Definición”, Tesis I.5º.C J/30 (9ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima época, Libro I, t. III, octubre de 2011, p. 1528. Reg. 160870;

37 Margalit, Avishai, op. cit., p. 21.

nerables como migrantes, pobres, población LGBTTI, discapacitados, mujeres, niños, indígenas, minorías religiosas o cualquier otra *categoría sospechosa* de las mencionadas en nuestro artículo primero constitucional o en instrumentos internacionales.

Otra modalidad se encuentra en estigmatizar determinadas peculiaridades ya sean inherentes o simbólicas, a fin de calificarlas como una especie de *anomalía* y, por lo tanto, justificar que el tratamiento hacia la persona como si fuera un poco menos humana, –esa categoría de *untermensch* heredada del nazismo–. Es decir, ya sea la invisibilización y la potenciación ciertos rasgos conllevan a un trato infrahumano que en el peor de los casos justifica el rechazo a la persona en su integridad al considerarla como perteneciente a una especie inferior a los seres humanos. Este rechazo suele reflejarse en contra de los grupos incluyentes o de éstos en contra de una persona con un legítimo derecho de pertenecer a él³⁸.

Por otra parte, en el ámbito de la ciudadanía, la humillación se presenta en la ausencia de distribución de bienes y servicios que discrimina a personas, lo que conlleva a que los afectados se perciban a sí mismos como ciudadanos de segunda clase. Es en este punto específico en el que los servidores públicos cobran particular relevancia, ya que es precisamente a través de su intermediación se llevan a cabo estas tareas.

Sin embargo, esto también da lugar a una paradoja. Margalit afirma que la conducta humillante desdeña al otro por considerarlo como *no humano*, pero que el rechazo en sí mismo, da por supuesto que lo que se repudia en realidad es a la persona, dando lugar a una especie de

[...] dialéctica hegeliana amo-esclavo, en la que precisamente el primero quiere ejercer un poder absoluto sobre el segundo, pero también quiere que el esclavo reconozca su poder absoluto, siendo ambos deseos contradictorios, ya que la superioridad absoluta sólo se puede lograr con relación a aquello que no es humano; mientras el reconocimiento sólo se puede obtener de otros humanos³⁹

Si esta dialéctica amo-esclavo se lleva a la relación entre los servidores públicos y las personas receptoras de la prestación de servicios públicos puede adquirir tintes de crueldad cuando las funciones imparciales fundadas en normas y roles se desvían hacia la parcialidad que implica –nuevamente– *el trato infrahumano* que acarrearán situaciones como la reducción de las personas a números y a formularios –que incide en la negación de su identidad–, el reforzamiento de condiciones marginales que impiden a las personas salir de la pobreza, –y que conllevan un reproche y rechazo, ya que implícitamente se adjudica a la calidad de pobre una carencia moral; o por el contrario, el supuesto de la búsqueda de la mitigación de la misma pobreza a través de apoyos gubernamentales, que se dan con la intención de generar en el receptor un sentimiento de gratitud, colocándole en una posición más cercana a la caridad y al bien o servicio

38 Ibidem, p. 118.

39 Ibidem, p. 95.

más como una dádiva que como un derecho o una prerrogativa. La pandemia por el COVID-19 ha puesto sobre la mesa los efectos de este tipo de conductas en nuestro país: políticas sociales con sabor a clientelismo electoral, aumento de la violencia en contra de las mujeres, desabasto sectorio de medicinas, devastación del sistema educativo entre otros.

Estas situaciones que se recrudecen cuando lo que está en juego es la vida, la salud y la integridad de las personas, puesto que allí el dolor, entendido como sufrimiento físico y psicológico, adquiere una denotación mayor, al presentarse como agentes que pretenden ser morales, pero que al ejercer el control de decisión acerca de quiénes son o no los receptores, en realidad obtienen un beneficio, ya sea material o inmaterial como el propio poder de decidir también quiénes sufrirán o no. Allí no se deja lugar a la duda respecto de la humillación que los servidores públicos infligen a las personas. En ese punto es clara la falta de respeto a la dignidad en un sentido ontológico y ético al privarlas de ese *minumum minimorum* de condiciones para poder ejercer sus derechos humanos. Y, por lo tanto, se muestra también la necesidad de tomar conciencia que, al evaluar a los servidores públicos y a sus instituciones, no basta el apego al marco de la ley o la eficacia y la eficiencia de sus acciones, sino que también se debe tomar en consideración si éstos como agentes sociales reafirman o combaten las condiciones estructurales que justifican y los tratos al considerar a las personas como poco menos que humanos devienen en humillaciones a las personas.

IV. CONCLUSIONES

Se debe distinguir entre los conceptos de dignidad ontológica y dignidad ética. La dignidad ontológica presupone el reconocimiento de un valor igual a todas las personas por el hecho de su calidad como seres humanos y por lo tanto es una cualidad inherente a todos los seres humanos. A su vez, la dignidad ética se refiere al comportamiento externo del ser humano en sociedad, y, por lo tanto, es dinámica y variable conforme al lugar y al tiempo en que se determine.

Ambas nociones han sido retomadas en los instrumentos internacionales de derechos humanos posteriores a Segunda Guerra Mundial y recientemente en las Declaraciones emitidas por la UNESCO en torno a Bioética, que la dignidad humana se eleva a principio rector, como defensa ante los hechos que vulneran la condición de personas de los individuos, tanto en su dimensión biológica –en el caso de las declaraciones relacionadas con Bioética– y como en su dimensión cultural, así como en la clave para interpretar lo que debe entenderse por derechos humanos, lo que también implica una protección no sólo a la persona por formar parte del género humanos sino en específico, como un ser único e irrepetible.

A partir del pensamiento de autores como Niklas Luhmann, Kurt Seelmann, Víctor Frankl y Avishai Margalit, se ha ampliado el concepto de dignidad humana desdoblándola en dos cuestiones: la primera relacionada con el respeto que deben guardar las instituciones

hacia el individuo y cuya vulneración se traduce en la humillación que éstos reciben al considerarlos como seres poco menos que humanos y la segunda, en la autorrepresentación de la persona que implica tanto el respeto que se debe tener hacia sus esferas pública y privada y cuya transgresión da lugar a humillaciones.

A partir de estas ideas Avishai Margalit desarrolla el concepto de sociedad decente como aquella en cuyas instituciones, principalmente públicas no se humilla a las personas, se les considera como seres humanos dotados de igual dignidad, y, por lo tanto, se evitan comportamientos de los que se infiere un trato infra o supra humano, lo que en su máxima expresión deriva en la exclusión del individuo de la colectividad.

La CPEUM y la interpretación que de ella hace el PJF se refieren a la dignidad ontológica y a la ética, lo que puede ser un buen inicio considerar el concepto de sociedad decente a fin de enriquecer el principio de la dignidad humana como rector de los derechos humanos puesto que la instrumentalización de las personas que reciben servicios públicos y su otorgamiento parcial debe considerarse como un trato infrahumano, el cual no sólo se traduce en el irrespeto del individuo, sino que refuerza las condiciones estructurales que impiden salir de la pobreza, el rechazo social y por lo mismo, la afectación en la autorrepresentación de la persona, quien termina por creer que los derechos en realidad son dádivas que no se pueden exigir en función de la gratitud que debe sentirse por el servidor público que graciosamente las concede. Todo ello pervierte el vínculo entre servidores públicos y ciudadanos, convirtiéndola en una relación amo-esclavo humillante y causante de dolor innecesario.

V. FUENTES DE CONSULTA

Libros

- Armengol, Rogeli, *Felicidad y dolor: una mirada ética*, Ariel, Barcelona, 2010.
- Becchi, Paolo, *El principio de la dignidad humana*, Fontamara, México, 2012.
- Frankl, Victor, *El hombre en busca de sentido*. 3ª. ed., Herder, Barcelona, 2016.
- Glendon, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*. México, FCE, CDHDF, UP, 2011.
- Margalit, Avishai, *La sociedad decente*. Madrid, Paidós, 2010.
- Sunstein, Cass, Holmes, Stephen, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo XXI editores, Argentina, 2011.
- Torralba Roselló, Francesc, *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*. Herder, Barcelona, 2005.

Revistas

- Andorno Roberto, "The dual role of human dignity in bioethics", en *Medical Health Care and Philosophy*, 16, Springer, Switzerland, 2013, disponible en: <https://doi.org/10.1007/s11019-011-9373-5>

Gros Espiell, Héctor, “La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, 4, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003, disponible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0303110193A>

Legislación, tratados y jurisprudencia

ONU, *Carta de las Naciones Unidas*, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter/full-text>

Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*, ONU-OEA. México, CNDH, T. I, 1998,

SCJN, *Semanario Judicial de la Federación*, disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html>

UNESCO, *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.phpURL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

- , *Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos*, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/HumanGenomeAndHumanRights.aspx>
- , *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, disponible en http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html



LA PRUEBA DE DAÑO COMO UNA APLICACIÓN PRÁCTICA INCORRECTAMENTE LEGISLADA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE ROBERT ALEXY EN MÉXICO (LA PONDERACIÓN ENTRE LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y LA INFORMACIÓN RESERVADA)

*Para mis queridos amigos y maestros
don José Manuel Villalpando y don Pablo Muñoz*

GREGORIO D. CASTILLO PORRAS¹

RESUME. (ABSTRACT): Por primera vez en México, se adoptó un paradigma dogmático de la argumentación jurídica y de la teoría contemporánea de los derechos fundamentales, esto es, el test de proporcionalidad, una metodología propuesta por el jurista alemán Robert Alexy para disminuir –en la medida de lo posible– los niveles de subjetividad al momento de ponderar en casos de colisión de principios.

Dicha adopción del test de proporcionalidad se consagró nada menos que en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (2015), aunque de un modo inadecuado o incorrecto que refleja la incomprensión del test de proporcionalidad por parte del legislador mexicano al momento de ponderar dos principios (en los términos de Alexy): por un lado, un derecho fundamental, el de acceso a la información pública, y, por otro, un valor jurídico amorfo como lo es el interés público reflejado en causales de reserva de información que impiden al individuo acceder a cierta clase de información.

El artículo pretende explicar cómo se adoptó la metodología de Alexy, lo cual es loable, pero que, como suele suceder, se adoptó de modo incorrecto en la legislación mexicana, incluso con un diferendo al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación –en tesis aisladas– en la que se establece una visión variada del test de proporcionalidad.

PALABRAS CLAVE (KEYWORDS): Argumentación jurídica, derechos fundamentales, acceso a la información pública, información clasificada como reservada, prueba de daño, test de proporcionalidad, debida fundamentación y motivación, Robert Alexy.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. A. La prueba de daño. 1. El origen y evolución de la prueba de daño. 2. La prueba de daño es un acto especializado de la debida motivación y fundamentación. 3. El daño presente, probable y específico. 4. La difícil prueba de hacer la prueba de

1 Egresado de la carrera de Abogado y de la Maestría en Derecho por la Escuela Libre de Derecho y doctorando en Derecho por la misma institución.

daño. 5. La prueba de daño en la LGTAIP de 2015 o cómo se dice lo mismo, pero de manera diferente y equivocada. B. El test de proporcionalidad. 1. El test de proporcionalidad de Robert Alexy y cómo se ha explicado en México. 2. La prueba de daño conforme al principio de proporcionalidad.

INTRODUCCIÓN

Como se refirió previamente, por vez primera en México se reguló en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública² (LGTAIP, en lo sucesivo) el test de proporcionalidad basado en la metodología ponderativa creada por el alemán Robert Alexy.

Dicha regulación a nivel de una ley general fue por partida doble: por un lado, en la llamada «prueba de daño» –art. 104 LGTAIP– y, por el otro, en la denominada «prueba de interés público» –art. 149 LGTAIP–. En ambos casos, la base de ponderación –entre información pública y reserva por interés público, en el primer caso, y entre información confidencial y publicidad de la información, en el segundo– se hace uso del test de proporcionalidad de Robert Alexy. Lo sorprendente de todo es que, siendo utilizado en dos figuras diferentes dentro de la misma ley, el test ha sido regulado incorrectamente.

Por supuesto, en el presente artículo sólo se atenderá el caso específico de la prueba de daño, dejando en el tintero para ocasión posterior, el supuesto de la prueba de interés público.

En ese sentido, se abordarán, esencialmente, dos grandes temas: qué es la prueba de daño y una explicación del test de proporcionalidad. Ambos rubros conllevarán hacia la convergencia de cómo se aplica el segundo en la primera. Y, se concluirá con una crítica a la forma en que está regulada –incorrectamente– en la LGTAIP.

A. La prueba de daño

La prueba de daño tiene su origen en una interpretación que el entonces Instituto Federal de Acceso a la Información Pública –en adelante, el IFAI– hizo a la entonces vigente Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental³ –en lo sucesivo LFTAIPG de 2002–. Posteriormente, tras dicha interpretación administrativa del IFAI se reguló a nivel de normatividad administrativa mediante unos *Lineamientos*, como se verá más adelante. Y no será, tras la reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información pública de febrero de 2014 que, en cumplimiento a dicho mandato constitucional se expidió la LGTAIP en 2015 en la

2 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de mayo de 2015.

3 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002 y abrogada hasta mayo de 2016 con la publicación de la actual Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública –en lo subsecuente LFTAIP de 2016–. No debe confundirse a la LFTAIP de 2016 con la LGTAIP de 2015.

cual se contempló a nivel de ley dicha prueba de daño y, consecuentemente, una de las versiones del test de proporcionalidad.

1. El origen y evolución de la prueba de daño

En rigor, la prueba de daño no estaba expresamente señalada en la LFTAIPG de 2002, pero se intuyó mediante la interpretación que el IFAI hizo del proemio del artículo 13:

“Artículo 13 (LFTAIPG 2002). Como información reservada podrá clasificarse aquella cuya difusión pueda...”.⁴

De la lectura de cada fracción del citado precepto se observa que inician con un verbo o «acción de colisión» –comprometer, menoscabar, dañar, poner en riesgo o causar un serio perjuicio–. Esto es, la información será reservada (se negará el acceso a ella por razones de interés público) si causa un daño a algún valor jurídico velado por las distintas causales de reserva previstas en ese artículo 13, por eso hay una colisión. Por ejemplo, si menoscaba o daña la seguridad nacional o la seguridad pública.

Lo anterior, determinó que, a partir del diseño de la LFTAIPG de 2002 se estableciera una división errada entre las causales de reserva que exigían una ponderación –las del artículo 13– y otras causales de reserva de aplicación *ipso iure* –las del artículo 14, las cuales no forman del análisis de este artículo–.

Más allá de lo artificial de la distinción, el IFAI interpretó que las reservas se oponían al derecho de acceso a la información y que, según el caso, habría ocasiones en que la reserva se impondría al acceso y existirían otras ocasiones en que el acceso a la información privaría sobre la reserva. Eso, que no es otra cosa que una ponderación, recibió el nombre de «prueba de daño».

La prueba de daño se reguló normativamente por primera vez en los ya referido *Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal* –en adelante, los Lineamientos– que fueron expedidos por el IFAI, con la desventaja que sólo eran aplicables a la Administración Pública Federal⁵. No obstante, los *Lineamientos* han aportado un sinnúmero de soluciones a aspectos y temas no previstos en la Ley y que han sido recuperados en la LGTAIP de 2015, en la LFTAIP de 2016 y en diversos Lineamientos emitidos por el Sistema Nacional de Transparencia –en lo sucesivo, el SNT–. Y la prueba de daño no es una excepción, pues los *Lineamientos* del IFAI señalaban al respecto:

“Octavo.- Al clasificar la información con fundamento en alguna de las fracciones establecidas en el artículo 13 de la Ley, no será suficiente que el contenido de la misma esté directamente relacionado con las materias que se protegen en dicho

4 El subrayado es nuestro.

5 Publicados en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de agosto de 2003.

artículo, sino que deberá también considerarse la existencia de elementos objetivos que permitan determinar si la difusión de la información **causaría un daño presente, probable y específico a los intereses jurídicos tutelados** por dicho precepto.

Al clasificar la información con fundamento en alguna de las fracciones establecidas en los artículos 14 y 18 de la Ley, bastará con que la misma se encuadre en alguno de los supuestos a que se refieren dichos artículos.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, deberá cumplirse con lo dispuesto por los lineamientos quinto y sexto”.⁶

Este numeral de los *Lineamientos* aportó criterios objetivos para circunscribir el daño que pudiera ocasionarse a uno de los bienes jurídicamente tutelados por las causales de reserva: que sea presente, probable y específico. No obstante, que el citado lineamiento hacía esa distinción entre las causales de los artículos 13 y 14 de la LFTAIPG de 2002.

Sin importar la distinción, misma que ya ha sido superada por la LGTAIP de 2015, fijó esos criterios objetivos. El daño es «*presente*» cuando al momento mismo de difundir la información como pública se produce o puede producir la afectación al bien jurídico tutelado por la causal de reserva, por ejemplo, la negociación de un tratado internacional o la política monetaria de México. De igual modo, puede explicarse que el daño es «*probable*» porque la divulgación de la información como pública es un incentivo que facilita o incrementa la afectación o elimina barreras de protección al bien jurídico tutelado y que eso no sucedería en caso de negar el acceso. Y, finalmente, se puede aseverar que el daño es «*específico*» cuando la afectación se concreta y particulariza al bien jurídico tutelado en circunstancias de tiempo, modo y lugar, por ejemplo, si se afecta al bien jurídico de seguridad pública al difundir un plano de una cárcel, el daño específico se concreta en una fuga de reos.

Posteriormente, la prueba de daño se contempló en la *Iniciativa* que concluyó en la reforma constitucional de 2007, pero en el texto aprobado de ésta se eliminó la referencia a aquélla.

De modo afortunado, la LGTAIP de 2015 reguló con detalle, aunque con variaciones innecesarias y adiciones confusas, la prueba de daño.

En primer lugar, se dejó en claro que toda reserva colisiona con el derecho de acceso a la información, por ende, siempre se va a ponderar y ese juicio de valoración se hará mediante la prueba de daño:

“Artículo 103 (LGTAIP 2015). En los casos en que se niegue el acceso a la información, por actualizarse alguno de los supuestos de clasificación, el Comité de Transparencia deberá confirmar, modificar o revocar la decisión.

6 El énfasis en negritas es propio.

Para motivar la clasificación de la información y la ampliación del plazo de reserva, se deberán señalar las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron al sujeto obligado a concluir que el caso particular se ajusta al supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento. Además, el sujeto obligado deberá, en todo momento, aplicar una prueba de daño.

(...)”.

“Artículo 114 (LGTAIP 2015). Las causales de reserva previstas en el artículo anterior se deberán fundar y motivar, a través de la aplicación de la prueba de daño a la que se hace referencia en el presente Título”.⁷

2. La prueba de daño es un acto especializado de la debida motivación y fundamentación

Desde los inicios de la regulación legal en la materia, la prueba de daño se constituye como una forma particular de acreditar el principio de legalidad como acto de autoridad y como acto de molestia. Y de la lectura de los artículos 103 y 114 de la LGTAIP de 2015, antes transcritos, significa también que, la prueba de daño da cumplimiento al principio de legalidad en la vertiente de fundar y motivar debidamente el acto de autoridad que supone la negativa de acceso a la información. Dicho de otro modo, la prueba de daño es una forma especializada de cumplir lo mandado por el artículo 16 constitucional en torno a los actos de molestia.

Por eso debe insistirse, como ya lo mencionaban los *Lineamientos* del IFAI en esta materia, que no era suficiente que la materia de la solicitud de información se vinculará con alguna de las causales de reserva para que ésta prosperara. Sino que es necesario aplicar ese test para saber si el daño que se pueda causar al valor jurídico tutelado por la reserva tiene un peso específico en el caso concreto para sustentar la restricción al acceso a la información o predomine éste como regla general.

En ese sentido, esta especialización de la debida fundamentación y motivación se desarrolla en la LGTAIP de 2015 de la siguiente manera:

“Artículo 104 (LGTAIP 2015). En la aplicación de la prueba de daño, el sujeto obligado deberá justificar que:

- I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional;
- II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda, y
- III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio”.⁸

⁷ En el mismo sentido, los artículos 102 y 111 de la LFTAIP de 2016.

⁸ Curiosamente, la LFTAIP de 2016 no tiene un reflejo de este precepto. De hecho, cuando alude a la forma de aplicar la prueba de daño, la Ley Federal remite al artículo 104 de la Ley General. Véase el

De igual forma, el sistema interamericano de derechos humanos se manifiesta en ese sentido:

“158. En su sentencia la Corte Interamericana determinó la violación del artículo 8.1 de la Convención. Al respecto, señaló que la negativa del Estado de suministrar la información solicitada en el caso específico se produjo a través del silencio y de la práctica del Estado. La autoridad encargada de suministrar la información no adoptó una decisión escrita en la que explicara las razones y los fundamentos legales para limitar el derecho de acceder a la información de las víctimas.

159. En este sentido, la Relatoría entiende que para que una negativa de entregar información ante una solicitud de una persona pueda considerarse legítima debe ser realizada por escrito. Esto tiende a abolir la práctica constante del silencio o de los rechazos orales.

160. Dicha decisión debe contar con los motivos y los fundamentos legales que permitan la restricción. El Estado debe demostrar y describir todos los elementos necesarios para que una restricción sea legítima en su respuesta. De ninguna manera el rechazo de una solicitud de información se puede basar en la protección del Estado ante la vergüenza que puede acarrear para sus instituciones que se conozca la información de su actuar”.^{9 10}

3. El daño presente, probable y específico

Las características del daño al que alude la prueba de éste fueron aportadas, como se dijo, por los citados *Lineamientos* del IFAI. Pero no se explicaron cada una de ellas en los *Lineamientos*, tampoco en algún precedente del IFAI, ni la doctrina abonó al respecto. Por ende, reitero mi opinión sobre lo que debe entenderse por las características del daño.

En primer lugar, el «daño» como tal se entiende como una afectación al principio de interés público velado por los bienes jurídicos de cada una de las causales de reserva y dicha afectación se provoca cuando la información se hace pública. Este primer elemento, como bien lo señalan López-Ayllón y Posadas en un artículo ya clásico¹¹, es un elemento objetivo.

caso del artículo 111 de la LFTAIP de 2016 que hace expresa la remisión a la Ley General.

9 “D. Sistema de restricciones”, en Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, págs. 49-50.

10 El caso al que alude la Relatoría es, nuevamente, el *Claude Reyes y otros v. Chile*, párrafos 121-122, así como los *Principios de Lima* y otros informes de la propia Relatoría como de organizaciones de la sociedad civil que han contabilizado el número de rechazos sin la debida motivación y fundamentación a los pedimentos de información, como el Open Society Justice Initiative. *Transparency & Silence. A survey of Access to Information Laws and practices in 14 countries. Justices in action series*. Y el artículo 8 de la Convención Americana alude a las garantías del proceso.

11 López-Ayllón, Sergio y Alejandro Posadas. “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, págs. 21-65, en *Derecho Comparado de la Información*.

Y, en segundo término, el daño tiene las siguientes condiciones para que proceda la reserva: que sea «*presente, probable y específico*».¹²

Por lo tanto, me avocaré a explicar mi punto de vista sobre tales condiciones o características de la prueba de daño.

Por «*daño presente*» se comprende que la afectación al interés público¹³ se actualizaría desde el primer momento en que la información se da a conocer, es decir, se hace pública. En un sentido negativo, si no se da la información, esto es, si se niega no se actualiza en la realidad el daño. Así, *v. gr.* si se dan los planos de una cárcel se actualiza una fuga de reos.

Por «*daño probable*» se entiende que la afectación al interés público se vuelve más factible que la que acaecería de no darse la información y, por lo tanto, se allana el camino para la afectación del bien jurídico tutelado por la reserva. Así, por ejemplo, la afectación de un envenenamiento o desecación de los pozos e infraestructuras hidráulicas siempre existe la posibilidad de que suceda, pero las probabilidades serán mayores si la información relativa a la ubicación de dichos pozos e infraestructura hidráulica se hace pública, respecto de la misma afectación no propiciada con la entrega de la información concerniente, sino por otros factores. Esta característica permite la distinción entre posibilidad y probabilidad.

Por «*daño específico*» se explica que la afectación al interés público tiene que recaer de forma específica en una causal de reserva y, a la vez, debe expresarse concretamente en una modalidad de afectación. Por eso, no basta que la materia de la información solicitada converja con la materia de la causal de reserva, sino que el daño causado tenga una denominación. A guisa de ejemplo, un daño específico a la seguridad pública es concretamente la fuga de reos de un centro penitenciario, el envenenamiento de los pozos de agua, el superar el estado de fuerza del Estado mediante mayores calibres en armamento o blindaje de vehículos, etcétera.

4. La difícil prueba de hacer la prueba de daño

Debe reconocerse, por otro lado, que hacer una prueba de daño no es necesariamente una tarea en la que se puede embarcar fácilmente. Presenta dificultades, sobre todo de expresar en forma racional los argumentos que sustentan el daño y las características.

Número 9, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México, enero-junio de 2007, pp. 235.

12 Es de lamentarse que el artículo de López-Ayllón y Posadas no haya definido tales características.

13 Debe dejarse muy en claro que, la noción que personalmente utilizo de «*interés público*» se refiere a las razones por las cuales de limita temporalmente el acceso a la información y que se expresa en bienes jurídicamente tutelados en las causales de reserva. En suma, el interés público por negar la información.

No ha sido una labor fácil para los Sujetos Obligados y tampoco para los organismos garantes.

López-Ayllón y Posadas en el artículo pionero que abordó el tema de la prueba de daño señalan de manera objetiva dicha dificultad y que, a pesar de que el análisis hecho por ambos autores se da en el contexto de 2007, mucho de lo que se demuestra lamentablemente se mantiene actualmente:

“En la práctica, la aplicación de los criterios de daño ‘presente, probable y específico’ ha resultado ser extremadamente problemática, tanto para las autoridades como para el propio IFAI. Un análisis detallado de los primeros casos presentados ante la institución permite extraer varias conclusiones.

La primera es que las dependencias y entidades normalmente no realizan la prueba de daño, y cuando la hacen tienen serias dificultades en aplicarla y argumentarla. La segunda es que el propio IFAI ha tenido una enorme dificultad en precisar el contenido específico de los criterios específicos de ‘presente’, ‘probable’ y ‘específico’. La mayor parte de las resoluciones del IFAI en esta materia se limitan a reiterar lo ya establecido en la ley y en los lineamientos (...).

(...)

Una tercera conclusión es que no existe claridad respecto de los efectos de la prueba de daño. Las resoluciones del IFAI vacilan en esta materia pues en ocasiones la falta de la prueba de daño tiene como efecto la revocación inmediata de la clasificación. En otros casos el IFAI suple y realiza en la resolución la prueba de daño. Finalmente, en otra serie de casos el IFAI reclasifica la información, pero omite aplicar la falta de daño. Creemos que este comportamiento un tanto errático se explica tanto por la falta de precisión legislativa y reglamentaria como por la enorme presión que tiene el IFAI de resolver en los tiempos establecidos por la ley un número muy significativo de casos en ausencia completa de precedentes que le permitan orientar su interpretación”.¹⁴

Y, como se verá un poco más adelante, la situación no ha variado. Con la diferencia que los comentarios antes transcritos fueron vertidos en la importante labor del IFAI y los que más adelante se verterán en el mismo sentido es sobre un INAI ya con experiencia, aunque no con mucha en materia de prueba de daño.

5. La prueba de daño en la LGTAIP de 2015 o cómo se dice lo mismo, pero de manera diferente y equivocada

Como se ha dicho, era necesario que se regulara la prueba de daño en el texto de la Ley General; sin embargo, dicha regulación hizo variantes y agregó cuestiones innecesarias y mal comprendidas de la teoría de Robert Alexy sobre ponderación.

14 López-Ayllón, Sergio y Alejandro Posadas. “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, en *Derecho Comparado de la Información*. Número 9, págs. 56-57.

El punto de partida es el análisis del artículo 104 de la LGTAIP de 2015 el cual regula –por fin– legislativamente la prueba de daño:

“Artículo 104 (LGTAIP 2015). En la aplicación de la prueba de daño, el sujeto obligado deberá justificar que:

I. La divulgación de la información representa un riesgo real, demostrable e identificable de perjuicio significativo al interés público o a la seguridad nacional;

II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda, y

III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio”.

En primer término, debe señalarse que es un logro que la prueba de daño haya quedado en sede de legislación secundaria. Algo que ya se había manifestado como una necesidad años atrás¹⁵.

Asimismo, no quedó en cualquier ley, sino que se estableció en la Ley General y, por lo tanto, ante el panorama de leyes locales de acceso a la información en las cuales muchas de ellas carecían de esta figura, se dejó sentado sin género de duda que todo ejercicio de clasificación de reserva de la información amerita una prueba de daño. Tal vez, sea esa una razón para entender el por qué no se reiteró la figura en la LFTAIP de 2016, como sí sucede en la mayoría de las disposiciones de la Ley General.

No obstante, que se haya legislado la prueba de daño no significa que se haya hecho de la manera más adecuada. Véase por qué:

Un punto es el de las características de la prueba de daño que existían en los citados *Lineamientos* del IFAI y cómo quedaron en la LGTAIP de 2015.

Las *variantes* consisten en sustituir el «*daño presente, probable y específico*» por un «*riesgo real, demostrable e identificable*» (art. 104, fr. I, Ley General). En el fondo, son exactamente lo mismo. Tal vez un afán por “*innovar*”, pero daño y riesgo mantienen la misma connotación en la ponderación y ambos se entienden como afectaciones al interés público protegido mediante las causales de reserva y que la afectación se origina en la publicación de la información. Incluso, resulta preferible la voz «*daño*» porque alude a una afectación real y concreta, en tanto que la de «*riesgo*» tiende más a una posibilidad.

Por otro lado, lo que es presente es real –lo pasado y lo futuro ya no son reales–. Un daño o un riesgo que se actualiza es presente y es real, acontece en la realidad en el momento mismo en que se da acceso a la información.

15 El mejor ejemplo de esta necesidad insatisfecha está reflejado en el artículo citado de Sergio López-Ayllón y Alejandro Posadas. Asimismo, dicho artículo analiza los casos de las leyes de acceso a la información de Estados Unidos de América y de Irlanda.

Lo que es probable es demostrable –de ahí que la raíz de «*probable*» sea el sustantivo «*prueba*» que indica la demostración de algo acaecido en la realidad, que existe o ha existido–. El daño/riesgo producido allana el camino de la afectación al interés público y al allanarse o facilitarse demuestra tal afectación.

Y, lo que es específico es identificable –porque mantiene la relación lógica de género a especie e identidad–. Esto es, cuando el daño se concreta es que se identifica.

No obstante, de lo poco que se ha escrito sobre este tema en específico destaca por la calidad de las aportaciones y, precisamente, una de las más actuales en torno a la regulación de la prueba de daño prevista en Ley General de Transparencia disiente de esta sinonimia que personalmente encuentro entre el «*daño presente probable y específico*» y el «*riesgo real, demostrable e identificable*». En ese sentido, Benjamín Alejandro Cervantes Pérez considera que la LGTAIP de 2015 ofrece una mejor regulación de la prueba de daño, pues con anterioridad el proceso era deficiente en buena medida por “... *la vaguedad y la discrecionalidad*”¹⁶ –sin duda alguna y en ello comparto ambas aseveraciones, como ya lo he referido previamente–. Y la crítica al elemento del daño/riesgo la formula Cervantes Pérez del siguiente modo:

“(...) [D]e un análisis sustantivo sobre ese modelo se puede advertir que el examen no contenía una racionalidad suficiente que permitiera demostrar fehacientemente que la decisión que se tomaba fuera la más apropiada. La prueba de daño, a través de esos criterios –entiéndanse, el elemento objetivo del daño con tres condiciones (presente, probable y específico)–, se hacía como una suerte de *check list* para expresar argumentos en favor de un daño presente, probable y específico. Lo anterior se da debido a que los sujetos obligados y órganos garantes han tenido una enorme dificultad en precisar el contenido específico de los criterios ‘presente’, ‘probable’ y ‘específico’, al tratarse de términos vagos”.¹⁷

La práctica respalda lo citado y un ejemplo paradigmático es la propia idea que el INAI tiene –o, por lo menos, tenía al inicio de que entró en funciones– sobre la prueba de daño y que se refleja en un documento que envió al Senado de la República en febrero de 2015¹⁸. El documento referido aborda puntos centrales de la materia de acceso a la información pública y que, sin duda, fueron insumos para el legislador en

16 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. “*La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad*”, págs. 49-67, en *Estudios en Derecho a la Información*. Número 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y Centro de Investigación y Docencia Económica, México, julio-diciembre de 2018, pp. 118.

17 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. “*La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad*”, en *Estudios en Derecho a la Información*. Número 6, págs. 59-60.

18 *Documentos relacionados con los 10 puntos que el IFAI entregó al Senado de la República*. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 16 de febrero de 2015, pp.73. El documento puede consultarse en la página electrónica del INAI en esta liga: https://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios_legislativos2/docs/transparencia/IFAI2.PDF. La consulta fue realizada el 26 de abril de 2020.

la tarea que tenía para crear la LGTAIP de ese mismo año. Los puntos 4 y 5 hablan de la prueba de daño y específicamente este último numeral da tres “*ejemplos*” de lo que es –supuestamente– una prueba de daño: los recursos de revisión RDA 0882/14, RDA 2692/14 y RDA 0233/14.¹⁹

Y estos ejemplos, que pretendían explicarles a los legisladores qué es una prueba de daño, recaen en esa idea errática de la que hablaban López-Ayllón y Posadas hace 20 años. Tan sólo hágase referencia a uno de eso tres casos, al del recurso de revisión RDA 2692/14.

El caso es contra la negativa de acceso a la información dictada por la Policía Federal en torno a una solicitud que requirió el número total de patrullas con las que opera el ya desaparecido órgano desconcentrado²⁰. El Sujeto Obligado en cuestión alegaba de manera general que las labores mantener, garantizar y restablecer el orden y la paz públicos les impedía dar la información solicitada. El organismo garante reiteró la prueba de daño, la cual en resumen se puede decir que:

- Daño presente. El tema de la cantidad y utilización de las patrullas con las que la Policía Federal realiza las funciones que le han sido asignadas y la “... *capacidad operativa de las Instituciones dedicadas a la Seguridad Pública, se ha colocado en primera instancia por parte de la delincuencia organizada, como uno de los aspectos más importantes a considerar, ya que dar a conocer la capacidad operativa...*” (*sic*) de la Policía Federal incrementa las posibilidades de que la delincuencia organizada se equipe más y mejor y se determine el nivel de respuesta de la Policía Federal.
- Daño probable. Se vulnera la realización de las actividades de salvaguarda de la vida, integridad, seguridad y derechos de las personas y el orden y paz públicos y permitiría a la delincuencia organizada desarrollar estrategias para la comisión de delitos.
- Daño específico. Se pone en riesgo la operatividad y reacción de la Policía Federal y el estado de fuerza.

Cabe hacer la mención que, aún y cuando el documento habla de “10 puntos”, sólo llega al número 9. Tanto la versión de mi archivo personal como la consulta en línea mantienen el descuido, mismo que radica en el título del documento. No es que falte un tema, sino que sólo eran 9 como consta en el índice, pero en el título pusieron 10.

19 Respectivamente, los recursos correspondieron como Sujetos Obligados a la Presidencia de la República, Policía Federal y Servicio de Administración Tributaria, y como ponencias a la de los Comisionados Joel Salas Suárez, María Patricia Kurczyn Villalobos y Sigrid Arzt Colunga.

20 En 2019 la Policía Federal desapareció y en su lugar se creó la llamada Guardia Nacional, en un proceso desaseado en torno a la transición de ambos desconcentrados. Proceso que personalmente me constó en el ejercicio de mi cargo en el INAI.

Sin duda, hay una idea que flota en los argumentos del Sujeto Obligado y del organismo garante sobre el concepto del «estado de fuerza», entendido como la capacidad táctica, cuantitativa y cualitativa de respuesta en términos de personal, estrategias, operación e instrumentos ante una eventualidad que pone en riesgo la seguridad pública para mantenerla, garantizarla y restablecerla, de ser el caso²¹. Pero las descripciones de cada una de las tres características del daño no corresponden a lo que significa cada una. En suma, la negativa se reduce a: no se puede dar la información sobre el número total de patrullas de la Policía federal porque se arriesgan las libertades de las personas y el orden público. Lo cual no deja de ser cierto, pero esa es la conclusión y aparece como respuesta en los tres rubros.²²

Lo peor del caso es que se supone se trataba de un ejemplo por medio del cual los legisladores comprendieran qué es la prueba de daño. Tal vez ni eran los mejores ejemplos, ni los más indicados.²³

Pero al volver a las ideas de Cervantes Pérez, en las que disiente de los significados que tienen los valores del daño/riesgo antes y después de la LGTAIP de 2015, debe señalarse que más adelante el autor alude al «riesgo real, demostrable e identificable», pero no señala la misma falta de racionalidad por la naturaleza vaga, de acuerdo con el mencionado autor, que tienen esos términos. El punto es: si el daño presente, probable y específico son términos caracterizados por la vaguedad, se debería predicar exactamente el mismo cariz al concepto de riesgo real, demostrable e identificable. Y aclaro: no es que Cervantes Pérez considere a este último como racional y objetivo. Y el propio autor lo señala:

“No implica, por el contrario, argumentar individualmente un riesgo real, demostrable e identificable, pues se entraría en la dinámica del viejo estándar de usar argumentos repetitivos en categorías de definición vaga”.²⁴

21 Definición propia.

22 En rigor, la prueba de daño debió ser más o menos la siguiente: a) El daño presente es que, al momento de hacer pública la información sobre el número total de patrullas de la Policía Federal, se actualiza la afectación al estado de fuerza –definido como se señala en el párrafo de esta nota al pie de página–; b) El daño probable es que, si bien la delincuencia organizada puede equiparse con armamentos y vehículos que puedan confrontar a las características funcionales de las patrullas, lo es también que de conocerse el número es mucho más probable que la delincuencia organizada al saber esta información incremente, a la vez, su propio estado de fuerza, y adquiera más y mejores vehículos que los que tiene la Policía Federal; lo cual difícilmente sucedería si desconociera este dato numérico; y, c) El daño específico es la afectación a la seguridad jurídica (que es la causal de reserva aplicable) que en forma concreta es la vulneración del estado de fuerza –igualmente definido como se ha hecho– y de modo aún más específico en la capacidad de respuesta, de reacción y de operación numérica de vehículos con los que cuenta la Policía Federal. Y se hubiera concluido como se dijo: todo lo anterior, pone en riesgo el mantenimiento, garantía y restablecimiento del orden público a cuyo resguardo está la Policía Federal frente a la actuación de la delincuencia organizada.

23 Bajo consideraciones de índole política, más allá del error sobre “el 9 y el 10”, la entrega de un documento de esta índole al Senado deja mucho que desear.

24 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. *Op. cit.*, pág. 62.

En realidad, lo que Cervantes Pérez destaca –y en ello estoy de acuerdo– es que, la prueba de daño se complementa con el principio de proporcionalidad, esto es, si sólo nos quedamos con los elementos del daño/riesgo no se demuestra un balance entre el beneficio y/o el perjuicio que implicaría dar acceso a la información o denegarla con una causal de reserva. Dicho de otro modo, el parámetro de la prueba de daño antes de la LGTAIP de 2015 es insuficiente. De ahí la necesidad de incorporarle el «*principio de proporcionalidad*», en torno al cual gira de modo muy adecuado el artículo de Cervantes Pérez.

Por lo tanto, se reconoce la utilidad del daño/riesgo con las condiciones de presente/real, probable/demostrable y específico/identificable, pero si sólo se circunscribe la prueba de daño a esto se genera lo que bien se ha señalado: una incomprensión de parte de los Sujetos Obligados, incluso de los propios organismos garantes, de lo que debe ser un argumento de racionalidad para determinar la relación beneficio-perjuicio entre los principios del acceso a la información pública y del interés público. Para ello, es que la LGTAIP de 2015 agregó, entre otras cosas, el test de proporcionalidad.

Antes de entrar a dicho test, basado evidentemente en Alexy, hay que ver los demás elementos del artículo 104 de la LGTAIP de 2015 en comento.

En la misma fracción I, del artículo 104, se agregó de forma innecesaria a ese daño/riesgo –con las tres características citadas– que «*perjudique significativamente el interés público o la seguridad nacional*». Es innecesario este remate de la fracción I del artículo 104 de la Ley General porque evidentemente si la ponderación indica que la reserva predomina sobre el acceso a la información, es claro que si se publicitara ésta se perjudicaría el interés público. Asimismo, resulta sobrada la referencia a la seguridad nacional, pues es un remanente de la fracción I, apartado “A”, del artículo 6º constitucional, aunque es justificable en cierta medida que apareciera la distinción género-especie en la Constitución, está de más que se reiterara en la Ley General. Y, finalmente, qué criterios pueden utilizarse para que el perjuicio ocasionado al interés público sea o no «*significativo*», este elemento sólo introduce un problema de determinación que, al final de cuentas, siempre será subjetivo.²⁵

En cuanto a las *adiciones innecesarias* corresponden a las fracciones II y III del artículo 104 de la Ley General. Debe aclararse que, lo “*innecesario*” radica en una reiteración de conceptos en la fracción II, pues la fracción III –con todo y la crítica que se le hará– aporta un parámetro de racionalidad en la ponderación y que es el principio y test de proporcionalidad. Veámoslo de la siguiente manera:

En el caso de la fracción II, reitera lo que ya dice la fracción I: el daño/riesgo implica que la publicidad de la información lo genera y, por lo tanto, tiene mayor peso especí-

25 De hecho, sobre esta parte in fine de la fracción I del artículo 104 de la LGTAIP de 2015, Cervantes Pérez no abona nada al respecto. Aunque esto es comprensible, pues la materia prima del artículo –por demás, interesante– se ubica más en la fracción III del citado precepto legal: el test de proporcionalidad.

fico aquél sobre el acceso a la información. El daño o riesgo provocado al bien jurídico tutelado por la reserva es mayor que el beneficio que proporciona el acceso. Si en la fracción I el daño/riesgo que es presente/real, probable/demostrable y específico/identificable se acredita, queda claro que la difusión de la información provocará una afectación al interés público.

Pero, además, la fracción II genera una confusión: mientras la fracción I habla de «*interés público*» como la razón para negar el acceso a la información, la fracción II utiliza el mismo concepto de interés público, pero con un sentido deóntico «*permisivo*», es decir, el interés público de divulgar la información. Por fin, ¿en qué quedamos? Interés público por cerrar y/o interés público por abrir en el mismo precepto legal.

En el caso de la fracción III se pretende aplicar el «*test de proporcionalidad*» de Robert Alexy, al exigir que además del daño/riesgo con todas las características ya señaladas, se aplique el «*principio de proporcionalidad*» y, aunque no lo mencione expresamente la fracción en comento, se exigen también los principios de «*necesidad e idoneidad*», de los que habla Alexy²⁶. Esto es, el medio menos restrictivo es el medio más idóneo y, por ende, el necesario para ponderar el perjuicio ocasionado, ya sea a la reserva, ya sea al derecho de acceso a la información pública.

Y en esta última fracción concuerdo con Cervantes Pérez al contar con la utilidad de un criterio de racionalidad que refuerce la prueba de daño y que mejor que la propuesta teórica de Robert Alexy con el test de proporcionalidad. Sin embargo, la regulación que de aquél hizo la LGTAIP de 2015 aborda mal el test.

Pero para ello es necesario explicar la tesis de Alexy sobre la proporcionalidad.

B. El test de proporcionalidad

El test de proporcionalidad, junto con la fórmula de peso, es una aportación del jurista alemán Robert Alexy, planteada específicamente en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*²⁷, al proponer un método en los llamados casos de «*colisión de principios*», que no de normas jurídicas.

En México y en otros países –como en la natal Alemania de Alexy o en Israel– el test de proporcionalidad ha tenido muchos seguidores y aplicaciones “*tropicalizadas*” como parte de la argumentación dentro del foro jurídico mexicano y la adopción por instituciones como la Suprema Corte de Justicia de la Nación y, como ya se mencionó, por primera vez se legisló en la LGTAIP de 2015, mediante las figuras de la prueba de daño y la prueba de interés público.

26 Véase la *Teoría de los derechos fundamentales*, de Robert Alexy.

27 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimpresión, Madrid, 2002, pp. 607.

1. El test de proporcionalidad de Robert Alexy y cómo se ha explicado en México

Al decir de Carlos Bernal Pulido, desde la década de 1980 a la fecha se ha impulsado la necesidad de contar con criterios racionales que, por ende, asumen una naturaleza objetiva, para sustentar la argumentación jurídica, no para obtener la tan ansiada «solución única y correcta», sino la «solución más plausible» en los casos difíciles.²⁸

Aunque, como señala el jurista colombiano, no se pretende eliminar el elemento de subjetividad, de entrada, porque eso es imposible:

“La comunidad jurídica no puede pretender eliminar un margen irreductible de discrecionalidad en las valoraciones de la Corte –la Corte Constitucional colombiana–. De este modo, es necesario reconocer que estos criterios no ofrecen una garantía de objetividad. Sin embargo, su función orientadora y valorativa y su contribución a la claridad de la argumentación en un ámbito tan controvertido como la interpretación de la Constitución²⁹ no deben ser menospreciadas”.³⁰

Y uno de esos criterios de racionalidad y, en la medida de lo posible, de objetividad, es el principio de proporcionalidad, una guía utilizada sobre todo por el Tribunal Constitucional federal alemán y que ha sido explicado doctrinalmente por Robert Alexy. A partir de lo cual, ha hecho mella importante en el ámbito dogmático y jurisprudencial de los países de América Latina, incluso de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El principio de proporcionalidad ha sido especialmente utilizado en la colisión de principios entre actos del poder público y los derechos fundamentales y en la interpretación constitucional y en el control de convencionalidad.³¹

Ahora bien, a lo largo de este trabajo y acorde con Robert Alexy se pueden dar por sentados los siguientes conceptos que son soporte íntimo del principio de proporcionalidad, a saber: la distinción entre «principios y reglas»; la definición de los primeros en el sentido de que son «mandatos de optimización» sin un «peso específico» acorde a «posibilidades jurídicas y fácticas»; que los «derechos fundamentales» son principios; que el «acceso a la información» es un derecho fundamental en México –a partir de 2014–; que el «interés público de la reserva» también es un principio; y que, entre uno y otro puede darse una «colisión». Por lo que, corresponde ahora explicar esta

28 Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 419.

29 En el fondo, en mi opinión, la prueba de daño implica una ponderación de nivel constitucional, pues se tratan de dos principios: uno es un derecho fundamental y otro es un principio constitucional y la función de los organismos garantes es, en muy buena medida, un control constitucional de la parte dogmática de manera específica.

30 Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, pág. 63.

31 Véase Bernal Pulido, Carlos. *Op. cit.*, págs. 66 y ss.

«colisión de principios», el «principio de proporcionalidad» y la prueba o «test de ponderación» propuestos por el jurista alemán.

La «colisión de principios», explica Alexy, deben resolverse de manera distinta al «conflicto de reglas»³²:

“Cuando dos principios entran en colisión –tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido– uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso”.³³

Frente a esta colisión, todos los principios tienen el mismo rango en un modo absoluto, pero hay un diferendo de pesos específicos según cada caso concreto. Si a cada principio se le designa con la letra «P», como lo hace Alexy³⁴, esa relación absoluta se representaría del siguiente modo:

$$P1 \text{ P } P2 = P2 \text{ P } P1$$

Sin embargo, la colisión se da en casos concretos y, por lo tanto, no puede darse esa igualdad de rangos en términos absolutos:

“La solución de la colisión consiste más bien en que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una ‘relación de precedencia condicionada’. La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las ‘condiciones’ bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”.³⁵

Por lo tanto, la fórmula que expresa la colisión de principios resueltos con una relación de precedencia condicionada es la siguiente, según cada caso y en la que la letra «C»

32 Las reglas son las normas jurídicas y en caso de conflicto una desplaza a la otra bajo tres premisas aplicables: regla superior deroga regla inferior, regla posterior deroga regla anterior y regla especial deroga regla general.

33 Alexy, Robert. *Op. cit.*, pág. 89.

34 En alemán la voz «principio» en el sentido utilizado por Alexy es «Grundsatz», diverso de la palabra «Anfang» que entiende principio como inicio u origen. Por lo tanto, en alemán la fórmula sería: $G1 \text{ G } G2 = G2 \text{ G } G1$

La traducción es propia.

35 Alexy, Robert. *Op. cit.*, pág. 92.

significa las condiciones del caso³⁶ y, por lo tanto, se da un resultado o resolución que puede simbolizarse con «**R**»³⁷:

$$(P1 \text{ P } P2) \text{ C} \rightarrow \text{R}$$

$$(P2 \text{ P } P1) \rightarrow \text{R}$$

Dicho en términos del jurista alemán:

“El concepto de relación de precedencia condicionada permite una respuesta simple. El principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2 cuando existen razones suficientes para que P1 preceda a P2, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto”.³⁸

Ahora bien, la regla de precedencia condicionada puede ser genérica o básica, pero en muchos casos dependerá de condiciones específicas y que Alexy simboliza con «S» tantas veces como condiciones concretas se den en el caso específico –«S1, S2, S3...»–³⁹.

Por ejemplo, Alexy utiliza un fallo del Tribunal Constitucional Alemán federal conocido como el caso «*Lebach*».⁴⁰

El fallo *Lebach*, en síntesis, ofrece una colisión entre los principios de derecho a la imagen o personalidad y la libertad de expresión dentro de un caso concreto sobre una película que alude a una serie de asesinatos de soldados en la población de Lebach, ya a finales de la guerra en 1945, y uno de los condenados en la vida real estaba a punto de concluir la pena de prisión y, por lo tanto, reintegrarse a la sociedad. La transmisión

36 La palabra «condiciones» puede ser referida en alemán con la voz «*Bedingungen*», aunque también puede utilizarse sobre todo para efectos de comparación la palabra «*Verhältnianteil*». De hecho, la doctrina alemana sobre el tema utiliza *Verhältnianteil*. Por lo tanto, en alemán la fórmula sería: (G1 G G2) B ó (G2 G G1) B

La traducción es propia.

Una explicación impecable sobre dicha palabra la aporta Rubén Sánchez Gil y la vincula con la propia traducción de «proporcionalidad» en alemán:

“El vocablo alemán para ‘proporcionalidad’, *Verhältnismässigkeit*, equivale literalmente a ‘moderación (*Mässigkeit*) de una relación (*Verhältnis*)’ o sea, el estado o cualidad (sufijo alemán *-keit*– asimilable al hispano *-dad*–) de colocación de una relación en un punto medio, moderado (*mässig*); en todo caso implica la interacción ‘adecuada’, ‘a la medida (*mass*)’, entre dos objetos”, en “V. Los subprincipios de la proporcionalidad”, pág. 38, en Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. Colección Estado de Derecho y Función Judicial, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, pp. 124.

37 La palabra «resolución» como dirimir un conflicto en alemán corresponde a «*Auflösung*». Por lo tanto, en alemán la fórmula sería: (G1 G G2) B → A ó (G2 G G1) B → A

La traducción es propia.

38 *Op. cit.*, pág. 93.

39 Puede considerarse la palabra alemana «*spezifische Bedingungen*» y que pueden simbolizarse con «sB1» y así sucesivamente.

40 BVerfGE 35, 202.

reiterada de la película muchos años después de la tragedia afectaba la posición del preso para reintegrarse a la sociedad alemana.

El Tribunal Constitucional consideró que, sin duda, la libertad de expresión (*P1*) mantenía una relación de precedencia condicionada (*C*) en relación con el derecho a la personalidad o a la imagen en la reinserción social (*P2*), lo que implicaría que *P1* es el principio con mayor peso específico (*P*) y, por lo tanto, así debería resolverse el caso concreto (*R*). Sin embargo, el Tribunal consideró que dicha precedencia sólo era «*básica o genérica*» y, por lo tanto, se admitían excepciones a dicha precedencia básica y que conformaban condiciones específicas (*S*). En el caso concreto, las condiciones específicas fueron: repetición de la película (*S1*), temática sin interés actual (*S2*), se trató de un delito grave (*S3*) y existía un riesgo en la reinserción social del preso (*S4*). Por lo que, se dio precedencia condicionada específica al derecho a la personalidad e imagen (*P2*) con mayor peso específico (*P*) y de ese modo se resolvió (*R*).

Traducido el caso a la fórmula de Alexy se tendría:

$$(P2 \text{ } P \text{ } P1) \text{ } C \text{ } (S1, S2, S3 \text{ y } S4) \rightarrow R^{41}$$

Ahora bien, para realizar esta «ponderación» como un método racional para obtener una solución plausible –no así, correcta–, Alexy utiliza el «principio de proporcionalidad»:

“Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la publicidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica a aquélla” (*sic*)^{42 43}.

Puede expresarse que el principio de proporcionalidad establece una relación de satisfacción/afectación inversamente proporcional:

“Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁴⁴

Sin embargo, debe tenerse cuidado de comprender el principio de proporcionalidad –en sentido amplio–, tal como se ha malentendido como: según el cual, dentro de una colisión de principios, la satisfacción de uno de ellos es inversamente proporcional a la insatisfacción del otro. Esta idea errada de la proporcionalidad *lato sensu* llevaría al extremo de satisfacer al cien por ciento un principio y dejar absolutamente insatisfecho al otro principio colisionado. Eso llevaría a romper la naturaleza de los principios,

41 Bajo los valores en idioma alemán, la fórmula sería la siguiente: (*G2 G G1*) *B* (*sB1, sB2, sB3 und sB4*) → *A*

42 Tal vez un error de traducción, en realidad la parte final debería decir “... y ésta implica a aquél”.

43 Alexy, Robert. *Op. cit.*, pág. 111.

44 Alexy, Robert. *Op. cit.*, pág. 529.

pues entre ellos hay precedencia condicionada y no desplazamiento que los invalide –como sí sucede esto último en las reglas o normas jurídicas–.

Por esa razón, es que Alexy considera que a la máxima de proporcionalidad se le incorporan «tres máximas parciales o subprincipios»:

“Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación⁴⁵, necesidad (postulado del medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él”.⁴⁶

Los subprincipios tienden a relajar lo tajante del sentido amplio del principio de proporcionalidad, esto es, en toda colisión de principios, todos deben quedar satisfechos en alguna u otra medida, aun cuando uno de los principios tenga una precedencia condicionada sobre el otro u otros. Dicho de otro modo, ningún principio debe quedar insatisfecho, aun cuando uno de ellos tenga mayor peso específico que el otro.

Ahora bien, corresponde explicar los tres subprincipios: «*idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*».

El «*subprincipio de idoneidad o de adecuación*» (*Geeignetheit*) introduce un elemento en la colisión: la persecución de un fin legítimo constitucional, por el cual se debe alcanzar mediante un medio que sea el *ad hoc*. Dicho de otra manera, la afectación a un principio implica la consecución de otro principio:

“El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven. Si un medio **M** que fue establecido para promover la realización de un principio **Pa**, no fuera idóneo para esto, pero sí perjudicara la realización de **Pb**; entonces, de omitirse **M** no se originarían costos para **Pa** ni para **Pb**, aunque sí los habría para **Pb** de emplearse **M**. Pueden **Pa** y **Pb** ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse **M**; tomados *conjuntamente*, **Pa** y **Pb** prohíben el uso de **M**. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra”.⁴⁷

45 También se ha traducido como «*idoneidad*» y es el término que se utilizará en este trabajo.

46 Alexy, Robert. *Op. cit.*, págs. 111-112.

47 Alexy, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, traducción de Rubén Sánchez Gil, págs. 1505-1514 en Fernández Segado, Francisco (ed.). *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 2294.

El artículo de Alexy aparece también publicado en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 11, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, enero-junio de 2011, pp. 3-14. La consulta del artículo se hizo en la versión electrónica de dicha revista en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>. Consulta realizada el 27 de abril de 2020.

Tal vez, en términos más vinculados a la recepción jurisprudencial y dogmática mexicana, al decir de Alejandro Nava, la «*idoneidad*» implica que la afectación en uno de los principios colisionados debe satisfacer dos aspectos: el primero, que la afectación tiene un «*fin constitucionalmente válido*» y, el segundo, que «*la afectación es la adecuada*» para obtener ese fin.⁴⁸

En ese sentido, el sistema interamericano de derechos humanos enumera una serie de fines legítimos en términos de la *Convención Americana de Derechos Humanos*:

“151. El artículo 13.2 de la Convención establece como legítimos para determinar una limitación al derecho de acceso a la información la protección de:

- Los derechos o la reputación de los demás;
- Seguridad nacional;
- orden público; y
- salud o moral públicas.

“152. En ese sentido, para poder comprobar que la limitación establecida por un Estado al derecho de acceso a la información es legítima, la información solicitada debe relacionarse con los referidos fines que se desea proteger con la restricción, es decir, su suministro debe ser susceptible de generar un daño a esos bienes jurídicos”.⁴⁹

El «*subprincipio de necesidad*» (*Erforderlichkeit*) alude a la afectación a uno de los principios colisionados como la más benigna, la menos gravosa o la menos lesiva⁵⁰ y que no existe otra medida de afectación que mejore la optimización de dicho principio:

“Lo mismo vale para el principio de necesidad. Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven a **Pa** de prácticamente de igual manera, el que intervenga menos intensamente en **Pb**. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio **Pc** afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en **Pb**. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo de paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación”.⁵¹

48 Nava Tovar, Alejandro. *La institucionalización de la razón. La filosofía del Derecho de Robert Alexy*. Edit. Anthropos, México, 2015, pág. 180.

49 “D. Sistema de restricciones”, en Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, pág. 48.

50 La idea de la medida o afectación menos lesiva proviene de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en la figura de «*least restrictive means*» y es un criterio que se utiliza para analizar leyes atacas de inconstitucionalidad en tanto violenten derechos fundamentales y si dicha afectación es, dentro de un abanico de posibilidades, la menos lesiva. Aunque, con Alexy debe adicionarse que, no sólo se trate de la menos lesiva, sino que se busca un fin constitucionalmente legítimo.

51 Alexy, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, pág. 8.

En un sentido más práctico, Sánchez Gil explica que, la afectación a uno de los principios es «*estrictamente indispensable*» para satisfacer el fin que a aquéllos se intenta oponer, porque es la medida menos gravosa para el principio afectado, entre un conjunto de opciones igualmente idóneas para alcanzar el fin legítimo. O bien, como dice el autor:

“... [N]o existen opciones para satisfacer el fin perseguido o las disponibles afectan el derecho intervenido en una medida mayor”.⁵²

El «*subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*» o la «*ley de la ponderación*» (*Verhältnismässigkeit*) como también la llama Alexy, se entiende como sopesar las razones de la afectación de uno de los principios frente a las razones de afectación del otro principio. Un ejercicio de valoración del beneficio/perjuicio entre los principios colisionados, por lo que no es suficiente que la afectación sea la adecuada constitucionalmente, ni que se la menos lesiva en un espectro de opciones. Se requiere entonces que se confronten los principios en el caso concreto:

“La ponderación es el objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este subprincipio dice lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar ‘*ley de ponderación*’, la cual dice:

‘*Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro*’.”⁵³

En sentido más resumido, Bernal Pulido sintetiza este subprincipio así:

“En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general”.⁵⁴

Dicha ponderación se realiza mediante tres pasos: a) Debe acreditarse el grado de afectación o incumplimiento de uno de los principios colisionados; b) Debe comprobarse la importancia de la realización o satisfacción del otro principio; y, c) Debe argumentarse si la importancia de la satisfacción de uno de los principios justifica la afectación o incumplimiento del otro principio colisionado.⁵⁵

Asimismo, debe señalarse que la proporcionalidad en sentido estricto atiende a las «*posibilidades jurídicas*» de los principios como mandatos de optimización y la idoneidad y la necesidad atañen a las «*posibilidades fácticas*» de dichos mandatos:

52 Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*, pág. 45.

53 Alexy, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, págs. 8-9.

54 Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, pág. 67.

55 Alexy, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, págs. 9-10.

“La máxima de la *proporcionalidad en sentido estricto*, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas.

(...)

(...) En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación –idoneidad– se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las *posibilidades fácticas*. (...) Por lo tanto, la máxima de la necesidad que el Tribunal Constitucional Federal entre otros ha formulado como mandato afirmando que ‘*el fin no puede ser logrado de otra manera que afecte menos al individuo*’ (...)

(...)

Sobre la base de lo hasta aquí dicho, ya no constituye problema alguno la deducción de la máxima de la *adecuación* [si el medio es el adecuado para la obtención de la finalidad que persigue uno de los principios colisionados, es exigido por ese principio para la optimización de éste] (...).⁵⁶

Esto es explicado de manera más sencilla por Cervantes Pérez:

“Los dos primeros subprincipios, el de idoneidad y el de necesidad, se refieren a la optimización en relación con las condiciones fácticas, y a las circunstancias de cada caso concreto. Esta primera etapa del principio de proporcionalidad tiene como objetivo evitar costos evitables. Costos que, no obstante, en muchos casos es inevitable en la colisión de principios, por lo que se hace necesaria una revisión a través del tercer principio: el de la proporcionalidad en sentido estricto”.⁵⁷

Por otro lado, en relación con el último subprincipio, Alexy propone una «*fórmula de peso*» que ayuda a definir el nivel de afectación de uno de los principios y el peso abstracto que se les asigna a los principios. Alexy lo explica mediante una fórmula de algoritmos que no corresponde en este trabajo ser expuesta:

“Esta fórmula es en realidad una fórmula ‘*matemática*’ que nos permite saber cuál principio debe pesar más en un caso concreto justamente cuando ocurre una colisión de principios”.⁵⁸

Gracias a estos subprincipios, la máxima de la proporcionalidad en sentido amplio no se traduce en la idea equivocada de un “*todo o nada*” y es un criterio de racionalidad para resolver casos difíciles, entre ellos, la prueba de daño, conforme la LGTAIP de 2015.

56 Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, págs. 113-115.

57 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. *Op. cit.*, pág. 57.

58 Díez Gargari, Rodrigo. “*Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte*”, págs. 65-106, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 26, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2012, pp. 492.

Por otra parte, el sistema interamericano de derechos humanos no logra aterrizar adecuadamente el principio de proporcionalidad y, las veces lo confunde con el principio de necesidad.⁵⁹

Ahora bien, el «*principio de proporcionalidad*» ha sido recibido en el Derecho mexicano, específicamente en las decisiones del Poder Judicial de la Federación, específicamente, en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia en los casos en que hay afectaciones legislativas a derechos fundamentales.

No es intención de este trabajo abordar cómo ha evolucionado la recepción del principio de proporcionalidad en México⁶⁰, pero sí señalar los principales criterios jurisprudenciales emitidos en torno a él. Ha sido un proceso lento, confuso –en el que se define idoneidad como necesidad y viceversa⁶¹–, aunque actualmente ya se ha comprendido conforme a las líneas teóricas de Robert Alexy.

El primer caso en el que se abordó la proporcionalidad en el quehacer jurisdiccional mexicano fue el Amparo en Revisión 988/2004⁶².

El test de proporcionalidad ha sido abordado por la Corte en tres etapas. La primera tiene que ver con el subprincipio de idoneidad, en lo que hace a la finalidad legítimamente constitucional y que sea la adecuada para lograr dicha finalidad:

Sobre la siguiente tesis aislada puede rescatarse en torno a la prueba de daño que, los derechos fundamentales y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales –como el interés público– son principios y pueden colisionar. Es decir, son fines legítimamente constitucionales:

59 Véase “D. Sistema de restricciones; 3. Necesidad de una sociedad democrática: evaluación de proporcionalidad”, en Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*, págs. 48-49.

60 Dos artículos excelentes en torno a la evolución del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son:

Díez Gargari, Rodrigo. “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, págs. 65-106, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 26, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2012, pp. 492.

Sánchez Gil, Rubén. “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, págs. 471-489, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 21, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, julio-diciembre de 2009, pp. 605.

61 Por ejemplo, véase el primer asunto que en la justicia mexicana abordó el principio de proporcionalidad, el Amparo en Revisión 988/2004.

62 Resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión del 29 de septiembre de 2004. Una síntesis del caso es estupendamente explicada en:

Díez Gargari, Rodrigo. “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 26, págs. 79-84.

PRIMERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. IDENTIFICACIÓN DE UNA FINALIDAD CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA. Para que las intervenciones que se realicen a algún derecho fundamental sean constitucionales, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograren algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, al realizar este escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad de determinar si éstos son válidos constitucionalmente. Esta etapa del análisis presupone la idea de que no cualquier propósito puede justificar la limitación a un derecho fundamental. En efecto, los fines que pueden fundamentar la intervención legislativa al ejercicio de los derechos fundamentales tienen muy diversa naturaleza: valores, intereses, bienes o principios que el Estado legítimamente puede perseguir. En este orden de ideas, los derechos fundamentales, los bienes colectivos y los bienes jurídicos garantizados como principios constitucionales, constituyen fines que legítimamente fundamentan la intervención del legislador en el ejercicio de otros derechos (**Amparo en Revisión 237/2014**).⁶³

De la siguiente tesis aislada se obtiene la idoneidad de la afectación en relación con la finalidad perseguida:

SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Por lo que hace a la idoneidad de la medida, en esta etapa del escrutinio debe analizarse si la medida impugnada tiende a alcanzar en algún grado los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas (**Amparo en Revisión 237/2014**).⁶⁴

63 *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXVIII/2016, noviembre de 2016, pág. 911.

64 *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXX/2016, noviembre de 2016, pág. 914.

En lo relativo al subprincipio de necesidad, la Corte ha determinado como tercera etapa del test de proporcionalidad lo siguiente:

TERCERA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA NECESIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se ha constatado un fin válido constitucionalmente y la idoneidad de la ley, corresponde analizar si la misma es necesaria o si, por el contrario, existen medidas alternativas que también sean idóneas pero que afecten en menor grado el derecho fundamental. De esta manera, el examen de necesidad implica corroborar, en primer lugar, si existen otros medios igualmente idóneos para lograr los fines que se persiguen y, en segundo lugar, determinar si estas alternativas intervienen con menor intensidad el derecho fundamental afectado. Lo anterior supone hacer un catálogo de medidas alternativas y determinar el grado de idoneidad de éstas, es decir, evaluar su nivel de eficacia, rapidez, probabilidad o afectación material de su objeto. De esta manera, la búsqueda de medios alternativos podría ser interminable y requerir al juez constitucional imaginarse y analizar todas las alternativas posibles. No obstante, dicho escrutinio puede acotarse ponderando aquellas medidas que el legislador consideró adecuadas para situaciones similares, o bien las alternativas que en el derecho comparado se han diseñado para regular el mismo fenómeno. Así, de encontrarse alguna medida alternativa que sea igualmente idónea para proteger el fin constitucional y que a su vez intervenga con menor intensidad al derecho, deberá concluirse que la medida elegida por el legislador es inconstitucional. En caso contrario, deberá pasarse a la cuarta y última etapa del escrutinio: la proporcionalidad en sentido estricto (**Amparo en Revisión 237/2014**).⁶⁵

Y, finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ley de ponderación constituye la cuarta etapa del test de proporcionalidad, acorde con la Suprema Corte de Justicia:

CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA. Para que resulten constitucionales las intervenciones que se realicen a un derecho fundamental, éstas deben superar un test de proporcionalidad en sentido amplio. Lo anterior implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, lograr en algún grado la consecución de su fin y no limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Así, una vez que se han llevado a cabo las primeras tres gradas del escrutinio, corres-

65 *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXV/2016, noviembre de 2016, pág. 902.

ponde realizar finalmente un examen de proporcionalidad en sentido estricto. Esta grada del test consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario, la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional. En este contexto, resulta evidente que una intervención en un derecho que prohíba totalmente la realización de la conducta amparada por ese derecho será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de tal derecho. Así, cabe destacar que desde un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, sólo estaría justificado que se limitara severamente el contenido *prima facie* de un derecho fundamental si también fueran muy graves los daños asociados a su ejercicio (**Amparo en Revisión 237/2014**).⁶⁶

De todo lo anterior, queda claro que hay tanto apologistas como críticos del principio de proporcionalidad, pero no es el caso abordar esa discusión en el presente trabajo. Más aún cuando dicho principio y el test que supone es obligatorio en la realización de la prueba de daño en la clasificación de la información por motivos de reserva.

2. La prueba de daño conforme al principio de proporcionalidad

Como se ha visto, el artículo 104 de la LGTAIP de 2015 establece la regulación de la prueba de daño. En rigor, puede señalarse que la disposición divide la prueba en dos partes: una, que es propiamente las características del daño (fracción I, art. 104 LGTAIP 2015) y la otra que es el test de proporcionalidad con los tres subprincipios (fracciones II y III, art. 104 LGTAIP 2015).

Sobre la primera parte de la prueba de daño no hay mayor cosa que agregar. Pero sobre la segunda parte, como se dijo, hay reiteraciones que no vienen al caso.

La fracción II del precepto en comento pretende establecer el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, es la ley de la ponderación a la que se refiere Alexy:

“II. El riesgo de perjuicio que supondría la divulgación supera el interés público general de que se difunda”.

66 *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXXII/2016, noviembre de 2016, pág. 894.

Sin embargo, en mi opinión ya consta este subprincipio en la fracción I, en el momento en que se señala que al ponderar la “*divulgación de la información*” y el “*interés público*” –seguridad nacional incluida– se genera un perjuicio –por supuesto, con la eliminación del adjetivo “*significativo*” por innecesario–. Por lo tanto, no se considera que haya sido necesaria la fracción II.

Por lo que hace a la fracción III, se pretende incluir en ella los subprincipios de idoneidad y de necesidad, aunque no de manera adecuada:

“III. La limitación se adecua al principio de proporcionalidad y representa el medio menos restrictivo disponible para evitar el perjuicio”.

El principio de idoneidad se presupone surge de la frase “... *se adecua*” y se ha explicado debidamente que tal idoneidad es la exclusión de medios que perjudican a un principio, sin beneficiar al otro con el que colisiona. La pregunta es ¿qué tiene que ver que la limitación sea idónea a la proporcionalidad? Nada, absolutamente nada. Y, además, ¿proporcionalidad en qué sentido, amplio o estricto? Francamente, lo ignoro. Y eso no es todo: bajo la suposición de que las tres fracciones son adecuadas y que la proporcionalidad en sentido estricto sólo se encuentra en la fracción II –y no está implícita en la fracción I–, ¿qué caso tiene referir la proporcionalidad en la fracción III? Si teóricamente, acordes a Alexy, la idoneidad y la necesidad aluden a las posibilidades fácticas y la proporcionalidad en sentido estricto a las posibilidades jurídicas, ¿qué tiene que ver la idoneidad con la proporcionalidad? Incluso, al satisfacer la idoneidad –y la necesidad–, el test de proporcionalidad aún no se cumple, en tanto no se acredite la ley de la ponderación.

Es por eso por lo que he afirmado que, a pesar del esfuerzo de buscar un criterio de racionalidad en el principio proporcionalidad para limitar el acceso a la información, fue planteado de forma errónea.

Ahora bien, por lo que hace al principio de necesidad debe reconocerse que está bien señalado, aunque de informa incompleta. Pues si bien se establece que la afectación sea la menos lesiva, no contempla la otra posibilidad: no existen otras opciones para satisfacer el fin perseguido o las que existen representan afectaciones con un grado de mayor intensidad.

Pero más allá de que esté bien regulado o no el principio de proporcionalidad en la LGTAIP de 2015, el punto que importa es la puesta en práctica de dicho análisis por parte de los Sujetos Obligados y de los organismos garantes. Pues si se había comentado que en la *praxis* la acreditación de las características del daño/riesgo ha sido una tarea realmente difícil de llevar a cabo –por las razones que se quieran–, basta imaginar que los responsables de clasificar la información por causales de reserva tengan que hacer el test de proporcionalidad en términos de la fórmula de peso y la carga de la argumentación, según Robert Alexy.

No es de ninguna manera un menoscabo o una actitud de menosprecio a los talentos y capacidades del servicio público, pero hay que reconocer que el tema no es fácil. Si no

lo era concebir que el daño/riesgo fuera presente/real, probable/demostrable y específico/identificable, qué puede esperarse de hacer el test de proporcionalidad en las cuatro etapas de las que ha hablado ya los precedentes de la Suprema Corte de Justicia.

Piénsese en excluir la fórmula de peso, aun así, no deja de tener dificultades la labor de argumentar los tres subprincipios.

No se deja de reconocer la importancia de reforzar la prueba de daño con el principio de proporcionalidad para limitar racionalmente el derecho de acceso a la información. La relevancia de ello queda perfectamente resumida en la frase de Bernal Pulido: la proporcionalidad es el límite a los límites de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la LGTAIP de 2015 no ofrece una metodología para desarrollar la prueba de daño. Ni siquiera los *Lineamientos* que en materia de clasificación de la información emitió el SNT dan una respuesta satisfactoria. Por ejemplo, se contentan con definir a la prueba de daño sólo en términos de un acto de molestia que debe ser debidamente fundado y motivado y el principio de proporcionalidad en sentido estricto:

“Segundo. Para efectos de los presentes Lineamientos Generales, se entenderá por:
(...)

XIII. Prueba de daño: La argumentación fundada y motivada que deben realizar los sujetos obligados tendiente a acreditar que la divulgación de información lesiona el interés jurídicamente protegido por la normativa aplicable y que el daño que puede producirse con la publicidad de la información es mayor que el interés de conocerla”.

No obstante, los Lineamientos del SNT hacen un esfuerzo por dar un orden a la prueba de daño, aunque con todo, no se explica cómo ponerla en práctica:

“Trigésimo tercero. Para la aplicación de la prueba de daño a la que hace referencia el artículo 104 de la Ley General, los sujetos obligados atenderán lo siguiente:

- I. Se deberá citar la fracción y, en su caso, la causal aplicable del artículo 113 de la Ley General, vinculándola con el Lineamiento específico del presente ordenamiento y, cuando corresponda, el supuesto normativo que expresamente le otorga el carácter de información reservada;
- II. Mediante la ponderación de los intereses en conflicto, los sujetos obligados deberán demostrar que la publicidad de la información solicitada generaría un riesgo de perjuicio y por lo tanto, tendrán que acreditar que este último rebasa el interés público protegido por la reserva;
- III. Se debe de acreditar el vínculo entre la difusión de la información y la afectación del interés jurídico tutelado de que se trate;
- IV. Precisar las razones objetivas por las que la apertura de la información generaría una afectación, a través de los elementos de un riesgo real, demostrable e identificable;
- V. En la motivación de la clasificación, el sujeto obligado deberá acreditar las circunstancias de modo, tiempo y lugar del daño, y

- VI. Deberán elegir la opción de excepción al acceso a la información que menos lo restrinja, la cual será adecuada y proporcional para la protección del interés público, y deberá interferir lo menos posible en el ejercicio efectivo del derecho de acceso a la información”.

De dicha regulación, se suscribe la siguiente reflexión de Cervantes Pérez que con toda certeza señala:

“La aplicación del principio de proporcionalidad mediante la prueba de daño es complicada, ya que en cada etapa del mismo se debe dotar de argumentaciones bastante complejas que satisfagan y comprueben el resultado de cada una de ellas”.⁶⁷

No obstante, el mismo autor propone una metodología que, incluye la fórmula de peso que si bien señala que no es necesaria que aparezca en la respuesta a la solicitud de información, el problema se mantiene: cómo lograr que los Sujetos Obligados y los organismos garantes logren un test de proporcionalidad.

La metodología propuesta por Cervantes Pérez, aunque denota un esfuerzo que pocos han hecho y tiene el mérito de aterrizar el tema en el ámbito del acceso a la información, en realidad reitera en síntesis los subprincipios de Alexy:

“(…)

3) Los pasos de la prueba de daño, respetando el principio de proporcionalidad de la teoría de los principios, que serían:

i) Idoneidad:

- ¿Cuál es el fin para reservar la información y su fundamento?
- ¿Con la reserva de la información es posible alcanzar dicho fin?

ii) Necesidad:

- ¿Existen medios alternativos que puedan garantizar el acceso a la información sin poner en riesgo alguna causa de reserva?

iii) Proporcionalidad:

- ¿Qué tan importante es para el interés público dar a conocer la información solicitada de acuerdo con el contexto del caso?
- ¿Qué tan intenso sería el riesgo a la seguridad nacional (u otras causas) si se divulga la información solicitada?
- ¿La intervención al derecho de acceso a la información está justificada por la importancia del fin que se persigue al reservar la información?

$$P_{1,2} = \frac{I_1}{I_2}$$

67 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. “La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad”, en *Estudios en Derecho a la Información*. Número 6, pág. 58.

4) La necesidad de demostrar los resultados en las resoluciones. Es decir, aunque no es recomendable que los cálculos se demuestren en las resoluciones –ya que éstas están dirigidas a los ciudadanos–, es importante, al menos, demostrar las argumentaciones que se vertieron en uno u otro sentido y que hicieron llegar a determinada resolución.

5) Casos ejemplificativos que demuestren la materialización de dicho estándar. Resultaría clarificador el último punto de la propuesta de metodología para la aplicación de la prueba de daño, en la medida en que se ilustraría el tipo de argumentación que debe realizarse en cada etapa de la misma para demostrar el daño en una colisión de principios”.⁶⁸

No obstante, el autor reconoce la dificultad de que las áreas de los Sujetos Obligados hagan la prueba de daño y sugiere que debería recaer dicha responsabilidad en los Comités de Transparencia como una medida que garantizará la racionalidad del test de proporcionalidad. En cierta medida, tiene razón si el tema se aborda desde la práctica y se reconoce un menosprecio de los altos funcionarios por la materia de acceso a la información al encomendar el trabajo a servidores públicos de rangos jerárquicos menores y que, coincidentemente, no cuentan con la formación necesaria para afrontar la hechura de un test de proporcionalidad.

Por otro lado, queda claro que hay una tarea a cargo de los organismos garantes por capacitar a los servidores públicos de los Sujetos Obligados en esta materia nada sencilla. Siempre y cuando, los propios organismos garantes cuenten con las capacidades para desarrollar la prueba de daño, en ello incluyo a los propios integrantes del INAI.

Como la tarea no es fácil existen diversas propuestas de realizar diversos supuestos de clasificación de reserva con causales distintas mediante la prueba de daño. Destaca, indudablemente, el magnífico trabajo desarrollado por la prolífica doctora María Pilar Cousido González, de la Universidad Complutense, quien aporta más de veinte casos prácticos, tanto de España como de diversos países que cuentan con leyes de acceso a la información, como Estados Unidos de América, Reino Unido de la Gran Bretaña e, incluso, México.⁶⁹

Fuentes consultadas

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimpresión, Madrid, 2002, pp. 607.

Alexy, Robert. “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*”, traducción de Rubén Sánchez Gil, págs. 1505-1514 en Fernández Segado, Francisco (ed.). *La Constitución española en el contexto constitucional europeo*. Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 2294.

68 Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. *Op. cit.*, págs. 62-64.

69 Cousido González, María Pilar. “5. Test de daños y de interés público para solicitudes de información pública en las Universidades Públicas españolas, según la Ley 19/2013”, págs. 303-438, en Cousido González, María Pilar (coord.) *Libro blanco sobre gestión de oficinas de transparencia: procedimientos y casos de estudio para universidades públicas*. Instituto Nacional de Administración Pública y Tirant lo Blanch, España, 2016, pp. 513.

Alexy, Robert. “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Número 11, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, enero-junio de 2011, pp. 3-14.

Bernal Pulido, Carlos. *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 419.

BVerfGE 35, 202, Caso Asesinato de los Soldado de Lebach, Tribunal Constitucional Federal Alemán, 5 de junio de 1973. Consultable en alemán en <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html>

Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. “La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad”, págs. 49-67, en *Estudios en Derecho a la Información*. Número 6, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y Centro de Investigación y Docencia Económica, México, julio-diciembre de 2018, pp. 118.

Claude Reyes y otros v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19 de septiembre de 2006, Serie C, número 151, pp. 74. Consultable en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Consultable en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Cousido González, María Pilar. “5. Test de daños y de interés público para solicitudes de información pública en las Universidades Públicas españolas, según la Ley 19/2013”, págs. 303-438, en Cousido González, María Pilar (coord.) *Libro blanco sobre gestión de oficinas de transparencia: procedimientos y casos de estudio para universidades públicas*. Instituto Nacional de Administración Pública y Tirant lo Blanch, España, 2016, pp. 513.

Díez Gargari, Rodrigo. “Principio de proporcionalidad, colisión de principios y el nuevo discurso de la Suprema Corte”, págs. 65-106, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 26, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2012, pp. 492.

Documentos relacionados con los 10 puntos que el IFAI entregó al Senado de la República. Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 16 de febrero de 2015, pp.73. Consultable en https://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios_legislativos2/docs/transparencia/IFAI2.PDF.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Diario Oficial de la Federación del 9 de mayo de 2016

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, Diario Oficial de la Federación del 11 de junio de 2002

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Diario Oficial de la Federación del 4 de mayo de 2015

Lineamientos Generales para la Clasificación y Desclasificación de la Información de las Dependencias y Entidades de la Administración Pública Federal, Diario Oficial de la Federación del 18 de agosto de 2003

Lineamientos en Materia de Clasificación y Desclasificación de la Información, así como para la Elaboración de Versiones Públicas, Diario Oficial de la Federación del 15 de abril de 2016

López-Ayllón, Sergio y Alejandro Posadas. “Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada”, págs. 21-65, en *Derecho Comparado de la Información*. Número 9, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México y Fundación Konrad Adenauer, México, enero-junio de 2007, pp. 235.

Nava Tovar, Alejandro. *La institucionalización de la razón. La filosofía del Derecho de Robert Alexy*. Edit. Anthropos, México, 2015, pp. 368.

Open Society Justice Initiative. *Transparency & Silence. A survey of Access to Information Laws and practices in 14 countries. Justices in action series*. Justice in action series, New York, 2006, pp.190.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Estudio especial sobre el derecho de acceso a la información*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Washington, D. C., 2007, pp. 53. Consultable en <http://www.cidh.oas.org/relatoria/section/estudio%20especial%20sobre%20el%20derecho%20de%20acceso%20a%20la%20informacion.pdf>

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Principios de Lima*. Consultables en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=158&lID=2>

Sánchez Gil, Rubén. *El principio de proporcionalidad*. Colección Estado de Derecho y Función Judicial, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, pp. 124.

Sánchez Gil, Rubén. “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, págs. 471-489, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 21, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, julio-diciembre de 2009, pp. 605.

Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXVIII/2016, noviembre de 2016, pág. 911.

Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXX/2016, noviembre de 2016, pág. 914.

Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXV/2016, noviembre de 2016, pág. 902.

Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Materia Constitucional, Libro 36, Tomo II, tesis aislada, Tesis 1ª. CCLXXII/2016, noviembre de 2016, pág. 894.

EL CONFLICTO COMO EJE DE LA MEDIACIÓN Y UNA LECCIÓN QUE DEBEMOS APRENDER DE LA PANDEMIA

ABEL CHÁVEZ SALINAS*

En recuerdo de Mercedes Salinas Tovar.

RESUMEN: En el artículo se describe el conflicto como eje de los medios de solución de controversias; se analiza la relación entre el conflicto y la mediación, aclarando los conceptos de esta última. Se analiza el alcance del supuesto “prevenir una controversia futura” en la mediación y la pretendida asimilación de los convenios de mediación con la cosa juzgada. Finalmente se hace un análisis de las lecciones que nos deja la Pandemia ocasionada por el virus COVID-19 sobre la interrelación que existe entre los medios de solución de conflictos.

ABSTRACT: The article describes dispute as the central point of resolution methods; the relationship between dispute and mediation is analyzed, clarifying concepts. The scope of using mediation to “prevent future disputes”, and the validity to assimilate mediation agreements with “res judicata” are also analyzed. Finally, we share a lesson that we should learn from the Pandemic caused by the COVID-19 virus regarding the interrelationship that exists between all dispute resolution methods.

PALABRAS CLAVE: Mediación, MASC, Mediación y cosa juzgada, Pandemia y mediación.

KEYWORDS: Mediation, ADR, Mediation and res judicata, Pandemic and mediation.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. 2. EL CONFLICTO. 3. DISTINCIÓN DE CONCEPTOS. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN, EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN Y EL ACUERDO DE MEDIACIÓN. 3.1. El contrato de mediación. 3.2. Procedimiento de mediación. 3.3. El acuerdo de mediación. 4. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN. 4.1. Antecedentes en Roma. 4.2. Código Napoleón. 4.3. El Código civil italiano. 4.4. El Código civil alemán. 4.5. El Código civil español. 4.6. Derecho mexicano. 4.7. Elementos del contrato de transacción. 4.7.1. Contrato o convenio. 4.7.2. Elementos. 5. LA POSIBILIDAD DE PREVENIR UNA CONTROVERSIA FUTURA. 6. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y LA EXCEPCIÓN QUE GENERA. 6.1. El análisis legal. 6.2. Criterios judiciales. 7. LA PANDEMIA OCASIONADA POR EL VIRUS COVID-19, NOS ENSEÑA QUE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SE ENCUENTRAN INTERRELACIONADOS. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA. 9.1. Fuentes bibliográficas. 9.2. Fuentes legislativas.

* Abogado por la Escuela Libre de Derecho, Profesor del Taller de Casos Prácticos de la Universidad Iberoamericana. Socio fundador de Chávez Salinas Abogados, S.C. Especialista en litigio, arbitraje y mediación. achs@chavezsalinas.com.mx

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La finalidad del presente trabajo es destacar que el elemento esencial de todo método de solución de controversias es el *conflicto* y que las maneras de solucionarlo, al partir su esencia, tienen igual rango de importancia. Como se verá más adelante, los métodos heterocompositivos, como el proceso y el arbitraje, así como los autocompositivos, como la mediación, en la que nos centraremos, se encuentran en una misma jerarquía.

También intentaremos aclarar los conceptos de los acuerdos de voluntades que se pueden presentar durante la mediación y que consisten en el *contrato de mediación*, el *procedimiento de mediación* y el *acuerdo de mediación*, que en su caso, puede resultar del mismo.

De la posición que se adopte sobre las premisas anteriores, serán las decisiones que se tomen ante los diferentes casos concretos que se presenten.

Como una primera repercusión sobre el conflicto como eje de la mediación, trataremos las distintas interpretaciones sobre los alcances del objeto de la mediación, pues hay quienes han considerado que pueden celebrarse “acuerdos de mediación” en los que no existe conflicto, bajo el pretendido argumento de que los “previenen”. Aseguran encontrar fundamento para ello, en el artículo 4º de la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal (en adelante LJA), que dispone que “*la mediación procederá de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para solucionar o prevenir una controversia común*”.

Es necesario analizar este aspecto para evitar que, mediante interpretaciones incorrectas, la mediación sea desnaturalizada en perjuicio de su desarrollo como un método eficaz de solución de conflictos.

La segunda consecuencia que abordaremos, ahora sobre el plano de igualdad de los métodos de solución de controversias, será la excepción que deriva del acuerdo de mediación, pues algunas legislaciones¹, e incluso iniciativas de “Ley General de Mecanismos de Solución de Controversias”² la identifican con la de *cosa juzgada*. Pareciera que tuvieron que acudir a una institución procesal, para dotar de efectividad al acuerdo de mediación, en vez de considerar que sus efectos derivan de la autonomía de la voluntad, como base de su obligatoriedad y como el desenvolvimiento natural del principio de voluntariedad en la mediación, puesto que si las partes acordaron solucionar el conflicto mediante este método, la consecuencia lógica es que sea su misma voluntad la que dota de eficacia el acuerdo y obliga a su cumplimiento.

1 La LJA menciona como un supuesto efecto del acuerdo de mediación el de la “cosa juzgada”.

2 La iniciativa Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, presentada el 20 de julio de 2020.

Finalmente, destacamos una lección muy valiosa que nos deja la Pandemia originada por el virus COVID-19, que el conflicto es el eje de un círculo conformado por los medios de solución de conflictos y que la afectación que sufre el *proceso judicial*, repercute en todos los otros medios de solución de conflictos, precisamente por su interrelación.

Pasemos al primer aspecto, el conflicto, que es el eje de este trabajo.

2. EL CONFLICTO

CARNELUTTI, recuerda que las palabras concordia y discordia, junto con la de acuerdo, que tanta importancia tienen para el derecho, provienen de *corde* (corazón): “los corazones de los hombres se unen o se separan; la concordia o la discordia son el germen de la paz o de la guerra.”³

Y el mismo autor resalta el concepto de “civilidad”. Civis, probablemente deriva de *cum ire*, ir o andar conjuntamente. “La civilidad no es, pues, otra cosa que un andar de acuerdo; pero si los hombres tienen necesidad del proceso, quiere ello decir que falta el acuerdo entre ellos.” El bacilo de la discordia es el conflicto de intereses.⁴ El proceso civil, interviene para evitar la guerra y la situación frente a la que interviene, toma el nombre de litis o litigio, la litis es pues, un desacuerdo y el elemento esencial del desacuerdo es un conflicto de intereses.⁵

El litigio, como fue entendido por CARNELUTTI, significa “el conflicto de intereses cualificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro”⁶, mientras que para ALCALÁ ZAMORA, por litigio debe entenderse “el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante de un proceso, de una autocomposición o de una autodefensa.”⁷

Quisimos hacer referencia a esta exposición de CARNELUTTI, que atiende al origen mismo de los términos, para tener en cuenta que la esencia de la *litis*, la constituye un *conflicto* de intereses y esta base, la del conflicto, lo es también de las otras maneras de solucionarlo, por lo que no consideramos que los términos, *litigio* y *conflicto*, sean incompatibles entre sí.⁸

3 CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Editorial Colofón, Tercera reimpresión, México: 2016, p. 12.

4 Ibidem, p. 23.

5 Ibidem, p. 24.

6 Citado por ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *Proceso, autocomposición y defensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera reimpresión: 2000. p. 17.

7 ALCALÁ ZAMORA, op. cit. p. 18.

8 Considera ALCALÁ ZAMORA que “Es evidente, so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que el proceso no surge del proceso, sino de una situación extra y meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver. Esta situación de conflicto, originadora del proceso, puede ser denominada litigio, entendida la palabra en la misma dirección que CARNELUTTI, pero en términos más amplios –o sea como conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución, asimismo jurídica”, mediante...”

En cambio, para MARQUES CEBOLA⁹, el término conflicto es más amplio que el de litigio. Considera que el término litigio está asociado al ámbito jurisdiccional, mientras que el de conflicto, es más amplio, siendo “una controversia entre dos o más personas relativa a determinada cuestión, que podrá ser resuelta por los contendientes y por otras vías diferentes al proceso judicial, como, por ejemplo, a través de la medición.”

Por nuestra parte, la intención de resaltar la identidad en la esencia de los términos *litigio* y *conflicto* consiste en justificar desde ahora, la igualdad en su importancia en la que se encuentran los distintos métodos de solución de controversias, ya sean estos autocompositivos o heterocompositivos y las relaciones entre éstos, porque comparten el mismo objeto, la solución de conflictos.

Entendido el concepto de conflicto o litigio, éste puede ser resuelto por *las partes* o mediante la decisión imperativa de un *tercero*.

La solución por los *litigantes* o las *partes*, es denominada como *parcial* por ALCALÁ ZAMORA, (en oposición a la *imparcial*) puede resultar del sacrificio de su propio interés, caso en el que nos encontraremos en presencia de la autocomposición.

En cambio, si se impone el sacrificio del interés ajeno, estamos en presencia de la *autodefensa*. La diferencia esencial entre una y otra, “radica en la dirección del impulso subjetivo que las determina, lo que nos permitiría caracterizar de *altruista* y de *egoísta*, respectivamente a los dos subtipos en que se divide la solución parcial de litigios.”¹⁰

Por lo que hace a la solución imparcial del conflicto, para el autor en cita, se reduce prácticamente a la que se obtiene mediante el *proceso*, dentro del que cabe el arbitraje.

Por ello, *proceso*, *autocomposición* y *autodefensa*, “se nos presentan, pues, como las tres posibles desembocaduras del litigio; pero ello no quiere decir que se encuentren en el mismo plano, ni que presenten las mismas ventajas, ni que necesariamente se repelan.”¹¹

En este trabajo nos circunscribiremos a la autocomposición, término que se debe a CARNELUTTI¹², quien también denominó equivalentes jurisdiccionales a tres especies de ésta, renuncia, allanamiento y transacción.

ALCALÁ ZAMORA, divide las maneras de poner fin al proceso de conocimiento en cuatro tipos, a saber: por actos de las partes, por inactividad de las mismas, por actos

el *proceso*, la *autocomposición* y la *autodefensa* “...que permitan sin dificultad su extensión a los distintos órdenes del enjuiciamiento (civil, penal, administrativo, etcétera), en todos los cuales hay que arrancar de un estadio que no sea aún procesal.” ALCALÁ ZAMORA, op. cit. p. 12.

9 MARQUES CEBOLA, Cátia, *La Mediación*, Marcial Pons, Madrid: 2013, p. 94.

10 ALCALÁ ZAMORA, op. cit. p. 13.

11 Ídem.

12 Ibidem, p. 72.

del juzgador y por hechos que impidan la continuación del proceso. Este autor considera:

“...ascendemos la autocomposición al primer plano, junto a la autodefensa y al proceso, no sólo porque un mismo concepto o institución puede ser considerado bajo diferentes ángulos o aspectos, sino porque ahora la vamos a estudiar más que como modo de concluir el proceso, como medio para la solución de los litigios. La diferencia, que no se reduce a un juego de palabras, se prescribe bien clara si se piensa, por un lado, que puede haber autocomposición al margen del proceso y, por otro, que el proceso puede cesar sin que se haya pronunciado sobre el litigio. El precedente contraste entre modos de concluir el proceso y medios de resolver el litigio, no es obstáculo para que existan figuras comunes a ambos sectores, como la sentencia, que cierra el proceso (de conocimiento) y define el litigio, o como la misma autocomposición, cuando es posterior a la promoción del proceso, ya que entonces clausura éste y decide la cuestión litigiosa.”¹³

Como ejemplo de autocomposición al margen del proceso se encuentra la transacción y como supuesto donde puede cesar, sin que se haya pronunciado sobre el litigio, tenemos el desistimiento de la demanda.

La anterior exposición coloca en plano de igualdad en cuanto a su importancia, al proceso y a las conductas autocompositivas, en una estructura centrada en la solución de conflictos. Estas ideas cobran especial relevancia, más de setenta años después de la primera publicación del libro *Proceso, Autocomposición y Autodefensa*, pues al pretender impulsar la mediación como un medio para la solución de disputas, éste debe colocarse *a la par del proceso*. Este punto de partida sirve también para construir una línea que permita regular las relaciones que entre las distintas maneras de solucionar los conflictos se presentan, incluyendo la igualdad que existe también entre los métodos heterocompositivos entre sí, como el arbitraje y el proceso.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁴, consideró que, después de la enmienda constitucional publicada el 18 de junio de 2008, en el Diario Oficial de la Federación, al cuarto párrafo del artículo 17, no puede seguir negando anclaje constitucional a las libertades que fundamentan el arbitraje, pues ahora existe una provisión que contiene un mandato al legislador para establecer mecanismos alternativos de solución de controversias.

Si bien este criterio está dirigido principalmente al arbitraje, también se determinó que el ejercicio de las libertades de las personas de acudir a mecanismos alternativos de

¹³ Ibidem, p. 72 y 73.

¹⁴ ARBITRAJE. IMPLICACIONES NORMATIVAS DERIVADAS DE SU CONSTITUCIONALIZACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA DE JUNIO DE 2008. Décima Época, Registro: 2014010, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 40, Marzo de 2017, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. XXXVI/2017 (10a.), Página: 438.

resolución de conflictos, no supone la renuncia o supresión de la función jurisdiccional del Estado; supone simplemente el ejercicio de la libertad para lograr la solución de una controversia, como sucede con cualquier mecanismo de solución de conflictos de manera previa a sede judicial (por ejemplo, una amigable composición o transacción).

A nuestro modo de ver, la igual jerarquía en que se encuentran los diferentes medios de solución de controversias, se centra, como se señaló anteriormente, en que por su naturaleza, es decir, con independencia de cualquier reconocimiento constitucional, constituyen el ejercicio de la autonomía de la voluntad, que siempre ha significado, como lo reconoce la propia Corte, el ejercicio de la libertad para solucionar un conflicto.

Concluimos por lo tanto que las tres maneras de resolver conflictos son, el *proceso*, la *autocomposición* y la *autodefensa*, encontrándose en un plano de igualdad y todos ellos tienen como elemento esencial, precisamente, el conflicto. Nos centraremos a continuación en la figura autocompositiva de la mediación, donde es necesario aclarar los conceptos que se señalan en el próximo apartado.

3. DISTINCIÓN DE CONCEPTOS. EL CONTRATO DE MEDIACIÓN, EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN Y EL ACUERDO DE MEDIACIÓN

Distinguiremos en este apartado los conceptos de *contrato de mediación*, *procedimiento de mediación* y el contrato que puede resultar del referido procedimiento, es decir, el *acuerdo de mediación*.

Lo anterior no porque consideremos las definiciones como útiles en sí mismas, debiendo tener cuidado de ellas¹⁵, sino con la finalidad de distinguir los distintos momentos en que se presentan los acuerdos de voluntades relacionados con la mediación, en los que siempre está presente la idea del conflicto.

3.1. El contrato de mediación

Se refiere a “la declaración de voluntad emitida por ambas partes en conflicto en orden a manifestar su consentimiento a la resolución de la controversia por este método”¹⁶. “Fundamental para que se dé inicio a este método es el acuerdo de las partes, teniendo en cuenta que uno de los principios básicos de la mediación es la voluntariedad que vincula y protege a los mediados.”¹⁷

Al igual que “en el arbitraje se distingue el compromiso arbitral, para conflictos ya existentes, de la cláusula compromisoria, para conflictos futuros y eventuales resultan-

15 Recordando que toda definición es peligrosa. *Omnis definitio in iure civile periculosa est*. D. 50. 17. 202.

16 MARQUES CEBOLA, op cit., p. 121.

17 Ibidem, p. 122.

tes de una concreta relación jurídica, no se ven razones para no permitir también en el ámbito de la mediación las dos situaciones.”¹⁸

El contrato de mediación “constituirá la manifestación de voluntad de las partes consintiendo la resolución de su conflicto a través de la mediación. Esta declaración puede ser enunciada en el acta inicial de una mediación, o en un contrato autónomo, o en una cláusula contractual incluida en otro convenio obligacional, desde que conste la voluntad libre e indudable de las partes en tal sentido.”¹⁹ Para MARQUES CEBOLA, el contrato tiene una naturaleza privada, siendo la autonomía privada, la luz que ilumina todo el camino de la resolución de un conflicto por mediación²⁰, naturaleza que no se exceptúa si este mecanismo estuviere integrado en un sistema público. En esta situación, la mediación es desarrollada en el ámbito de un servicio institucional y administrativo, que es responsable de la incorporación de mediadores disponibles para las partes cuando sean solicitados, así como de la gestión hacia el ciudadano de la disponibilidad de esta vía de la Administración de la justicia. Sin embargo, la existencia de un servicio público no elimina la necesidad de un contrato de mediación a través del cual las partes dan su consentimiento expreso a la aplicación de este mecanismo. En consecuencia, el propio resultado del método mantiene su índole contractual y privada. De este modo, la mediación tiene naturaleza privada aunque esté integrada en un servicio o sistema público.²¹

3.2. Procedimiento de mediación

Para poder diferenciar el procedimiento de mediación, del acuerdo de mediación, es necesario primero tener claro qué entendemos por mediación y cuándo consideramos que es exitosa. Para SUARES, si vemos a la mediación como una institución para solucionar conflictos, “la tarea puede resultar inmensa y al mismo tiempo frustrante”. En cambio, puede resultar más conveniente una definición que limite la tarea de la mediación y la considere como “*la institución que ayuda a las partes a encontrar otra forma de encarar y conducir sus disputas, que les permita llegar a un acuerdo*”, sin que el hecho de que éste no se obtenga altere a la institución de la mediación. El mediador es un tercero que “trabaja activamente, a veces para derribar un dique, otras para abrir “otro canal”, pero el abrirlo o no es responsabilidad de las otras dos. De no ser así, sería una imposición del mediador, y la mediación perdería su carácter esencial de “voluntaria.”²²

18 Ibidem, p. 123.

19 Ibidem, p. 123.

20 Ibidem, p. 139.

21 MARQUES CEBOLA, op cit., p. 139 y 140.

22 SUARES Marínés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Novena reimpresión, Argentina: 2016, p. 79 y 80.

Lo anterior además nos permite distinguir entre el *procedimiento de mediación* del resultado que puede tener, esto es, *el contrato derivado del mismo*, puesto que por el hecho de que derivado de la mediación no se alcance un acuerdo, no significa que la mediación haya quedado frustrada. MARQUES CEBOLA²³, concibe a la mediación como “un método que pretende alcanzar un fin a través de la intervención de un tercero y de la participación activa de las partes. Ese fin o resultado se concreta en el acuerdo final que pone el desenlace al conflicto.” Cabe señalar que ese fin “es solamente potencial, toda vez que la mediación puede terminar sin acuerdo.”²⁴ Este resultado puede designarse como “acuerdo de mediación” o “negocio jurídico mediado.”²⁵

Para BLANCO CARRASCO, la finalidad de la mediación familiar no es exclusivamente llegar a un acuerdo, sino “facilitar a los mediados un espacio neutral que permita la comunicación entre ellos. Se considera que la mediación no ha fracasado si, a pesar de no conseguir el acuerdo se ha permitido que cada miembro de la pareja (en mediación familiar) o de la comunidad (mediación comunitaria), o de la comunidad de vecinos (mediación vecinal), etc., haya podido escuchar a la otra parte y conocer sus posiciones.”²⁶

La LJA considera a la mediación como un procedimiento²⁷, por lo que es necesario establecer la diferencia entre procedimiento y proceso. “El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio”, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, como en el orden administrativo o en el legislativo) se reduce a ser una “coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo (v.gr. procedimiento incidental o impugnativo). Ambos conceptos coinciden en su carácter dinámico, reflejado en su común etimología, de *procedere*, avanzar; pero el proceso, además de un procedimiento como forma de exteriorizarse, comprende los nexos (constituyan o no relación jurídica) que entre sus sujetos, es decir, las partes y el juez, se establecen durante la substanciación del juicio.”²⁸

Así, la mediación debería ser referida como un procedimiento, esto es, como una secuencia de actos, lógicamente articulados entre sí, con vista a determinado fin. Sin em-

23 MARQUES CEBOLA, op cit, p. 110.

24 Los supuestos de terminación de la mediación se encuentran previstos en los artículos 34 y 49 de la LJA, donde se señalan como tales, además del convenio, el comportamiento irrespetuoso de una de las partes, la decisión conjunta o separada de las partes, su inasistencia y la decisión del mediador cuando considere que no hay suficiente voluntad para llegar a un acuerdo.

25 MARQUES CEBOLA, op cit., p. 110.

26 La autora considera a la mediación familiar como un sistema de *gestión* del conflicto más que de *solución* del conflicto. BLANCO CARRASCO, Marta. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Editorial Reus, Madrid: 2009, p. 154.

27 La fracción X del artículo 2º de la Ley de Justicia Alternativa define a la mediación como un “procedimiento voluntario por el cual dos o más personas involucradas en una controversia, a las cuales se les denomina mediados, buscan y construyen una solución satisfactoria a la misma, con la asistencia de un tercero imparcial denominado mediador”.

28 ALCALÁ ZAMORA, op. cit, p. 116.

bargo, para MARQUES CEBOLA, “esta concepción se confronta con la informalidad de la mediación”, es decir, es un mecanismo informal y flexible que excluye *ab initio*, cualquier definición de un procedimiento previo y determinado, por lo que considera mejor considerar a la mediación como un método, palabra que significa “camino para llegar a un fin.”²⁹

A nuestro modo de ver, es válido considerar a la mediación como un procedimiento, porque su carácter flexible, no implica que los actos necesarios para la consecución de un fin, se encuentren establecidos con un orden riguroso.

3.3. El acuerdo de mediación³⁰

La mediación posee el contenido de la autocomposición³¹, más concretamente, el convenio que puede resultar de la mediación tiene el contenido de una transacción.

Para un sector de la doctrina, el acuerdo de mediación y la transacción son diferentes. MARQUES CEBOLA considera que en la transacción hay un sacrificio recíproco de las partes que abandonan parte de su derecho, presuponiendo concesiones mutuas, en cambio considera que “en la mediación, el objetivo primero es obtener un acuerdo en que las partes sientan sus necesidades satisfechas y que responda a sus ambiciones sin que tengan que sacrificar obligatoriamente sus derechos o intereses³² y el factor distintivo fundamental con otras figuras (como el allanamiento y la renuncia), lo hace consistir en que “todos los actos referidos son formas de terminación (o de evitar, también para el caso de la transacción) del proceso y, al revés, la mediación puede ocurrir antes, después e independientemente de un proceso judicial.”³³

Por nuestra parte consideramos que si en el contrato que resulte de la mediación, existen concesiones recíprocas, se tratará de uno de transacción y si no es el caso, de cualquier manera el régimen que le es aplicable en nuestro derecho también lo es el de la transacción, en términos de lo dispuesto por el artículo 1858 del Código Civil para el Distrito Federal, que determina que los contratos que no estén expresamente reglamentados por el mismo, “se regirán por las reglas generales de los contratos; por las estipulaciones de las partes, y en lo que fueron omisas, por las disposiciones del contrato con el que tengan más analogía, de los reglamentados en este ordenamiento”. Y a su vez, el artículo 1859 ordena que “las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.”

29 MARQUES CEBOLA, op cit. p. 94.

30 GARCÍA VILLALUENGA, lo denomina *negocio jurídico mediado*, citado por BLANCO CARRASCO, Marta, op. cit. p. 157.

31 ALCALÁ ZAMORA, op cit, p. 75.

32 MARQUES CEBOLA, op cit., p. 167 y 168.

33 Ibidem, p. 169.

Además, debemos tomar en cuenta que la reciprocidad de prestaciones no es una cuestión en ocasiones tan clara de definir y menos para establecer una diferencia entre la transacción y el acuerdo mediado. Como ejemplo tenemos el señalado por la jurisprudencia francesa que, si bien “afirma como necesaria esa reciprocidad, no exige en modo alguno que los sacrificios sean de igual valor. Así, el simple deseo de evitar un pleito largo y costoso puede legitimar, a título de transacción el abandono de derechos relativamente importantes.”³⁴

Para BLANCO CARRASCO, el acuerdo de mediación, que denomina también negocio jurídico mediado, “puede ser calificado como un contrato de transacción, al cual se otorga una especial fuerza en nuestro ordenamiento jurídico.” Considera que para calificar un contrato como transacción se requiere que el objeto del contrato sea evitar un pleito a través de recíprocas concesiones de las partes y, dado que este es el objeto del negocio jurídico mediado, nada impide que podamos considerarlo como tal.”³⁵

ALCALÁ ZAMORA considera que la autocomposición, puede ser unilateral o bilateral, con la particularidad de que la mejor estudiada es la transacción, que tiene este último carácter.³⁶

La transacción puede tener lugar lo mismo antes de un proceso (para evitarlo, como sucede con la transacción extrajudicial) como después de iniciado el proceso (a fin de apartarse de la vía jurisdiccional y ponerle término por otros medios), por lo que la autocomposición tiene un desarrollo plena y conscientemente jurídico, con independencia de los móviles internos que a ella conduzcan.³⁷

De todas las figuras autocompositivas, la transacción ha sido la mejor estudiada, “ello se debe probablemente a su inclusión como contrato en los códigos civiles –los procesales en cambio, se suelen contentar con episódicas referencias a la misma–, pero como el contrato no es una institución exclusiva del derecho privado, ya que entre otros campos jurídicos se manifiesta precisamente en el procesal (v.gr. contratos de patrocinio, de compromiso, etcétera), podría discutirse la pertinencia de situarla en aquellos, dado que su finalidad en cuanto a la solución de los litigios es idéntica a la del proceso y a las formas lícitas de autodefensa... En todo caso, así como se diferencian el proceso y el litigio, o bien compromiso y el laudo, así también deben contraponerse la transacción en sí y su resultado jurídico-material, de la misma manera que el vehículo y la meta. Y esta distinción debiera bastar para que los códigos procesales prestasen al primer aspecto mayor atención de la que suelen”³⁸.

Concluimos que el *contrato de mediación* constituye la manifestación de voluntad de las partes en la que aceptan que su conflicto sea resuelto a través de la mediación,

34 PLANIOL, Marcelo, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, v. 11. p. 923.

35 BLANCO CARRASCO, op cit., p. 211 y 212.

36 ALCALÁ ZAMORA, op. cit., p 77.

37 Ibidem, p. 31.

38 ALCALÁ ZAMORA, op cit, p. 92.

mientras que el *procedimiento de mediación*, constituye una secuencia de actos, lógicamente articulados entre sí, para la solución del conflicto, mismo que puede o no, sin afectarla, concluir con un *acuerdo de mediación*, en el que si existen prestaciones recíprocas, constituye un contrato de transacción.

Por lo anterior, en el siguiente apartado estudiamos brevemente el contrato de transacción, haciendo énfasis en la existencia del conflicto como uno de sus elementos esenciales.

4. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN

4.1. Antecedentes en Roma

La *transactio* consistía en un acuerdo entre las partes en conflicto, por la que el actor renunciaba al ejercicio de la acción a cambio de una atribución patrimonial, o su promesa, por parte del demandado.

“En esencia, la transacción no era más que un pacto, si bien con especiales características que, con el paso del tiempo, terminaron por conceder sustantividad propia al acuerdo transaccional. Entre esos rasgos especiales, destaca Ulpiano (D. 2,15,1 [Ulp. 50 ad ed.] el tratar sobre una cuestión dudosa (*res dubia*) y la existencia de un litigio sin concluir (*lis incerta neque finita*). El pacto, en cambio, versaba sobre una cosa cierta e indubitable (*res certa et indubitata*), no requería que se tratara de una cuestión litigiosa y su causa era una donación o liberalidad; D. 2,15,1 (Ulp. 50 ad ed):

Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit”³⁹.

Considera CASTRO-CAMERO que la transacción nunca era lucrativa, las partes se hacían concesiones recíprocas que, si bien no debían ser estrictamente equiparables, sí tenían que mantener una cierta proporción entre ellas. De otro lado, la transacción requería que se tratase de una cuestión litigiosa, que se estuviera viendo en juicio o que hubiera ánimo de tratarla en él. Por último, el asunto objeto de acuerdo transaccional debía ser una cuestión dudosa.⁴⁰

En Roma, por tanto era necesario que existiera una cuestión litigiosa, *res dubia*, siendo la base esencial de este pacto.

En el Código de Justiniano, se definía como “una convención no gratuita por la que se decide una cosa dudosa, dando, reteniendo o prometiendo algo.”⁴¹

39 DE CASTRO-CAMERO, Rosario, *Soluciones “in iure” a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*. Universidad de Sevilla, 2006, p.19.

40 Idem.

41 GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias motivos y comentarios del Código Civil Español*, Facsímil de Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, 1878-1881. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México: 2011, p. 106.

4.2. Código Napoleón

El Código Napoleón, en su artículo 2044, define a la transacción como “un contrato por el que las partes terminan una contestación presente o previenen una futura.”⁴²

PLANIOL señala que la definición es “insuficiente ya que solamente expresa el resultado de la transacción, el cual también puede alcanzarse por actos de diversa naturaleza, como el desistimiento o el allanamiento. La ley olvida poner en relieve el medio por el cual las partes que transigen obtienen tal resultado: “gracias a concesiones recíprocas.”⁴³

4.3. El Código civil italiano

Definió a la transacción como un contrato por el cual las partes haciéndose concesiones recíprocas, ponen fin a una litis ya comenzada o previenen una litis que puede surgir entre ellas (arts. 1995 del C.C.).⁴⁴

4.4. El Código civil alemán

El *BGB*, destina a la transacción un solo artículo, determinando que “Un contrato por el cual es suprimido el litigio o la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica por vía de recíprocas concesiones (transacción) es ineficaz, si la situación tomada como base firme, según el contenido del contrato, no corresponde a la realidad y el litigio o la incertidumbre no habrían nacido con conocimiento de la situación –verdadera–.”⁴⁵

4.5. El Código civil español

Define a la transacción en su artículo 1809 como un “contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado.”⁴⁶

4.6. Derecho mexicano

El Código Civil de 1884, previó la transacción como un contrato y le dio una mayor reglamentación a la del Código Civil francés.⁴⁷

42 Idem.

43 PLANIOL, op cit., p. 921.

44 CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Leyer, Colombia: 2015, p. 68.

45 ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, Bosch, Barcelona, Apéndice, v. 6. P. 159.

46 Díez-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2, Contratos en especial, Undécima Edición, Tecnos, 5298.

47 RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *De los contratos civiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 444.

El Código Civil para el Distrito Federal vigente, define a la transacción en su artículo 2944, señalando que es un contrato “por el cual las partes haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura.”

4.7. Elementos del contrato de transacción

Analicemos los elementos del contrato de transacción.

4.7.1. Contrato o convenio

Resulta ociosa la distinción entre convenio o contrato, en términos de los artículos 1858 y 1859, como lo ha sostenido la doctrina⁴⁸, por lo que en este trabajo hablaremos indistintamente de contrato o convenio de transacción, considerando que lo fundamental es el acuerdo de voluntades.

4.7.2. Elementos

Para SÁNCHEZ MEDAL, los elementos reales o requisitos de fondo de la transacción son: 1.- Una relación jurídica incierta o “*res dubia*”; 2.- la base firme de la transacción o “*caput non controversum*” y 3.- *las concesiones recíprocas*.

La “*res dubia*”, consiste en la existencia de una relación jurídica incierta, debido a la necesidad de incertidumbre, por lo que “no cabe en la transacción la nulidad por error de derecho”, en términos del artículo 1813 del Código Civil.

Analizando el autor la naturaleza jurídica de las controversias o de las relaciones jurídicas inciertas que pueden ser materia de la transacción, debe tratarse de derechos que estén en el comercio y que sean susceptibles de enajenarse o renunciarse.

La base firme de la transacción o “*caput non controversum*”, “es la situación de hecho que las partes toman como cierta o existente para transigir un asunto, de tal suerte que cuando esa base firme o situación de hecho es errónea, la transacción es nula.”⁴⁹

48 La distinción entre convenio y contrato “no es ya reconocida en la actualidad, pues el vigente Código civil italiano la ha eliminado (Art. 1321) y nuestro mismo Código civil hace desaparecer toda importancia de ella al establecer que los principios relativos a los contratos se aplican a todos los convenios (1859), lo cual hace que en realidad resulte ya bizantina la diferencia entre convenio y contrato”. SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, Editorial Porrúa, p. 4. En el mismo sentido, en específico por lo que hace a la transacción, RICO ÁLVAREZ, Fausto y otro, op., cit. p. 444.

49 SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, Op cit., p. 516. Este autor señala como ejemplos “si la transacción se hizo sobre los derechos de un cierto testamento, y posteriormente se descubre otro testamento posterior que revocó a aquél. Sucede así también cuando se transigió con base en un título nulo, a no ser que las partes hayan tratado expresamente de soslayar esa nulidad (2954 y 2955); cuando se lleva a cabo la transacción tomando en cuenta documentos que posteriormente resultaron falsos por sentencia judicial (2956); o cuando las partes ignoraban la existencia de una sentencia firme que dirimió la cuestión

El tercer elemento lo constituyen *las concesiones recíprocas*, que por definición deben hacerse las partes en toda transacción y pueden ser muy variables, “pero podrían reducirse, en la transacción pura o particional, a una renuncia o a un reconocimiento de derechos de una parte en favor de la otra, y viceversa; y, en la transacción compleja, consisten también en la transmisión del uso temporal o de la propiedad o de otro derecho real sobre una cosa extraña a la disputa entre las partes, y que hace una de éstas en favor de la otra, además de los indicados reconocimientos o renunciaciones de derechos. Por la necesidad de esclarecer debidamente el alcance de la transacción, las renunciaciones o reconocimientos de derechos que impliquen las concesiones recíprocas, han de ser precisos y claros.”⁵⁰

Para DÍEZ-PICAZO⁵¹, el objeto de la transacción es “obviamente, la relación jurídica controvertida, que las partes componen por medio del contrato transaccional” y considera que “la necesidad de controversia deriva de la idea de “pleito”, que la supone por definición; el pleito no recae más que sobre un conflicto de pretensiones entre las partes, que cada una apoya en preceptos legales, sobre una determinada situación.” Pero como la transacción tanto puede poner fin al que había comenzado como evitarlo, “la controversia que lo dirime lo mismo puede haberse llevado ya ante los órganos judiciales o a árbitros, como no haber pasado a esta fase.”

En este sentido, PLANIOL considera que “no se requiere en modo alguno que la existencia de la diferencia se haya manifestado exteriormente en la interposición del pleito. La finalidad de la transacción puede ser evitarlo y en ese caso se llama extrajudicial.”⁵²

CASTÁN TOBEÑAS⁵³, señala que la jurisprudencia⁵⁴ del Tribunal Supremo determinó que “el contrato de transacción requiere una cuestión anterior que le dé vida, ya sea judicial o extrajudicial, porque no sólo tiene lugar para poner término a un pleito ya comenzado, sino para evitar la provocación de una cuestión judicial.”

De lo anterior concluimos que por su naturaleza, en el contrato de transacción debe existir una relación jurídica incierta, la *res dubia*, así como una base firme de la transacción o “*caput non controversum*” elementos considerados desde Roma y recogidos durante la codificación de distintos países, incluido el nuestro.

debatida entre ellas (2958). En este último supuesto, la transacción es nula porque aunque no exista una incertidumbre subjetiva (no hay incertidumbre objetiva en ese caso) y, por ello, se está ante una “*res dubia*”, sin embargo, resulta errónea la base firme de la transacción o “*caput non controversum*”, en atención a que las partes tratan de definir una controversia que ha sido ya resuelta de manera irrevocable por sentencia firme.”

50 Idem, p. 517.

51 DÍEZ-PICAZO, op cit., posición 5298.

52 PLANIOL op cit. p. 922.

53 CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid: 1992. p. 820.

54 Sentencia del 17 de octubre de 1924.

5. LA POSIBILIDAD DE PREVENIR UNA CONTROVERSIA FUTURA

Como una primera repercusión y a manera de ejemplo, trataremos las distintas interpretaciones sobre los alcances del objeto de la mediación, previsto en el artículo 4º de la LJA, en particular, el aspecto referido a la posibilidad de utilizar la mediación para “prevenir una controversia común”.

El referido artículo 4º de la LJA, conforme a su texto original, publicado el 8 de enero de 2008, señalaba que *“La mediación siempre procederá de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para resolver una controversia común”*. En la redacción original no se preveía que derivado de la mediación, pudiera resolverse una controversia futura.

El artículo fue objeto de dos reformas publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, los días 8 de febrero de 2011 y 18 de diciembre de 2014, sin que fuera modificada la parte que nos interesa en este estudio; pero el 20 de agosto de 2015 se reformó el artículo 4º, para “añadir” la posibilidad de utilizar la mediación para prevenir una controversia común, en los siguientes términos: *“la mediación procederá de la voluntad mutua de los particulares de someterse a ella para solucionar o prevenir una controversia común”*.

Algunos intérpretes han considerado que, como resultado precisamente de esta reforma, ya no es necesario que durante el procedimiento de mediación, ni en el contrato que en su caso resulte de la misma, exista un conflicto, alegando que este elemento puede suprimirse en virtud de que, mediante la mediación puede “prevenirse” un conflicto hacia el futuro. Eliminan, quienes opinan así, la necesidad de una relación jurídica incierta, ampliando de tal manera el ámbito de aplicación, que llegan al extremo de admitir, por ejemplo, la validez de supuestos “convenios de mediación” sobre la desocupación de localidades arrendadas, sin celebrar siquiera, contratos de arrendamiento.

Como hemos visto en los apartados precedentes, el conflicto es un elemento esencial del procedimiento de mediación y del contrato que puede resultar del mismo, por lo que no es posible suprimirlo.

Resulta evidente que, si se pretende celebrar un contrato de mediación, en el que se suprima el conflicto, señalando que se celebra para la desocupación de una localidad arrendada, sin la existencia de un previo contrato de arrendamiento, se trata de un burdo intento de beneficiarse de la vía de ejecución del contrato de mediación, por lo que estas prácticas deben ser desterradas.

El “prevenir una controversia futura” no significa la posibilidad de eliminar el conflicto de manera alguna. En términos del artículo 2944, prevenir una controversia, significa una *judicial*, es decir, la transacción puede tener por objeto, tanto resolver una controversia en la que ya existe un proceso judicial, caso en el cual lo extinguiría, como prevenir una contienda de esta naturaleza, siendo denominada transacción extrajudicial.

Por ello, la supuesta “adición” al artículo 4 de la LJA, no puede obedecer a la posibilidad de eliminar la existencia del conflicto, elemento esencial del procedimiento de mediación y del contrato de transacción. Lo más probable es que la reforma simplemente subsanó la omisión, con independencia que los términos del artículo antes de la reforma, no debía representar obstáculo alguno para la celebración de transacciones extrajudiciales, que tienen su fundamento, en el Código Civil.

Cabe señalar que en la versión estenográfica de la sesión extraordinaria celebrada el 19 de febrero de 2015⁵⁵ y en la Gaceta Parlamentaria⁵⁶ de esa misma fecha, en la que se reformó el artículo en comento, no se señala cuestión alguna sobre la razón de la adición de “prevenir una controversia”, sin que la búsqueda de esta fuente implique una intención de encontrar la “voluntad del legislador”, sino confirmar que ni siquiera fue objeto de debate.

6. EL CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y LA EXCEPCIÓN QUE GENERA

En este apartado queremos hacer referencia a la aparente necesidad de referir la fuerza vinculatoria del acuerdo mediado, a la cosa juzgada. A nuestro modo de ver, esto es una consecuencia más de dejar de valorar a los medios alternativos de solución de controversias a la par del judicial.

6.1. El análisis legal

En términos del artículo 2953 del Código Civil para el Distrito Federal, la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquella en los casos autorizados por la ley.

Por su parte, el artículo 38 de la LJA, ordena que el convenio celebrado entre los mediados ante la fe pública del Director General, Director o Subdirector de Mediación actuante, con las formalidades que señala dicha Ley, será válido y exigible en sus términos y “dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada” y que “surtirán el mismo efecto los convenios emanados de procedimientos conducidos por Secretarios Actuarios y mediadores privados certificados por el Tribunal que sean celebrados con las formalidades que señala esta Ley, y sean debidamente registrados ante el Centro en los términos previstos por esta Ley, el Reglamento y las Reglas, según corresponda. Mientras que el artículo 51 del referido ordenamiento, dispone que los convenios que sean celebrados ante mediador privado certificado “...traerán aparejada ejecución para su exigibilidad

55 ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, VI LEGISLATURA, ESTENOGRAFÍA PARLAMENTARIA. Primer periodo de sesiones extraordinarias, tercer año de ejercicio. Versión estenográfica de la sesión extraordinaria celebrada el día 19 de febrero de 2015.

56 GACETA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, Año 03/Primer Extra, 19-02-2015 VI Legislatura/No. 208.

en vía de apremio ante los juzgados, y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada en los términos previstos por el artículo 38 de esta Ley”.

El 20 de julio de 2020, fue presentada en el Senado una iniciativa de Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, en cuyos artículos 25, 48, 50 y 51 también otorgan el carácter de cosa juzgada a ciertos convenios en los casos especificados.

A continuación, demostraremos que la pretendida referencia a la cosa juzgada es infundada.

Para CHIOVENDA, la cosa juzgada es el bien juzgado, el bien reconocido o desconocido por el juez. El bien juzgado se convierte en inatacable, la parte a la que el bien de la vida fue negado no puede reclamarlo más; la parte a la que fue reconocido, no sólo tiene derecho a conseguirlo prácticamente frente a la otra, sino que no puede sufrir de ésta ulteriores ataques a este derecho y a este goce.⁵⁷

La asimilación de los efectos del contrato de transacción a la cosa juzgada, ha sido criticada por RICO ÁLVAREZ, al considerar que la transacción no puede tener la autoridad de cosa juzgada debido a que aún puede demandarse su nulidad o rescisión, considerando que esta norma debería derogarse.⁵⁸

LOZANO NORIEGA por su parte considera que el contrato de transacción produce en beneficio de los contratantes, una excepción perentoria que se conoce como excepción de transacción. Si los contratantes han transigido respecto de una controversia presente o previenen una futura y posteriormente alguno de los contratantes pretende reanudar esa controversia, el otro se excepcionará con la excepción de transacción. La excepción de transacción se ha asimilado a la de cosa juzgada porque, como en ella, no procede más que entre las mismas partes o entre sucesores a título universal; deben referirse a la misma cosa o invocarse las mismas causas.⁵⁹

El autor señala que, en realidad, “entre la transacción y la sentencia basada en autoridad de cosa juzgada no hay posibilidad de confusión porque son actos jurídicos diferentes. Tampoco había por qué dar más fuerza al contrato: este tiene la fuerza obligatoria que tienen todos los contratos y esto es suficiente. No hay razón, pues, para esta asimilación.”⁶⁰

Explica SÁNCHEZ MEDAL⁶¹, que la transacción genera a cargo de las partes la obligación fundamental de reconocer el derecho o de atenerse a la renuncia que se ha

57 CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México: 2008, p. 382 y 383.

58 RICO ÁLVAREZ, op. cit. p. 449.

59 LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos*, Sexta Edición, Tercera Reimpresión. P. 441.

60 Ibidem. p. 442.

61 SÁNCHEZ MEDAL, op. cit. p. 518.

hecho por virtud de la misma transacción. Esta obligación genera dos consecuencias jurídicas concretas:

La primera.- Tener como indiscutible e incontrovertible el derecho que se ha reconocido o la renuncia que se ha hecho (2953), y cumplir en su caso la prestación derivada del reconocimiento o de la renuncia en cuestión.

La segunda.- Conceder a las partes recíprocamente la excepción de transacción, “*exceptio litis per transactionem finitae*”, equivalente a la cosa juzgada (2953), si vuelve a plantearse por cualquiera de las partes la misma controversia (Art. 422 del Cód. Proc. Civiles).

6.2. Criterios judiciales

Los criterios judiciales de los tribunales mexicanos han reconocido por una parte, como elementos esenciales del contrato de transacción, el conflicto y por otra, que la excepción que procede del mismo es la de transacción y que si bien tiene elementos coincidentes con la de cosa juzgada, no se identifica a ésta, fundamentalmente porque, como vimos anteriormente, este contrato, como cualquier otro, puede ser objeto de una acción de nulidad.

La siguiente jurisprudencia⁶² determinó que en el contrato de transacción se “supone la existencia o incertidumbre de un derecho dudoso, de un derecho discutido o susceptible de serlo, y que origine obligaciones de dar, hacer o no hacer que correlativamente se imponen los contratantes, pues precisamente su objeto es el de realizar un fin de comprobación jurídica, esto es, de establecer la certeza en el alcance, naturaleza, cuantía, validez y exigibilidad de derechos, cuando se celebra, las personas que en dicho contrato intervienen están obligadas a lo expresamente pactado.”

Del referido criterio jurisprudencial, se aprecia que está sobre todo dirigido a determinar que procede la vía de apremio del contrato de transacción, interpretando el artículo 533 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.⁶³

En la ejecutoria se señala:

“La transacción requiere para su existencia, la incertidumbre en cuanto a los derechos disputados o que pueden disputarse, y que la misma desprenda consentimiento, que es el alma o esencia de los contratos, pues precisamente el objeto de

62 TRANSACCIÓN, CONTRATO DE. TIENE CALIDAD DE COSA JUZGADA Y ES PROCEDENTE SU EJECUCIÓN EN LA VÍA DE APREMIO. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Registro: 190243, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Tomo XIII, Febrero de 2001, Materia(s): Civil, Tesis: 1a./J. 41/2000, Página: 55.

63 Artículo 533.-Todo lo que en este capítulo se dispone respecto de la sentencia, comprende, el pacto comisorio expreso, transacciones, convenios y laudos que ponen fin a los juicios arbitrales, convenios judiciales y aquellos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 500.

la transacción es el de realizar un fin de comprobación jurídica, o sea, establecer la certeza en el alcance, naturaleza, cuantía, validez y exigibilidad de derechos, más o menos dudosos o disputados, bien sea desde el punto de vista estrictamente jurídico o porque así se estimen en el ánimo de los contratantes.

Así, la transacción no puede recaer sobre derechos u obligaciones perfectamente ciertos, válidos y exigibles, y tampoco puede tener lugar cuando a una de las partes se impone voluntariamente una carga que la ley estatuye, no con el ánimo de transigir respecto de derechos u obligaciones inciertos o disputables, sino con el propósito de hacer una liberalidad.

Esta característica del contrato en estudio, se desprende de su naturaleza misma, ya que la transacción supone necesariamente la existencia de un derecho dudoso, de un derecho discutido o susceptible de serlo, a la vez que exige que las partes se hagan concesiones o sacrificios recíprocos, elementos que la doctrina ha considerado como esenciales para esta clase de contratos, o sea la de *res dubia* y las concesiones recíprocas, aun cuando el segundo elemento no se contenga expresamente en la definición que da la ley”.

En otra parte, la ejecutoria señala las similitudes entre la excepción de transacción y la de cosa juzgada, considerando que no hay una identidad plena entre ambas, pues si bien tanto la sentencia como el contrato de transacción pueden ejecutarse en la vía de apremio, el contrato puede ser anulado. Por lo anterior, a pesar de que en el rubro del criterio jurisprudencial en cita, parece existir una asimilación plena, de la ejecutoria se aprecia que se realiza la distinción apuntada:

“La transacción se identifica, en algunos puntos, con la sentencia ejecutoriada, y algunas veces las leyes conceden a la transacción la misma eficacia y autoridad que a la sentencia firme; pero de esto no se deduce que haya una identidad completa entre la transacción y la cosa juzgada. Una y otra tienen de común que no pueden ser reformadas, siempre que reúnan los requisitos legales necesarios para su validez, de suerte que ya no se puede promover juicio sobre las cuestiones que fueron dirimidas, ya que por una transacción, o bien por una sentencia, y si el litigio llegara a establecerse, el demandado podría oponer, tratándose de sentencias, la excepción de cosa juzgada, y tratándose de transacción, otra excepción muy semejante, que los autores llaman “excepción de transacción”.

Consiguientemente, la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad de la cosa juzgada, y cuando se celebra, las personas que en dicho contrato intervienen, están obligadas a lo expresamente pactado y a todas las consecuencias que según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso o a la ley, y su validez y cumplimiento no pueden dejarse al arbitrio de las partes; pero cuando dicho contrato es oneroso, la duda sobre circunstancias accidentales del mismo, debe resolverse en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Así, la sentencia firme y la transacción son equiparables, porque ambas pueden ejecutarse en la vía de apremio, pero en tanto que la sentencia ejecutoriada sólo puede ser impugnada en cuanto se refiere a su validez, únicamente en los casos que permite la ley, la transacción, aunque esté aprobada judicialmente, puede ser rescindida y anulada, de la misma manera que en un contrato; así las reglas generales que rigen en materia contractual, son aplicables a las transacciones, en

todo aquello que no está expresamente prevenido respecto de las mismas, y la ley especifica varios casos en que las transacciones son rescindibles o nulas.

Por consiguiente, si de la lectura de las cláusulas de un convenio, aparece que las partes se hubieran hecho recíprocas concesiones, es de estimarse que como la reciprocidad de las concesiones debe derivar del texto mismo del contrato de transacción, pues por ser un elemento de definición no puede buscarse a base de presunciones o hipótesis, dicho convenio sí tiene el carácter de una transacción, por lo que es claro que puede exigirse su cumplimiento en la vía de apremio, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 533 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal”.

Por otra parte, existen resoluciones que han estimado que la autoridad y eficacia de cosa juzgada entre las partes, que se otorga a los convenios celebrados por los mediados en los procedimientos de mediación previstos en la LJA, en relación con el contrato de transacción, regulado en el Código Civil para el Distrito Federal, no impide que en la fase correspondiente del proceso jurisdiccional en ejecución de tal acuerdo de voluntades, el Juez pueda y deba revisarlo ex officio, en específico, “si los intereses ordinarios o moratorios, pactados en la relación jurídica original o en la transacción, contraviene el artículo 21, apartado 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para definir si son usurarios, y que la parte ejecutada pueda plantear la cuestión como defensa.”⁶⁴

En el mismo sentido que el criterio anterior, en uno diverso se consideró que la oposición al contenido de un convenio celebrado en el procedimiento de mediación ante el Centro de Justicia Alternativa, puede realizarse en un proceso jurisdiccional, mediante el ejercicio de la acción de nulidad o inexistencia de convenio, o al oponer una

64 CONVENIOS ANTE EL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. NO PRODUCEN COSA JUZGADA, SI CONTIENEN INTERESES USURARIOS. (Legislación aplicable en la Ciudad de México)., Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro: 2013508, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: I.4o.C.45 C (10a.) Página: 2509. En el criterio se determinó que la enunciación legal de que estos convenios tienen la eficacia de la cosa juzgada, no los identifica con las sentencias definitivas emitidas por tribunales judiciales en procesos jurisdiccionales, ya que los convenios están acotados por limitaciones, dentro de las cuales, se encuentran que sólo pueden versar sobre los derechos privados disponibles de las partes, pero no sobre intereses o derechos de orden público, por ser éstos de carácter irrenunciable; de modo que esas convenciones, como actos de particulares, son susceptibles de inexistencia jurídica, medularmente por falta de objeto lícito, y por otros motivos; también pueden ser nulos por las causas generales establecidas en la ley para los contratos, así como por las específicas para la transacción, y no gozan de inmutabilidad, en cuanto pueden ser modificados o sustituidos por las partes por un nuevo acuerdo de voluntades, ante cualquier situación. De esto se sigue que las personas afectadas por alguna de dichas inconsistencias, estén en aptitud de oponerse jurídicamente a su contenido y exigibilidad, por los medios y en los casos en que resulte necesario, sin contravenir los limitados efectos similares a la eficacia de cosa juzgada de que están dotados. Esto es aplicable, si los convenios se traducen en afectación de derechos humanos de alguno de los suscriptores, porque son de orden público, indisponibles, irrenunciables, etcétera, por lo cual no pueden ser objeto de transacción, como por ejemplo, si las partes pactaron una tasa de interés que resulte contraventora del artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser usurarios.

excepción en la ejecución de la obligación irregular. Se determinó que el catálogo de excepciones previstas en el artículo 531 del Código de Procedimientos Civiles, se ve incrementado con las resultantes de la naturaleza jurídica de tales actos y de la regulación legal respectiva, como la nulidad y la inexistencia. Y que “como el pacto de intereses usurarios contraviene disposiciones de orden público, específicamente el derecho humano a la propiedad, el Juez debe revisar y resolver lo concerniente *ex officio*, al margen de que lo haga valer o no el ejecutado.”⁶⁵

De lo hasta aquí expuesto consideramos que una perspectiva integral del principio de voluntariedad, es aquella que tome en consideración que el acuerdo con el que puede concluir el procedimiento de mediación, a que lleguen los mediados, tiene su fuerza vinculatoria, precisamente por la *autonomía de la voluntad* y no de una figura relativa al *proceso*. La voluntad de las partes inicia con la decisión de acudir a la mediación, sigue estando presente durante el curso del procedimiento y evidentemente también cuando se celebra un acuerdo. La referencia a la cosa juzgada, no puede ni *tiene* que ser utilizada para dotar de contenido vinculante al acuerdo, pues ésta se encuentra en la *libertad de las partes para solucionar su conflicto*. Estas ideas también son congruentes con el alto grado de cumplimiento de los acuerdos producto de la mediación.

Finalmente, haremos referencia a dos criterios donde se determinó, en el primero, que si un contrato de arrendamiento, se suscribe bajo la forma de una transacción, las reglas particulares –vía de apremio– de este último, no pueden ser aplicables, por lo que la procedencia de la acción debe ser analizada por el Juez de instancia; máxime si el demandado señala que no existió un documento base –previo–, que sirviera de sustento legal para el convenio transaccional. Por tanto, no puede surgir a la vida jurídica un convenio transaccional cuando una parte impone a la otra cargas, sin ánimo de transigir, utilizando la transacción para disimular un acto jurídico diverso y pretender aprovecharse de la vía preferente de apremio.⁶⁶

Y en el segundo⁶⁷ se determinó que el hecho de que las partes se refieran a un acto jurídico con el título de “transacción”, formalizado en escritura pública y se cubrieron los aranceles e impuesto correspondientes, no conlleva a que realmente se trate de esa

65 CONVENIOS ANTE EL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. LOS INTERESES USURARIOS DEBEN AJUSTARSE EN SU EJECUCIÓN. (Legislación aplicable en la Ciudad de México). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Registro: 2013507, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Libro 38, Enero de 2017, Tomo IV, Materia(s): Constitucional, Civil, Tesis: I.4o.C.44 C (10a.), Página: 2508.

66 CONVENIO TRANSACCIONAL. EL JUEZ DEBE ANALIZAR SI SE COLMAN SUS ELEMENTOS, AL MOMENTO DE RESOLVER SOBRE LA EXCEPCIÓN DE TRANSACCIÓN (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE QUINTANA ROO). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Décima Época Registro: 2018491 Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Tipo de Tesis: Aislada Libro 60, Noviembre de 2018, Tomo III Materia(s): Civil Tesis: XXVII.1o.7 C (10a.) Página: 2201.

67 TRANSACCIÓN JUDICIAL. NO LA CONSTITUYE EL CONTRATO EN EL QUE LAS PARTES NO SE HACEN RECÍPROCAS CONCESIONES (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE JALISCO). Décima Época, Registro: 2009535, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuen-

figura jurídica, pues debe atenderse a la verdadera intención de los contratantes y si éstos no se hicieron recíprocas concesiones –sólo pactaron que en caso de incumplimiento de pago de rentas se procedería a la ejecución forzosa para obtener el monto de las mismas, así como la devolución de la posesión material del inmueble– no se cumplió con el requisito indispensable de la transacción judicial que dispone el artículo 2633 del ordenamiento en cita, pues la forma que las partes quisieron darle al documento, no tiene el alcance de variar su propia naturaleza jurídica.

En los criterios anteriores, se concluyó que si no existe conflicto, el supuesto contrato de transacción celebrado no es válido. Destaca que de manera muy clara se determina que no puede ser utilizada la transacción, con la finalidad de aprovecharse de la vía preferente de apremio, marcando una línea clara en contra de las conductas que anteriormente dijimos deben ser desterradas, donde se pretende seguir supuestos procedimientos de mediación, sin la celebración siquiera de un acto jurídico previo y evidentemente sin la existencia de un conflicto, actos que resultan ilegales.

De lo antes expuesto se concluye que, la asimilación que pretende la LJA y que ahora replica un proyecto de Ley de General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias a la cosa juzgada, carece de sustento, además de ser innecesario y contradictorio con la naturaleza de la mediación.

Finalmente, destacamos el grave peligro que representa la referida iniciativa de Ley que pretende en su artículo 48, que *“Los convenios celebrados con la intervención de las personas facilitadoras privadas sin autorización emitida en los términos de esta Ley no son eficaces para obtener la categoría de cosa juzgada, en consecuencia, para el caso de incumplimiento, las partes mantienen a salvo sus derechos para acudir ante las instancias competentes para hacerlos valer”*, lo que puede dar lugar a la interpretación en el sentido de que para que tengan el referido (y equivocado) carácter de cosa juzgada, el convenio al que lleguen las partes debe pasar por un facilitador autorizado, lo que implica un ilegal e indebido monopolio que pretende eliminar el carácter privado de la solución de conflictos por las partes.

7. LA PANDEMIA OCASIONADA POR EL VIRUS COVID-19, NOS ENSEÑA QUE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS SE ENCUENTRAN INTERRELACIONADOS

Dentro de la complejidad y enormes dificultades que enfrentamos actualmente, debemos recordar no solamente que los momentos de crisis pueden dar lugar a valiosas lecciones, sino a la responsabilidad que tenemos de documentar dicho proceso, pues sólo así podremos verdaderamente aprovecharlas.

te: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 19, Junio de 2015, Tomo III, Materia(s): Civil, Tesis: III.1o.C.23 C (10a.), Página: 2469.

Un buen momento para conocer el funcionamiento *adecuado* de las cosas, es precisamente cuando éstas se *alteran* significativamente.

Permítame el lector un ejemplo. Uno de los casos más estudiados sobre el funcionamiento del cerebro humano es el de Phineas Gage⁶⁸, un trabajador residente en Nueva Inglaterra, en los Estados Unidos y que tuvo lugar en 1884. Gage se encargaba de liberar el camino de las vías del tren, haciendo detonar las rocas que pudieran obstaculizarlo, primero perforaba un agujero, rociaba pólvora en su interior y luego compactaba el polvo suavemente con una barra de hierro, para meter una mecha en el agujero. Un asistente vertía arena o barro que compactaba para limitar la explosión. Gage había mandado hacer su propia barra de hierro en forma de jabalina, que pesaba casi 6 kilos y alcanzaba un metro de altura. Una tarde acababa de verter un poco de pólvora en un agujero y volvió la cabeza. No se sabe con total certeza qué sucedió, pero en alguna parte de la cavidad, se encendió una chispa y la barra salió proyectada, la punta de la barra penetró en el pómulo izquierdo de Gage, pasó detrás de su ojo y llegó hasta su cráneo. La barra aterrizó a casi 23 metros de distancia, se clavó en la tierra y Gage cayó hacia atrás. Sorprendentemente afirmó nunca perder el conocimiento, simplemente se sacudió un par de veces y unos cuantos minutos después comenzó a hablar de nuevo. Lo trasladaron para que recibiera atención en un trayecto de poco más de kilómetro y medio y cuando llegó el médico dijo: “aquí hay suficiente para tenerlo ocupado”⁶⁹.

Su médico era John Harlow, de 29 años y se encargó de su cuidado, practicó una cirugía de emergencia y perforó el tejido dentro de su nariz para drenar la pus y la sangre de la herida, unas cuantas semanas después, la situación era impredecible y Gage perdió la visión en el ojo izquierdo, pero finalmente se estabilizó y regreso a su casa en noviembre. Harlow salvó la vida de Gage pero quienes lo conocían decían que no era la misma persona. No todo seguía igual, Gage sufrió algunas pérdidas de memoria pero por lo demás sus facultades mentales quedaron intactas. “Era su personalidad la que había cambiado y no para bien”⁷⁰.

Las cuestiones más importantes de este caso resultan de los cambios psicológicos que experimentó Gage a causa del daño en la parte delantera de sus lóbulos frontales. Las personas que sufren daño prefrontal raramente mueren a causa de ello, y sus sentidos, reflejos, lenguaje, memoria y razonamiento permanecen intactos. El daño prefrontal quizá no mate a la gente, pero puede matar lo que más valoramos de ellos.

Gage se fue a Chile en 1852, probablemente siguiendo la fiebre del oro. Posteriormente regresó a casa y murió 3 años después, habiendo sobrevivido a su accidente durante casi 12 años.

68 Para referir este caso nos basamos en el libro “Una historia insólita de la Neurología, casos reales de trauma, locura y recuperación”, de Sam KEAN, Ediciones culturales Paidós, S.A. de C.V., México 2018, Capítulo 12, *El hombre el mito la leyenda*. Posiciones 4931 a 5312 del libro digital.

69 Ibidem, posición 4968.

70 Sam KEAN, Op Cit., posición 5002.

La historia de Gage no quedó en el olvido gracias al doctor Harlow. A pesar de que había dejado de tener contacto con Gage después de que se fuera a Chile, no podía dejar de pensar que su antiguo paciente tenía más que enseñarle al mundo médico. Harlow consiguió de alguna manera la dirección de la madre de Gage y le escribió a California para saber sobre él.

Harlow intercambió correspondencia con los Gage y obtuvo detalles de la vida de su expaciente. En 1867 convenció a su hermana de que abrieran la tumba de Gage y sacaran su cráneo. La familia de Gage le entregó el cráneo y la barra de acero unos meses después en Nueva York. Tras entrevistar a la familia y estudiar el cráneo, Harlow escribió un reporte detallado del caso en 1868, incluyendo la mayor parte de lo que sabemos de la transformación psicológica de Gage. Una vez que terminó su trabajo, Harlow donó el cráneo y la barra de acero a un museo anatómico de la Universidad de Harvard donde permanece hasta la fecha.

A raíz de la tragedia de Gage, documentada en el reporte de Harlow, fue posible determinar que el daño a los lóbulos frontales había reconstruido su personalidad. “Y a partir de ahí solo bastó dar un pequeño paso para llegar a una de las doctrinas fundamentales de la neurociencia moderna: que el cerebro y la mente están entrelazados”⁷¹.

De este relato aprendemos que una situación de extrema gravedad hace visibles de mejor manera la interacción de las cosas en circunstancias normales.

En nuestro caso, el cierre de los Tribunales⁷² con motivo de la Pandemia, ha ocasionado una crisis de proporciones que todavía no son totalmente calculables en cuanto a su intensidad, pero que previsiblemente serán enormes. El rezago que ya enfrentaban, aunado al cierre que ocurrió durante casi cinco meses, generará consecuencias graves a la administración de justicia.

Como en el caso de Gage, cuya barra afectó enormemente su salud, el cierre de los tribunales constituye una afectación que, a pesar de las dificultades que ocasiona, puede constituir una oportunidad de analizar el funcionamiento de los medios de solución de controversias.

Comencemos por señalar que dada la crisis que enfrenta el proceso judicial, la reacción esperada sería que la mediación fuera mucho más utilizada. Sin embargo, esta afectación no necesariamente significa un aumento directamente proporcional en el uso de los otros medios de solución de controversias, o por lo menos un aumento sig-

71 KEAN Sam, op cit, posición 5279.

72 En sesión extraordinaria celebrada el 17 de marzo de 2020, el Consejo de la Judicatura Federal, emitió el acuerdo general 5/2020 relativo a las medidas de contingencia en las áreas administrativas del propio Consejo por el propio fenómeno de salud pública derivado del virus COVID-19, cuya vigencia fue prorrogada en distintos momentos por los Acuerdos Generales 7/2020, 9/2020, 11/2020 y 14/2020. Mediante acuerdo general 21/2020, se levantó la suspensión de los plazos y términos decretada del 18 de marzo al 31 de julio de 2020.

nificativo como pudiera pensarse. El aumento en el número de mediaciones derivaría más bien de los daños económicos causados por la Pandemia, que ocasiona el incumplimiento de contratos con cláusulas de mediación, pero no de su utilización como un camino diferente a la solución de un conflicto.

Es decir, ponemos en duda el siguiente razonamiento: ante la severa afectación sufrida en el sistema procesal judicial, los otros medios de solución de conflictos serán *necesariamente* más utilizados. Como si se tratara del cauce de un río que busca una salida. Como señalamos anteriormente, si bien este puede ser un razonamiento lógico, la realidad nos hace ponerlo en duda. La pregunta es *¿ante la alteración en el sistema procesal, los conflictos buscan ser solucionados mediante los otros mecanismos?*

Para dar respuesta a la anterior pregunta, analicemos el efecto del cierre de los tribunales en el poder de negociación de las partes que enfrentan un conflicto.

Robert FISHER y William URY señalan que la gente normalmente considera que el poder en una negociación está determinado por los recursos como la riqueza, las conexiones políticas, la fuerza física, los amigos, pero en realidad, el poder de negociación “depende en principio de cuán atractiva es para cada una, la opción de no alcanzar un acuerdo”⁷³. El famoso concepto de la mejor alternativa a un acuerdo negociado (*Best Alternative to a Negotiated Agreement*, BATNA), cobra especial relevancia.

Estos autores consideran conveniente pensar cuidadosamente qué hacer si no se logra un acuerdo con la otra parte en un conflicto, pues de lo contrario se estaría negociando con los ojos cerrados. Se puede ser, por ejemplo, optimista y asumir que existirán otras opciones: otras casas en venta, otros compradores para un auto, otros trabajos disponibles, etcétera. Sin embargo, incluso cuando la otra alternativa está determinada, puede existir una “visión color de rosa” de las consecuencias de no alcanzar un acuerdo. Puedes no estar apreciando bien “la agonía de una demanda, un divorcio contencioso, una huelga, una carrera armamentista o una guerra”⁷⁴.

Continúan señalando la importancia del BATNA de la otra parte en una negociación. Mientras más conozca una persona sus alternativas, mejor preparado estará para una negociación, porque le permite estimar qué esperar de ella. Señalan el caso de una comunidad preocupada por los gases nocivos que potencialmente sean emitidos por una planta de energía en construcción. El BATNA de la empresa es ignorar las propuestas de la comunidad o hablar con ella, mientras construyen la planta. Para lograr que tomen en cuenta sus preocupaciones seriamente, probablemente necesiten presentar una demanda para que el permiso de construcción sea revocado. En otras palabras, si el BATNA de la otra parte es tan bueno que no necesitan negociar el conflicto, FISHER y URY recomiendan pensar qué hacer para cambiarlo.

73 FISHER Roger y WILLIAM Ury, *Getting to Yes. Negotiating agreement without giving in*. Penguin Books, 3a edición, Nueva York, p. 115.

74 FISHER Roger y WILLIAM Ury, *Op cit.*, p. 114.

Consideramos que, en nuestro caso, derivado del cierre de los tribunales muchas personas replantearon su BATNA, es decir, su mejor alternativa a un acuerdo negociado ya sea postergando la decisión de enfrentar el conflicto o bien, consideraron que se encontraban en una mejor posición frente a la otra parte por lo que decidieron incluso incumplir con una obligación a su cargo. Es decir, un elemento fundamental del BATNA constituye la posibilidad de las partes de acudir a la vía judicial para que se dirima cualquier conflicto. De una manera lógica, se valoran los posibles resultados del litigio, sus costos económicos y emocionales, como un escenario latente que incentiva su solución, pero esto se ve afectado cuando los tribunales se encuentran cerrados⁷⁵.

Al momento de tomar la decisión del método adecuado de solución de conflictos, el contraste entre todos ellos cobra relevancia, es decir, valoramos por una parte los costos de un litigio judicial, tanto económicos, como de desgaste emocional, los tiempos de solución, entre otros, y los confrontamos con los costos y beneficios que pueden resultar de la mediación.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando precisamente esta posibilidad de contraste no se presenta, porque los tribunales se encuentran cerrados e incluso abiertos, están seriamente lastimados? Es decir, ¿qué sucede cuando el proceso judicial no está ahí, como pieza de contraste frente a la mediación? El resultado es que, en muchas ocasiones, las personas optan por no resolver su conflicto, o peor aún, por imponer su decisión al otro, pues su posición, su BATNA se encuentra fortalecido al no existir un órgano judicial que pueda remediar el incumplimiento en que incurrieron. Así, no se acude al litigio, ni a la mediación, pues existe un desajuste al sistema en su totalidad. Esta puede ser una explicación de por qué la mediación no necesariamente será el cauce de la solución de conflictos, en tanto perdure la afectación al proceso judicial. Si bien existe un contraste natural entre las ventajas del proceso y la mediación, para elegir el más adecuado, no puede soslayarse que para contrastar algo, se requiere de *dos* elementos y la afectación al proceso judicial, nos deja con uno muy debilitado.

Esta manera de pensar es más acorde también con la visión de los medios de solución de conflictos, como un sistema circular en el que el proceso y la autocomposición se retroalimentan entre sí.

Acudamos a un autor ampliamente reconocido en el ámbito de la mediación, Paul WATZLAWICK⁷⁶, quien al referirse a la circularidad de las pautas de comunicación, cita una frase que pertenece a Hipócrates: *“Todas las partes del organismo forman un círculo. Por lo tanto, cada una de las partes es tanto comienzo como fin.”*

75 Claro que no pretendemos generalizar, pues existen múltiples casos de negociaciones y mediaciones exitosas. Y por otro lado existieron infinidad de casos donde el incumplimiento se debió a las dificultades económicas derivadas de la Pandemia.

76 WATZLAWICK, Paul, *Teoría de la Comunicación Humana, Interacciones, patologías y paradojas*, Herder, p. 46, 1ª Edición 17ª impresión, España, 2017.

WATZLAWICK considera:

“Si bien en las cadenas progresivas lineales de causalidad tiene sentido hablar acerca del comienzo y el fin de una cadena, tales términos carecen de sentido en los sistemas con circuitos de retroalimentación. En un círculo no hay comienzo ni fin. El hecho de pensar en términos de tales sistemas nos obliga a abandonar la noción de que, por ejemplo, el hecho a ocurre primero y el hecho b está determinado por la aparición de a, pues a partir de la misma lógica deficiente se podría afirmar que el hecho b precede a a, según donde se decida arbitrariamente romper la continuidad del círculo”⁷⁷.

La Pandemia nos muestra que los medios de solución de conflictos se encuentran integrados, no separados, por lo que el daño que sufre uno, altera todo el sistema.

Esta es la lección de la pandemia que queremos recoger, si bien podemos contrastar los beneficios de la *mediación* y el *proceso judicial*, este contraste es realizado para escoger el mejor medio de solución atendiendo el caso concreto. Sin embargo, pareciera que se buscan “convencidos” ya sea de la *mediación* o del *proceso judicial*, en una especie de formación de bandos contrapuestos. Caer en el lugar común de defender uno u otro, implica el desconocimiento de ambos. La Pandemia, *la realidad*, exige que busquemos la solución de conflictos por el medio que mejor resulte para este efecto.

La Pandemia nos enseña que las dificultades por las que atraviesa el proceso judicial, afectan a los otros medios de solución de conflictos, porque modifican su entorno y puede llegar a que la gente no quiera solucionarlos o como se dijo anteriormente, imponga su decisión frente a la de otra persona.

La naturaleza de las soluciones que brinda el proceso judicial, en las que un tercero imparcial determina a quién asiste la razón, no debe ser vista como algo negativo, sino como un medio que pueda ser contrastado libremente por las partes, con la posibilidad de que resuelvan ellas mismas sus conflictos (cuando resulte aplicable) pero para que exista esa libertad, es necesario que el proceso pueda cumplir la muy alta misión que le está encomendada, el establecimiento del Estado de Derecho y la creación misma del Derecho, a través de las resoluciones judiciales.

Reconocer que los medios de solución de conflictos funcionan más como un círculo que como partes individuales, es más acorde con la realidad y nos permite valorarlos en su justa dimensión, nos permite alejar una visión aislada que confunda incluso sus características.

La Pandemia nos dejó, como en el caso del doctor Harlow “mucho con lo que mantenemos ocupados” y nuestra misión es seguir su ejemplo, documentando las afectaciones que estamos viviendo para comprender su correcto funcionamiento.

77 Ibidem, p. 46 y 147.

Francis Bacon⁷⁸ retomaba a Séneca, para recordar que las cosas buenas que pertenecen a la prosperidad deben ser deseadas, pero las cosas buenas que pertenecen a la adversidad, deben ser admiradas, *Bona rerum secundarum optabilia; adversarum mirabilia*, esta es la visión que debemos adoptar de la crisis originada por la Pandemia.

8. CONCLUSIONES

Primera.- El elemento esencial de todo método de solución de controversias es el *conflicto* y las maneras de solucionarlo, al compartir su esencia, tienen igual rango de importancia, lo anterior con independencia de cualquier reconocimiento constitucional, puesto que las partes *siempre* han tenido la libertad para solucionar un conflicto. Las tres maneras de resolver conflictos son el *proceso*, la *autocomposición* y la *autodefensa*.

Segunda.- Distinguimos el *contrato de mediación* que constituye la manifestación de voluntad de las partes en la que aceptan que su conflicto sea resuelto a través de la mediación, mientras que el *procedimiento de mediación*, constituye una secuencia de actos, lógicamente articulados entre sí, para la solución del conflicto, mismo que puede o no, sin afectarla, concluir con un *acuerdo de mediación*, en el que si existen prestaciones recíprocas, constituye un contrato de transacción.

Tercera.- Por su naturaleza, en el contrato de transacción debe existir una relación jurídica incierta, la *res dubia*, así como una base firme de la transacción o “*caput non controversum*” elementos considerados desde Roma y recogidos durante la codificación de distintos países, incluido el nuestro.

Cuarta.- El “prevenir una controversia futura” no significa la posibilidad de eliminar el conflicto de manera alguna. En términos del artículo 2944, prevenir una controversia, significa una *judicial*, es decir, la transacción puede tener por objeto, tanto resolver una controversia en la que ya existe un proceso judicial, caso en el cual lo extinguiría, como prevenir una contienda de esta naturaleza, siendo denominada transacción extrajudicial.

Quinta.- Una perspectiva integral del principio de voluntariedad, será aquella que tome en consideración que el acuerdo con el que puede concluir el procedimiento de mediación, a que lleguen los mediados, adquiere su fuerza vinculatoria, precisamente de la *autonomía de la voluntad* y no de una figura relativa al *proceso*. La voluntad de las partes inicia con la decisión de acudir a la mediación, sigue estando presente durante el curso del procedimiento y evidentemente también cuando se celebra un acuerdo. La referencia a la cosa juzgada no puede ni *tiene* que ser utilizada para dotar de contenido vinculante al acuerdo, pues ésta se encuentra en la *libertad de las partes para solucionar su conflicto*.

78 BACON, Francis, *The Complete Works*. 2015. Centaur Editions, p. 149.

Sexta.- La Pandemia originada por el virus COVID-19, nos enseña que la afectación que sufrieron los tribunales derivado de su cierre, alteró la propia consideración de las partes frente al conflicto, lo que repercutió no solamente en el *proceso judicial*, sino en todos los medios de solución de conflictos, como la mediación, lo que demuestra que éstos se relacionan entre sí.

9. BIBLIOGRAFÍA

9.1. Fuentes bibliográficas

- ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Primera reimpresión: 2000, 314 pp.
- BACON, FRANCIS, *The Complete Works*. 2015. Centaur Editions, 611 pp.
- BLANCO CARRASCO, Marta. *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Editorial Reus, Madrid: 2009, 400 pp.
- CALAMANDREI, PIERO, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Colombia: 2015. 505 pp.
- CARNELUTTI, Francesco, *Cómo se hace un proceso*, Editorial Colofón, Tercera reimpresión, México: 2016, 115 pp.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, Reus, Madrid: 1992.
- DE CASTRO-CAMERO, Rosario, *Soluciones "in iure" a una controversia patrimonial: transacción, juramento y confesión*, Universidad de Sevilla, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México: 2008, 428 pp.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen II, Tomo 2, Contratos en especial, Undécima Edición, Tecnos.
- ENNECERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, *Tratado de derecho civil*, Bosch, Barcelona, Apéndice, v. 6.
- FISHER Roger y WILLIAM Ury, *Getting to Yes. Negotiating agreement without giving in*. Penguin Books, 3a edición, Nueva York, 220 pp.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias motivos y comentarios del Código Civil Español*, Facsímil de Imprenta de la Biblioteca de Jurisprudencia, 1878-1881. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México: 2011.
- KEAN, SAM. *Una historia insólita de la Neurología, casos reales de trauma, locura y recuperación*, Ediciones culturales Paidós, S.A. de C.V., México 2018.
- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil*, CONTRATOS, SEXTA EDICIÓN, TERCERA REIMPRESIÓN. P. 441
- MARQUES CEBOLA, Cátia, *La Mediación*, Marcial Pons, Madrid: 2013, 274 pp.
- PLANIOL, Marcel o, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, v. 11.

RICO ÁLVAREZ, Fausto y GARZA BANDALA, Patricio, *De los contratos civiles*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, 17a. ed., México, Porrúa, 2001. 629 pp.

SUARES Marínés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Novena reimpresión, Argentina: 2016, 309 pp.

WATZLAWICK, Paul, *Teoría de la Comunicación Humana, Interacciones, patologías y paradojas*, Herder, p. 46, 1ª Edición 17ª impresión, España, 2017.

9.2. Fuentes legislativas

- ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, VI LEGISLATURA, ESTENOGRAFÍA PARLAMENTARIA. Primer periodo de sesiones extraordinarias, tercer año de ejercicio. Versión estenográfica de la sesión extraordinaria celebrada el día 19 de febrero de 2015.
- GACETA PARLAMENTARIA DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, Año 03/Primer Extra, 19-02-2015 VI Legislatura/No. 208.

UNA VISIÓN JURÍDICA. CIENTO TREINTA AÑOS DE DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA: DE LA *RERUM NOVARUM* A LA *FRATELLI TUTTI*

JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL

RESUMEN: En este artículo se hace un recorrido, para presentar una visión jurídica de ciento treinta años de Doctrina Social de la Iglesia, expresada en las encíclicas papales que tienen que ver con la llamada “cuestión social”. Con este trabajo se pretende conmemorar la encíclica *Rerum Novarum* (1891) a ciento treinta años de su expedición, y se hace una revisión desde este importante documento hasta la encíclica *Fratelli Tutti* (2020).

PALABRAS CLAVE: Doctrina Social de la Iglesia, Derechos Humanos, Justicia.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. *RERUM NOVARUM* DE LEÓN XIII. 1.1. Derechos humanos, justicia y bien común en RN. 2. *QUADRAGESIMO ANNO* DE PÍO XI. 2.1. Derechos humanos, justicia y bien común en la QA. 3. *MATER ET MAGISTRA* (MM) Y *PACEM IN TERRIS* (PT) de Juan XXIII. 3.1. Derechos Humanos, justicia y bien común en la MM. 3.2. Encíclica *Pacem in Terris*. 3.3. Derechos Humanos, justicia y bien común, en la PT. 4. *POPULORUM PROGRESSIO* DE PABLO VI. 4.1. Derechos Humanos, justicia y bien común en la PP. 5. *LABOREM EXERCENS, SOLLICITUDO REI SOCIALIS* Y *CENTESIMUS ANNUS* DE JUAN PABLO II. 5.1. Sobre el trabajo humano. 5.2. “La preocupación social de la Iglesia”. 5.2.1. Las estructuras opresoras de las Formaciones Sociales Contemporáneas. 5.2.2. El fetiche vs. el hombre. 5.2.3. Catálogo mínimo de derechos. 5.2.4. El “ser” y el “tener” y el derecho de propiedad. 5.3. A Cien años. 6. *CARITAS IN VERITATE* (CV), DE BENEDICTO XVI. 6.1. Derechos humanos, justicia y bien común en CV. 7. *LAUDATO SI* (LS) Y *FRATELLI TUTTI* (FT) DEL PAPA FRANCISCO. 7.1. Sobre la encíclica *Laudato Si*. 7.1.1. Algunas cuestiones de derechos humanos, justicia y bien común en LS. 7.2. Sobre la encíclica *Fratelli Tutti*. 7.2.1. Tratamiento de los derechos en la FT. A MANERA DE CIERRE. FUENTES DE CONSULTA.

INTRODUCCIÓN

El 15 de mayo de 2021 se cumplieron ciento treinta años de que el Papa León XIII dio a la Iglesia y al mundo en general, su encíclica *Rerum Novarum* (1891), sobre las “cosas nuevas”, sobre las “novedades” de su tiempo. Tal documento, especialmente dedicado al análisis del mundo obrero, es considerado como aquel que funda, a nivel del magisterio jerárquico de la Iglesia, la llamada Doctrina Social de la Iglesia.

Conviene comenzar haciendo algunas precisiones acerca de la expresión “Doctrina Social de la Iglesia” y sobre el objetivo de este artículo.

La Doctrina Social de la Iglesia (DSI) constituye sólo una parte del pensamiento social cristiano. Este último es la reflexión que se ha hecho por más de veinte siglos de his-

toria de la Iglesia, sobre cuestiones acerca de la sociedad en cada época y que no todo representa, necesariamente, el pensamiento oficial o jerárquico de esta institución. En cambio, como precisa Ildefonso Camacho: “La Doctrina Social de la Iglesia se restringe a la etapa que comienza con la industrialización en el marco más amplio de la modernidad: sus orígenes no se remontan, por tanto, más allá del siglo XIX.”¹

La DSI surge como una respuesta ante la problemática social; como una reacción moral ante la llamada “cuestión social”, producto del desarrollo de la formación social capitalista en la segunda mitad del siglo XIX, en donde el afán de lucro y de ganancia, por parte del capital, lleva a una explotación terrible de la nueva clase obrera industrial; la clase trabajadora vive en situación de extrema miseria, originándose gran malestar que lleva a revueltas y hasta levantamientos sociales.

El primer gran documento de la DSI es precisamente la encíclica *Rerum Novarum* del papa León XIII, de 1891. Parece una reacción tardía ante la terrible problemática de la clase trabajadora, pero Camacho nos hace ver que se trata de un documento producto también de varias iniciativas sociales de la Iglesia que responden a la cuestión social; debe verse siempre la “interrelación entre la vida de la Iglesia y sus documentos oficiales”... “para captar mejor el alcance de los mismos”.² La DSI nace por el “reconocimiento de la insuficiencia de la moral tradicional para responder a estos problemas nuevos.”³

La DSI puede dividirse en dos etapas. Antes y después del Concilio Vaticano II. En la primera etapa –y esto es muy claro especialmente en la *Rerum Novarum*–, la Iglesia asume una postura defensiva ante la modernidad que la ha desplazado como centro de importancia social; la Iglesia en la encíclica pretende reafirmarse como ese centro, con cierta añoranza de la época de la “cristiandad” triunfante, pero ahora desplazada y venida a menos. Así, por ejemplo, sostiene: “afirmamos que serán vanos cuantos esfuerzos hagan los hombres, si desatienden a la Iglesia.” (No. 21).

En la segunda etapa, ya desde las encíclicas de la transición, de Juan XXIII –*Mater et Magistra* (1961) y *Pacem in Terris* (1963)–, la visión cambia. Ahora se trata de una Iglesia abierta al mundo; atenta a su problemática y no ajena a aceptar soluciones humanas acordes con el Evangelio. Responde a los retos de la modernidad con la renovación eclesiológica consecuencia del concilio: la Iglesia se entiende como *Pueblo de Dios* (eclesiología de comunión) y como *misterio y sacramento de salvación* (eclesiología de la misión).

El objetivo de este artículo es analizar las encíclicas sociales de los papas, dadas en los últimos ciento treinta años, que van, precisamente, de la *Rerum Novarum* de León

1 Camacho Laraña, Ildefonso, *Doctrina Social de la Iglesia. Quince claves para su comprensión*, Col. Palimpsesto, Memoria del Cristianismo, Memoria Humana, Ed. Desclee de Brouwer, Bilbao, 2000, p. 15.

2 *Ibidem*, p. 17.

3 *Idem*

XIII (1891) a la *Fratelli Tutti* de Francisco (2020). Ese análisis de los documentos papales se hará desde una visión jurídica, esto es, teniendo como principal referente al Derecho.

Por Derecho no entendemos sólo un conjunto de leyes o normas (derecho objetivo); sino también las facultades o potestades de los seres humanos para exigir lo suyo, esto es los derechos subjetivos, que constituyen la base de los llamados derechos humanos; y prioritariamente lo justo, que es la cosa o conducta debida al otro, que objetiviza a la justicia. De tal modo que nos proponemos analizar las encíclicas desde la *justicia*, los *derechos humanos* y el *derecho normativo*, agregando la noción de *bien común* como expresión jurídica también, ya que forma parte de su riqueza y complejidad ser un principio ordenador y en ese sentido una norma jurídica fundamental al relacionarse con la justicia.⁴

Resaltaremos, entonces, como las encíclicas miran la justicia, como tratan los derechos humanos, como se refieren a las normas y como desarrollan la noción del Bien Común.

1. *RERUM NOVARUM* DE LEÓN XIII

El Papa León XIII, que ejerció su pontificado de 1878 a 1903, dio el 15 de mayo de 1891 su carta-encíclica *Rerum Novarum* (RN) que trata “sobre el estado actual de los obreros”, haciendo un rescate de la plena dignidad de éstos, en un mundo industrial capitalista que los explota despiadadamente. Considero que RN expresa su objetivo fundamental, cuando trata de los deberes de los patrones y de los ricos en general, estableciendo:

“A los ricos y a los amos toca: que no deben tener a los obreros por esclavos; que deben en ellos respetar la dignidad de la persona... no es vergonzoso para el hombre ni le rebaja el ejercer un oficio por salario... lo que verdaderamente es vergonzoso e inhumano es abusar de los hombres como si no fuesen más que cosas para sacar provecho de ellos... Pero entre los principales deberes de los amos, el principal es dar a cada uno lo que es justo. Sabido es que para fijar conforme a justicia el límite del salario, muchas cosas se han de tener en consideración; pero en general deben acordarse los ricos y los amos que oprimir en provecho propio a los indigentes y menesterosos, y de la pobreza ajena tomar ocasión para mayores lucros, es contra todo derecho divino y humano. Y defraudar a uno del salario que se le debe es un gran crimen que clama al cielo por venganza”. (R.N. No. 28).

R.N. considera falsas soluciones para la cuestión obrera las propuestas tanto del liberalismo como del socialismo. La solución estaría en que tanto los gobernantes (el Estado), como los patrones y los obreros, llevaran a cabo acciones encaminadas hacia la justicia, siempre inspiradas en el Evangelio. El Estado por medio de una acción tu-

4 Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Hacia una organización jurídica del Estado, Solidaria y liberadora*, Ed. Jus, Col. Estudios Jurídicos No. 14, México, 1977, págs. 45-50 y 55-60.

telar para con los pobres (R.N., 44 y 47) y por medio de leyes y ordenanzas provisoras (R.N., 73); los ricos cumpliendo con sus deberes que devienen de su consciencia de cristianos; y los obreros (proletarios) “cuya es la causa” (R.N., 73)–, cumpliendo, a su vez con sus obligaciones como tales.

León XIII expresa en *R.N.* una preocupación de la Iglesia sobre la cuestión obrera, que venía ya de mucho tiempo atrás, como decíamos. Así, por ejemplo desde 1848, con apoyo del arzobispo de París, aparecía el periódico *L'ère nouvelle* en donde exigían reformas sociales; y más tarde, monseñor Ketteler, obispo de Maguncia, publicó la obra *La cuestión obrera y el cristianismo* (1864), en donde cuestionaba la sociedad surgida del liberalismo y proponía leyes favorables a los trabajadores y formas novedosas de gestión obrera.⁵

1.1. Derechos humanos, justicia y bien común en RN

Si bien la encíclica hace proclamación y defensa de varios derechos de los obreros, en ese tiempo no reconocidos por ninguna legislación; hace también una defensa contundente del derecho de propiedad privada.

Como veremos en el transcurso de este texto, todas las encíclicas sociales de los papas se refieren al derecho de propiedad privada, pero de modo distinto. RN dedica buena parte de su mensaje a la defensa exagerada de ese derecho. Veamos de qué modo lo hace y más adelante explicitaremos los derechos de los trabajadores que el documento papal alude. Seguramente enfatiza la importancia del derecho de propiedad porque considera que el socialismo no es la solución adecuada para la problemática obrera; lejos de ello, el socialismo es ateo y, por lo que atañe a nuestro tema, enemigo de la propiedad, ya que propone la propiedad común. Considera que el socialismo “pugna contra la justicia” (RN, 10) al atacar la propiedad.

“...porque poseer algo como propio y con exclusión de los demás, es un derecho que dio la naturaleza a todo hombre” (RN, 10).

Del parágrafo 10 al 20, la RN se dedica a ponderar la importancia del derecho de propiedad privada para los seres humanos. En muchos lugares reitera que se trata de un *derecho natural*: “la propiedad privada es claramente conforme a la naturaleza...” (RN, 14); “... en la misma ley natural halla el fundamento de la división de bienes y la propiedad privada...” (RN, 16); “... cuando se busca el modo de aliviar a los pueblos, lo que principalmente y con fundamento de todo se ha de tener, es esto: que se debe guardar intacta la propiedad privada.” (RN, 20).

Es cierto, la propiedad privada tiene el límite de la caridad (RN, 30, 37 y 38). Ese límite lo establece la encíclica como deber religioso, no jurídico. Lo que sí esboza es

5 Cfr. Blancarte, Roberto. “De las cosas (no tan) nuevas a *Centesimus Annus*”. (primera de dos partes), en *La Jornada*, México, 3 de mayo de 1991

el derecho a ser propietario, lo que los trabajadores lograrían con sus ahorros, dice con optimismo la RN. Hace un llamado a los legisladores, al decir: “Por lo cual, a la propiedad privada deben las leyes favorecer y, en cuanto fuere posible, procurar sean muchísimos en el pueblo los propietarios.” (RN, 57).

Los derechos humanos de los obreros que la RN proclama son: derecho al salario, que es “verdadero y perfecto”, exigible y para darle el uso que el trabajador quisiere (RN, 9). Ese salario, aunque en principio se acepta que sea convenido libremente por “el obrero y su amo”, sin embargo, RN dice que “dimana de la justicia natural, y que es de más peso y anterior a la libre voluntad de los que hacen el contrato, y es ésta que el salario no debe ser insuficiente para la sustentación de un obrero, que sea frugal y de buenas costumbres.” (RN, 55). Debe ser, entonces, un salario justo, porque “del fruto de su trabajo necesita el hombre para sostener la vida” (RN, 55).

Derecho a la salud (RN, 47 y 56); derecho a casa, vestido y seguridad, producto del cuidado de la autoridad del Estado, formulados así:

“Exige, pues, la equidad que la autoridad pública tenga cuidado del proletario, haciendo que le toque algo de lo que aporta él a la común utilidad, que con casa en que morar, vestido con que cubrirse y protección con que defenderse de quien atente a su bien, pueda con menos dificultad soportar la vida” (RN, 44).”

Derecho al descanso, mismo que debe dedicarse no a los vicios, sino a dar culto a Dios (RN, 51). Derecho al límite de la jornada laboral (RN, 52 y 56). Derecho a condiciones laborales adecuadas para el trabajo de niños (RN, 53) y mujeres (RN, 54).

Derecho de formar asociaciones de obreros y darse sus propias normas (RN, 62 y 69). No habla abiertamente de sindicatos, ni lo que estos implican; insiste en que se trate de asociaciones cristianas y no de clase. Enfatiza la importancia de las asociaciones de “socorros mutuos”, se trata de las llamadas sociedades mutualistas.

RN está en contra del derecho de huelga (RN, 49); no lo acepta como un derecho de los obreros.

El Estado, “por razón de su oficio”, debe “atender el bien común” (RN, 41) y cuidar de la “justicia distributiva” (RN, 42), que debe ser proporcional (RN, 43).

2. QUADRAGESIMO ANNO DE PÍO XI

El 15 de mayo de 1931, en el año décimo de su pontificado, el Papa Pío XI, con motivo de la conmemoración de los cuarenta años del *R.N.* dio su carta-encíclica de carácter social denominada *Quadragesimo Anno* (QA).

Se trata de un documento que reafirma y precisa la enseñanza de León XIII en materia de ética social cristiana, en un mundo ya con un gran avance del capitalismo, con el

socialismo de modelo soviético plenamente consolidado y en medio de grandes luchas sociales.

Muchas de las enseñanzas de Pío XI es indudable que siguen siendo actuales y muy ricas para la reflexión. Por los tiempos que corren, estando en boga las tesis económicas neoliberales, que desligan el conocimiento y la práctica económica de la reflexión acerca de la justicia (moral social), por una pretendida autonomía de la propia ciencia económica del resto de aquello que al hombre concierne, nos importa destacar este párrafo de la encíclica:

“Es cierto que la economía y la moral, cada una en su esfera peculiar, tienen principios propios, pero es un error afirmar que el orden económico y el orden moral están tan separados y son tan ajenos entre sí, que aquél no depende para nada de éste. Las leyes llamadas económicas, fundadas en la naturaleza misma de las cosas y en las aptitudes del cuerpo humano y del alma, pueden fijarnos los fines que en ese orden económico quedan fuera de la actividad humana y cuáles, por el contrario, pueden conseguirse y con qué medios; y la misma razón natural deduce manifiestamente de la naturaleza individual y social del hombre y de las cosas cuál es el fin impuesto por Dios al mundo económico”. (Q.A., 42).

La Segunda Parte de QA trata de la doctrina de la Iglesia en materias económicas y sociales; en su apartado IV se refiere a la “restauración del orden social”. En ese lugar desarrolla lo que llama el “principio directivo de la vida económica”; es muy interesante su desarrollo y expresa el pensamiento social de la Iglesia en esa época, hace noventa años. Citamos el largo párrafo 88:

“Nos resta atender a otra cosa, muy unida con lo anterior. Como la unidad del cuerpo social no puede basarse en la lucha de clases, tampoco la recta organización del mundo económico puede entregarse al libre juego de la concurrencia. De ese punto, como de fuente emponzoñada, nacieron todos los errores de la ciencia económica individualista; la cual, suprimido por olvido o por ignorancia el carácter social y moral del mundo económico, sostuvo que éste debía ser juzgado y tratado como totalmente independiente de la autoridad pública, por la razón de que su principio directivo se hallaba en el mercado o libre concurrencia, aun cuando encerrada dentro de ciertos límites, es justa y sin duda útil, no puede ser en modo alguno la norma reguladora de la vida económica; y lo probó demasiado la experiencia cuando se llevó a la práctica la orientación del viciado espíritu individualista. Es, pues, completamente necesario que se reduzca y sujete de nuevo la economía a un verdadero y eficaz principio directivo. La prepotencia económica, que ha sustituido recientemente a la libre concurrencia, mucho menos puede servir para ese fin; ya que, inmoderada y violenta por su naturaleza, para ser útil a los hombres necesita de un freno enérgico y una dirección sabia; pues por sí misma no puede enfrenarse ni regirse. Así que, de algo superior y más noble hay que echar mano para regir con severa integridad ese poder económico: de la justicia y caridad social.

Por tanto, las instituciones públicas y toda la vida social de los pueblos han de ser informadas por esa justicia; es muy necesario que ésta sea verdaderamente eficaz, o sea, que dé vida a todo orden jurídico y social, y la economía quede como

empapada en ella. La caridad social debe ser como el alma de ese orden; la autoridad pública no debe desmayar en la tutela y defensa eficaz del mismo, y no le será difícil lograrlo si arroja de sí las cargas que, como decimos, no le competen.” (QA, 88).

La Tercera Parte de la encíclica se denomina “Cambios desde León XIII”, y se desarrollan los cambios habidos en el régimen económico. El análisis de QA es muy certero, pues da razón de la transformación social capitalista, que ya apuntaba, desde entonces, a un envilecimiento del Estado, “la caída del prestigio del Estado” (QA, 109) –dice la encíclica–, frente a los grandes poderes económicos. El diagnóstico de Pío XI es el siguiente; parece aplicado al neoliberalismo actual; cito la QA:

“105. Primeramente, salta a la vista que en nuestros tiempos no se acumulan solamente riquezas, sino se crean enormes poderes y una prepotencia económica despótica en manos de muy pocos. Muchas veces no son éstos ni dueños siquiera sino sólo depositarios y administradores que rigen el capital a su voluntad y arbitrio.

106. Estos potentados son extraordinariamente poderosos cuando dueños absolutos del dinero gobiernan el crédito y lo distribuyen a su gusto; diríase que administran la sangre de la cual vive toda la economía, y que de tal modo tienen en su mano, por decirlo así, el alma de la vida económica, que nadie podría respirar contra su voluntad.

107. Esta acumulación de poder y de recursos, nota casi originaria de la economía modernísima, es el fruto que naturalmente produjo la libertad infinita de los competidores, que sólo dejó supervivientes a los más poderosos, que es a menudo lo mismo que decir, los que luchan más violentamente, los que menos cuidan de su conciencia.”

2.1. Derechos humanos, justicia y bien común en la QA

Enfatiza también el derecho de propiedad privada, siguiendo a la RN; pero este derecho debe ejercerse, conciliando “con las exigencias del bien general” (QA, 49).

QA, al pronunciarse en contra del capitalismo individualista y liberal, formula un “derecho natural” –derecho humano– “a mejorar de fortuna” (QA, 54), esto es, a mejorar la condición de vida.

También reconoce el derecho a la distribución justa de los bienes, como derecho natural: “Y esto mismo nos hemos enseñado poco antes de decir que la naturaleza misma estableció la repartición de los bienes entre los particulares para que rindan utilidad a los hombres de una manera segura y determinada.” (QA, 56).

Derecho al salario justo, que sustente al obrero y a su familia (QA, 63-75).

Derecho a participar en la propiedad y/o gestión de la empresa, por parte de los obreros, con una especie de contrato de sociedad que sustituya al mero contrato de trabajo: “ya se ha comenzado a hacer en diversas formas con provecho no escaso de los mismos

obreros y empleados que participan en cierta manera, ya en el dominio, ya en la dirección del trabajo, ya en las ganancias obtenidas.” (QA, 65).

Nell-Breuning comenta sobre experiencias exitosas en la que se conserva el contrato de trabajo con aproximaciones al contrato de sociedad, que van permitiendo copropiedad y coadministración de las empresas.⁶

Para Pío XI la raíz de la conculcación de “los derechos del prójimo” es la “sed insaciable de riquezas y de bienes temporales” (QA, 132). Esto se sustenta en lo que podríamos llamar “legalidad de la injusticia”, pues para aliviar la miseria producida por las supuestas “leyes económicas”, se encomendaba “tan sólo a la caridad, como si la caridad debiera encubrir la violación de la justicia, que los legisladores humanos no sólo toleraban, sino aun a veces sancionaban.” (QA, 4).

3. *MATER ET MAGISTRA* (MM) Y *PACEM IN TERRIS* (PT) de Juan XXIII

Durante el Pontificado del Papa Pío XII, en el año 1951 concretamente, se esperaba una nueva encíclica social en relación a la *R.N.* Empero nunca apareció. Fue hasta 1961, siendo ya Pastor de la Iglesia Juan XXIII, cuando, conmemorando el septuagésimo aniversario de la *Rerum Novarum*, apareció la encíclica de carácter social, *Mater et Magistra*.

Juan XXIII basa su encíclica en las enseñanzas sociales de sus predecesores: León XIII, Pío XI y Pío XII, y le imprime caracteres propios amoldándola a la época. Sus comentaristas le señalan como distintivo, lo siguiente: 1) Variedad, amplitud, riqueza de contenido; 2) finalidad marcadamente práctica; su intención primordial no es destacar principios de doctrina, sino infundir vida a la discusión y estimular a una acción eficaz y valiente; 3) atención de los problemas internacionales, sobre todo las relaciones entre los países altamente desarrollados con los subdesarrollados. Documento admirable éste, que da las normas precisas para que exista el orden en la sociedad, basada en la justicia y el bien común. Sabias palabras son las siguientes: “Para este fin, sin embargo, se requiere que en los hombres investidos de autoridad pública presida y gobierne una sana concepción del bien común, concepción que se concreta en el conjunto de condiciones sociales que permiten y favorecen, en los seres humanos, el desarrollo integral de su persona”. (M.M., 65).

3.1. Derechos Humanos, justicia y bien común en la MM

El Papa Juan trata también extensamente sobre el derecho de propiedad privada. Aunque lo afirma, sin duda (MM, 109), resalta sus limitaciones. Cita, en ese sentido

6 Cfr. Nell-Breuning, Oswald, *La Reorganización de la Economía Social*. (Desarrollo y análisis de la Encíclica “Quadragesimo Anno”), Ed. Poblet, Buenos Aires, 1946, págs. 187-189.

lo que dice el Papa Pío XII en su radiomensaje del 1 de junio de 1941, con motivo de la fiesta de Pentecostés, y en referencia a los cuarenta años de la RN. Dice Pío XII que el uso de los bienes materiales para el sustento, es prioritario “frente a cualquier otro derecho de contenido económico... también frente al derecho de propiedad...”, ya que éste “está dispuesto de tal manera que no puede constituir obstáculo para que sea satisfecha la *inderogable exigencia de que los bienes, creados por Dios para todos los hombres, equitativamente afluayan a todos, según los principios de la justicia y de la caridad.*” (MM, 43).

Destaca Juan XXIII, un derecho muy interesante: “el derecho que cada persona tiene de ser estable y normalmente el primer responsable de su propia manutención y de la de su propia familia.” (MM, 55). Este derecho deriva del llamado *principio de subsidiaridad*.

El principio de subsidiaridad significa que, al Estado, en cuanto que organización jurídica, no le compete hacer nada que el hombre individual o la sociedad de la cual es miembro, puedan hacer por impulso propio. Ese “puedan” debe entenderse en el aquí y en el ahora, en el momento histórico en que la cuestión se plantea y no como un principio teórico delimitador *a priori* de las competencias. Se enuncia así: “Tanto autoridad como sea necesaria y tanta libertad como sea posible.” El principio de subsidiaridad regula competencias, que se basan en responsabilidades, y se endereza hacia el Bien Común.⁷

Producto de lo que la encíclica llama *socialización*, como múltiples relaciones de convivencia, se reconocen los llamados *derechos economicosociales*; esa misma socialización permite su satisfacción. Esos derechos son: “derecho a los medios indispensables para el sustento humano, a la asistencia sanitaria, a una instrucción básica más elevada, a una formación profesional más completa, a la habitación, al trabajo, a un descanso conveniente, a la recreación.” (MM, 61).

Derecho a salario justo y equitativo (MM, 68 y 71).

Derecho de los trabajadores a participar en la propiedad de las empresas, como ya se establecía en la QA: (MM, 77 y 82).

3.2. Encíclica *Pacem in Terris*

Poco tiempo antes de su muerte, el Jueves Santo, 11 de abril de 1963, el Papa Juan dio la encíclica *Pacem in Terris* (PT). Constituye, nos atrevemos a decir, un pequeño, pero riquísimo manual, que da las normas adecuadas y marca el sendero exacto, para lograr

7 Cfr. Utz, Arthur Fridolin, *Ética Social*, Tomo I, Ed. Herder, Barcelona, 1974, p. 304; y Messner, Johannes, *Ética Social, política y economía a la luz del Derecho Natural*, Ed. Rialp, Madrid, 1967, p. 336.

una auténtica paz en el mundo. Se trata de la primera encíclica que se dirige no sólo a los cristianos, sino también “a todos los hombres de buena voluntad”.

Este mundo nuestro que no ha dejado de estar en guerra ha desoído al “Papa de la paz”, como se le llamó al buen Papa Juan, que clamaba:

“Y esto a su vez requiere que esa norma suprema, hoy seguida para conservar la paz, se cambie por otra del todo diversa, en virtud de la cual se reconozca que la verdadera y firme paz entre las naciones no puede asentarse sobre la paridad de las fuerzas militares, sino únicamente sobre la confianza recíproca”. (PT, 113). Y más adelante agrega: “Ante todo, es cosa dictada por la razón: puesto que a todos es manifiesto –o al menos debería serlo– que las relaciones entre los pueblos, no menos que entre los particulares, se han de regular, no por la fuerza de las armas, sino según la recta razón, o sea conforme a la verdad, a la justicia y a una eficiente solidaridad”. (PT, 114).

La paz brota del orden, y es efecto del mismo. Y ese orden sólo alcanza cuando existe justicia, cuando cada ser humano y cada pueblo goza de las condiciones necesarias para su desarrollo integral. Mientras falte la justicia habrá desorden y, por lo tanto, no existirá la paz. Juan XXIII así lo entendía, y así lo sentía; sus palabras van siendo cada vez más actuales, mientras el desorden y la injusticia aumentan. El mensaje de su encíclica se encierra en estas palabras: “la paz ha de estar fundada sobre la verdad, construida con las normas de la justicia vivificada e integrada por la caridad y realizada, en fin, con la libertad”. (PT, 167).

3.3. Derechos Humanos, justicia y bien común, en la PT

Lo relativo a los derechos humanos, se desarrolla ampliamente en la Primera Parte de la encíclica, denominada “El orden entre los seres humanos”. El fundamento de la “convivencia bien organizada” y de los derechos humanos es “el principio de que todo ser humano es persona, es decir, una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre”, de esa naturaleza nacen “derechos y deberes” universales, inviolables e inalienables. (PT, 9).

PT proclama el “derecho a la subsistencia y a un nivel de vida digno”, que se desglosa en varios derechos: a la alimentación, al vestido, la habitación, al descanso, la atención médica, y a los servicios sociales necesarios. (PT, 11).

Derechos referentes a los valores morales y culturales, estando en primer lugar el “derecho natural” al debido respeto de la persona (PT, 12 y 13).

Derecho a honrar a Dios, según la recta conciencia. (PT, 14).

Derecho “a la elección del propio estado”; “por consiguiente, a crear una familia con paridad de derechos y deberes entre el hombre y la mujer” o seguir la vocación del sacerdocio o vida religiosa. (PT, 15).

Derecho en el aspecto económico, relacionados con la dignidad y libertad del trabajo (PT, 18, 19 y 20).

Derecho de propiedad privada, incluso sobre bienes productivos; al que “va inherente una función social”. (PT, 21 y 22).

Derecho de asociación (PT, 23).

La encíclica de Juan XXIII incorpora como novedad los derechos de emigración e inmigración, tan importantes de tenerse en cuenta por nuestros días:

“Todo hombre tiene derecho a la libertad de movimiento y de residencia dentro de la comunidad política de la que es ciudadano; y también tiene el derecho de emigrar a otras comunidades políticas y establecerse en ellas cuando así lo aconsejen legítimos intereses.” (PT, 25).

Derechos políticos (PT, 26) y derecho a “la defensa jurídica de sus propios derechos”. (PT, 27).

Muy importante en la temática de los derechos –que no siempre se trata– es relacionarlos con los deberes, en la misma persona (PT, 28 y 29); y la “reciprocidad de derechos y deberes entre personas distintas”.

“Esto supuesto, también en la humana convivencia, a un determinado derecho natural de cada uno corresponde la obligación en los demás de reconocerlo y respetárselo.” (PT, 30).

Sin esta reciprocidad entre derechos y deberes, entre potestades y obligaciones, los derechos serían totalmente ineficaces. Los derechos humanos constituyen una realidad actuante, histórica, por la concreción de la justicia, porque ésta se hace concreta en lo *justo objetivo* que es la cosa o conducta debida al otro; al otro, en justicia, le debo su derecho; y si cumplo con ese deber, su derecho será satisfecho. Dice Juan XXIII: “Por eso una convivencia humana bien organizada exige que se reconozcan y respeten los derechos y deberes mutuos.” (PT, 31).

Los derechos y los deberes están relacionados con el bien común. Los derechos y los deberes forman parte del bien común; lo constituyen. Pero el propio bien común, los protege e impulsa.

“En la época moderna se considera realizado el bien común cuando se han salvado los derechos y los deberes de la persona humana. De ahí que los deberes principales de los poderes públicos consistirán, sobre todo, en reconocer, respetar, armonizar, tutelar y promover aquellos derechos, y en contribuir, por consiguiente, a hacer más fácil el cumplimiento de los respectivos deberes.” (PT, 60).

Hacia el final de la encíclica Juan XXIII, proyecta la idea de los derechos y los deberes mutuos, a las relaciones entre las diversas comunidades políticas, para lograr y man-

tener la paz. Esos derechos y deberes entre Estados, deben estar basados, hemos visto, en la verdad, la justicia y la caridad.

En esta parte relativa a las relaciones entre comunidades políticas, es que la encíclica se refiere a derechos de las minorías y denuncia las injusticias que se cometen con estos grupos humanos. (PT, 94, 95 y 96).

Por último, decimos que la encíclica *La Paz en la Tierra*, –su nombre en castellano– niega el derecho de revolución, aunque reconoce que, “hombres de gran corazón”, ante las situaciones de injusticia, se ven tentados a llevar acciones en ese sentido. (PT, 161 y 162).

4. *POPULORUM PROGRESSIO* DE PABLO VI

El 26 de marzo de 1967, como un regalo de Pascua, el Papa Pablo VI dio al mundo su encíclica *Popularum Progressio* (PP), que constituye un auténtico manifiesto social. Inspirada en las encíclicas sociales de sus antecesores, representa, sin embargo, un avance notable en la proyección de los principios cristianos tendientes a solucionar los problemas que aquejan a la sociedad.

Al igual que la última encíclica social –*Pacem in Terris*, de Juan XXIII–, está dirigida no sólo a los miembros de la Iglesia, sino a “todos los hombres de buena voluntad”. Con esto, la encíclica no constituye solamente un conjunto de obligaciones para los cristianos en materia social, sino también una invitación a todos los seres humanos, a colaborar con el desarrollo integral de todos los pueblos.

La *Populorum Progressio* está íntimamente vinculada con la *Rerum Novarum*. Aplica la visión de León XIII sobre el proletariado industrial, al nuevo proletariado internacional: las poblaciones marginadas de los países en vías de desarrollo. La encíclica tituló sus dos grandes partes así: “Por un desarrollo integral del hombre” y “Hacia el desarrollo solidario de la humanidad”. PP dice que “la cuestión social ha tomado una dimensión mundial”; agrega que “pueblos hambrientos interpelan hoy, con acento dramático, a los pueblos opulentos.” (PP, 3).

Constituye, el documento social de Paulo VI, no sólo un conjunto de enseñanzas nuevas dentro de la doctrina social católica, sino además principios comprometedores, que obligan a acciones concretas, a aquel cristiano que considera que su religión no se reduce a un conjunto de prácticas piadosas, mismas que, en ocasiones, le sirven no sólo como tranquilizadores de conciencia. “Entiéndasenos bien: La situación presente tiene que afrontarse valerosamente y combatir y vencer las injusticias que trae consigo. El desarrollo exige transformaciones audaces, que renueven radicalmente las estructuras. Hay que emprender sin esperar más, reformas urgentes. Cada uno debe aceptar generosamente su papel, sobre todo los que por su educación, su situación y su poder tienen grandes posibilidades de acción”. (P.P., 32).

La primera parte de la encíclica, se refiere al “desarrollo integral del hombre”, es decir, a su crecimiento no sólo material y económico, sino también espiritual, ya que el hombre es un ser compuesto de materia y espíritu y, por lo tanto, su desarrollo como ser humano tendrá que hacerse en ambos sentidos: material y espiritualmente. “El desarrollo no se reduce al simple crecimiento económico. Para ser auténtico, debe ser integral, es decir, promover a todos los hombres y a todo el hombre”. (P.P., 14).

El mensaje de la encíclica puede reducirse a aquellas admirables palabras de San Ireneo, escritas hace dieciocho siglos: “la gloria de Dios es el hombre vivo”. El hombre, desarrollándose íntegramente, creciendo técnica y científicamente, así como en amor y espíritu de solidaridad para con sus semejantes, rinde el mejor homenaje que se le puede ofrecer a Dios. Pues desarrollándose integralmente la persona, cumple con su plan divino. El hombre viviendo en condiciones materiales dignas, y realizando sus valores espirituales, rinde culto a Dios ayudando, a su vez, a los otros hombres a alcanzar niveles más altos en su desarrollo personal.

Podemos volver a citar a San Ireneo, siendo la referencia exacta, una vez más, al mensaje de la encíclica social que comentamos: “Dios ha hecho al hombre en el tiempo, para que pueda madurar. El hombre está sumergido en el mundo como Cristo en el Jordán”. El cristiano, como ser humano, no está aislado, vive en el mundo, sólo en él logra su desarrollo; y tiene obligación de obrar en el mundo para obtener que éste se acondicione de tal manera, que pueda servir al progreso de todos los hombres y de todo el hombre. La encíclica lanza al cristiano al mundo, para que actúe en él transformándolo. Cita como ejemplo la labor de los misioneros y menciona por su nombre al padre Carlos de Foucauld, llamado el “Hermano universal” (PP, 12).

4.1. Derechos Humanos, justicia y bien común en la PP

También la PP reconoce el derecho de propiedad privada, pero acentuando sus limitaciones y las obligaciones sociales que conlleva. Comienza estableciendo lo que podríamos llamar el principio básico de ese derecho y de todos los otros derechos; lo hace citando a la constitución *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II: “Dios ha destinado la tierra, y todo lo que en ella se contiene, para uso de todos los hombres y de todos los pueblos, de modo que los bienes creados deben llegar a todos en forma justa, según la regla de la justicia, inseparable de la caridad.” (PP, 22). De tal manera que la encíclica de Pablo VI, dice, consecuentemente, lo siguiente:

“Todos los demás derechos, sean los que sean, comprendidos en ellos los de propiedad y comercio libre, a ello están subordinados; no deben estorbar, antes, al contrario, facilitar su realización, y es un deber social grave y urgente hacerlos volver a su finalidad primera.” (PP, 22).

Tomás de Aquino es el autor más citado como apoyo al derecho de propiedad por las anteriores encíclicas sociales. PP recurre prioritariamente a la Patrística, a los “Padres de la Iglesia” que han precisado cuál debe ser la actitud de los que poseen, respecto a

los que se encuentran en necesidad; cita a San Ambrosio que sostiene que “No es parte de tus bienes lo que tú das al pobre; lo que le das le pertenece.”; Pablo VI concluye: “Es decir, que la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional y absoluto.” (PP, 23).

“El bien común exige, pues, algunas veces la expropiación, sí, por el hecho de su extensión o de su explotación deficiente o nula o de la miseria que de ello resulta a la población o del daño considerable producido a los intereses del país, algunas posesiones sirven de obstáculo a la prosperidad colectiva.” (PP, 24).

El derecho de revolución, negado por otras encíclicas, como hemos visto, es reconocido como legítimo por la PP, “en el caso de tiranía evidente y prolongada, que atentase gravemente a los derechos fundamentales de la persona y damnificase peligrosamente el bien común del país”; le llama “insurrección revolucionaria” (PP, 31).

Reconoce el derecho a la instrucción: “un analfabeto es un espíritu subalimentado.” (PP, 35).

A final de cuentas, para que sea posible la vigencia de todos los derechos humanos para todos, es necesario la justicia, el bien común y la paz.

“No se trata sólo de vencer el hambre, ni siquiera de hacer retroceder la pobreza. El combate contra la miseria, urgente y necesario, es insuficiente. Se trata de construir un mundo donde todo hombre, sin excepción de raza, religión o nacionalidad, pueda vivir una vida plenamente humana, emancipado de las servidumbres que le vienen de parte de los hombres y de una naturaleza insuficiente dominada; un mundo donde la libertad no sea una palabra vana y donde el pobre Lázaro pueda sentarse a la misma mesa que el rico. Ello exige a este último mucha generosidad, innumerables sacrificios, y un esfuerzo sin descanso.” (PP, 47).

5. LABOREM EXERCENS, SOLLICITUDO REI SOCIALIS Y CENTESIMUS ANNUS DE JUAN PABLO II

5.1. Sobre el trabajo humano

El 14 de septiembre de 1981, Juan Pablo II dio su esplendorosa encíclica sobre el trabajo humano, *Laborem Exercens* (LE). En virtud del atentado que sufrió no pudo ser dada en la fecha prevista -15 de mayo de 1981- en el noventa aniversario de la R.N.

Considerando que el trabajo es el hombre mismo en acción, el ser humano en actividad productiva, LE., tiene como objeto actualizar el deber de la Iglesia de “recordar siempre la dignidad y los derechos de los hombres del trabajo, denunciar las situaciones en las que se violan dichos derechos...”. (LE., 1).

Respecto del “conflicto entre trabajo y capital” LE. reitera el principio sostenido siempre por la Iglesia “*de la prioridad del trabajo frente al capital*”. (LE.,12).

Este tema se relaciona con la cuestión del derecho de propiedad. El tratamiento que hace del mismo Juan Pablo II es referido fundamentalmente al de los medios de producción, que es, en realidad, la propiedad socialmente importante, ya que es la que genera la riqueza, la que determina la posición de los hombres en la sociedad. En LE. se reitera la tradicional doctrina de la Iglesia acerca de la propiedad, y que, prácticamente es la expuesta por Santo Tomás de Aquino. De acuerdo con esto la norma primaria de Derecho natural es que todas las cosas son para beneficio de todos los seres humanos (destino universal de los bienes); existiendo un derecho natural secundario a la propiedad privada. Para el Santo de Aquino tan importante es que esté individualizada la propiedad como que sea común su uso. Sin embargo, en caso de que la propiedad individualizada no beneficie a los demás, prevalece el principio primario del Derecho natural: todos los bienes deben beneficiar a todos los hombres.

Ahora bien, si LE hace esa reiteración, no se queda en ella, avanza en su consideración acerca de la propiedad y actualiza la doctrina tradicional al mundo industrial que vivimos. Como dice Efraín González Morfín, en cuestiones de propiedad “*propone el Papa una argumentación audaz e innovadora; exige que se apliquen a la empresa necesariamente socializada, las razones que Santo Tomás aduce a favor de la propiedad privada*”⁸. Para Juan Pablo II las reformas sociales necesarias no pueden efectuarse con la sola eliminación de la propiedad privada, pasando los medios de producción al Estado que tendrá “el monopolio de la administración y disposición”. La “socialización” no es colectivización o estatización de la propiedad. La alternativa que propone LE, en mi concepto, sin decirlo explícitamente, es la noción de *propiedad social* de los medios de producción, que no es privada (exclusiva y excluyente), ni pública (del Estado), sino de los trabajadores organizados.

Al referirse al capital y al trabajo, LE dice: “El considerarlos aisladamente como un conjunto de propiedades separadas con el fin de contraponerlos en la forma de capital y trabajo, y aún más, de realizar la explotación del trabajo, es contrario a la naturaleza misma de estos medios y de su posesión. Estos no pueden ser *poseídos contra el trabajo*, no pueden ser ni siquiera *poseídos para poseer*, porque el único título legítimo para su posesión –y esto ya sea en la forma de propiedad privada, ya sea en la propiedad pública o colectiva *es que sirvan al trabajo*; consiguientemente que, sirviendo al trabajo, hagan posible la realización del primer principio de aquel orden, que es el destino universal de los bienes y el derecho a su uso común” (LE, 14). En otro lugar LE establece: “El trabajo, en cierto sentido, es inseparable del capital y no acepta de ningún modo aquella antinomia, es decir la separación y contraposición con relación a los medios de producción, que han gravado sobre la vida humana en los últimos siglos, como fruto de premisas únicamente económicas” (LE, 15).

8 “Encíclica del Trabajo y la Solidaridad”, entrevistado por Alejandro Aviles. *Señal*. México, 28 de noviembre de 1981.

Ahora bien, si no se ha llegado a esta fusión entre capital y trabajo, a esa propiedad social de los medios de producción, el salario constituye la mediación clave para las relaciones justas entre capitales y trabajo.

“Hay que subrayar también que la justicia de un sistema socio-económico y, en todo caso, su justo funcionamiento merecen en definitiva ser valorados según el modo como se remunera justamente el trabajo humano dentro de tal sistema... En todo sistema que no tenga en cuenta las relaciones fundamentales existentes entre el capital y el trabajo, el salario, es decir, *la remuneración del trabajo*, sigue siendo una *vía concreta*, a través de la cual la gran mayoría de los hombres puede acceder a los bienes que están desinados al uso común: tanto los bienes de la naturaleza como los que son fruto de la producción”. (LE, 19).

5.2. “La preocupación social de la Iglesia”

El 11 de mayo de 1988, el Papa Juan Pablo II llegó a Oruro, Bolivia, y fue recibido por mineros y campesinos. Víctor López Arias, representante de los mineros, lo saludó con estas palabras:

“Hoy usted no ha podido escuchar la convocatoria de nuestras sirenas, porque los socavones están vacíos y en nuestros campamentos mineros sólo se oye el llanto de los niños... Hay 30,000 mineros desocupados que andan deambulando por las calles clamando justicia y nadie los escucha, porque para el economicismo en función del poder, las personas se transforman en cosas o en simples instrumentos de producción... El salario del obrero es una ofensa para su dignidad de persona humana y por ello se rebela adoptando diversas formas de lucha, que siempre es reprimida con violencia... ¿Qué podemos hacer frente a esta situación?”⁹

Juan Pablo II, sintió así, cara a cara, la provocación a la justicia y al respeto de los derechos humanos. Constató, en vivo, una vez más, como lo había hecho tantas veces a lo largo de sus viajes por el Tercer Mundo, la injusticia y el desprecio por el hombre y sus derechos, y que tan fuerte y claramente denunciara en su Encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*.

“La Preocupación Social de la Iglesia” –como se le conoce a esta encíclica en nuestro medio–, fue dada en Roma, el 30 de diciembre de 1987. Constituye la séptima encíclica del pontificado de Juan Pablo II, y la segunda de carácter estrictamente social.

El motivo de esta nueva encíclica lo constituye el vigésimo aniversario de la *Populorum Progressio* (“El Desarrollo de los Pueblos”) de Pablo VI. Los objetivos de “La Preocupación Social de la Iglesia” son dos: “rendir homenaje a este histórico documento de Pablo VI y a la importancia de su enseñanza”, y “afirmar una vez más la *continuidad* de la doctrina social junto con su constante *renovación*. En efecto, continuidad y renovación son una prueba de la *perenne validez* de la enseñanza de la Iglesia”. (SRS, 3).

9 *Esquila Misional*. México, agosto de 1988, p. 23.

Ricardo Antoncich llama la atención en el hecho de que *Sollicitudo Rei Socialis* (SRS) haya tomado como punto de referencia la *Populorum Progressio* (PP) y no la *Rerum Novarum* (RN) de León XIII, ya que todas las encíclicas sociales coinciden con los aniversarios de esta última, y es que *Populorum Progressio* ofrece un giro significativo en el propio magisterio de la Iglesia en materia social. “Desde las primeras encíclicas... se ha ido pasando a las nuevas, gracias a cambios progresivos... Desde el estilo académico y el énfasis filosófico en el derecho natural hacia el estilo cercano al pueblo, y la perspectiva más evangélica y evangelizadora. Desde lo atemporal de los conceptos hacia lo particular y concreto de los hechos históricos”.¹⁰

Las últimas encíclicas de carácter social, entonces, no se han quedado en meras declaraciones de principios teóricos, los que, por válidos que sean, aparecen como meras abstracciones sin incidencia alguna en la historia de los seres humanos; como principios de validez universal, pero atemporales, ahistóricos. El Magisterio de la Iglesia, del Concilio Vaticano II y hasta la SRS, pasando por los documentos episcopales latinoamericanos de mayor trascendencia, Medellín (1968) y Puebla (1979), historiza más sus enseñanzas. Y con relación a los derechos humanos, como dice Antoncich, de una presentación académica del Derecho natural, se ha pasado a una concretización histórica de los derechos humanos; podríamos decir, como hemos escrito en otras ocasiones, se ha pasado, en el discurso, a un iusnaturalismo histórico.¹¹

5.2.1. Las estructuras opresoras de las Formaciones Sociales Contemporáneas

El tema de los derechos humanos aparece presente en todo el texto de la *Sollicitudo Rei Socialis*. Por supuesto que no de una manera explícita, mencionados a cada momento, pero sí implícitamente a lo largo de toda la encíclica. También, en toda esta Carta Social, como tema relacionado con los derechos humanos, aparece lo relativo a la justicia.

El Mensaje Papal está tejido de dos tipos de hilos, formados por las binas: derechos humanos – violación de la dignidad del hombre; justicia – injusticia; desarrollo – subdesarrollo; opresión – liberación; gracia – pecado. Estas categorías antagónicas, son distintos modos de expresar la realidad de la historia del hombre contemporáneo, de las relaciones concretas que se dan entre los seres humanos. Una historia que se teje de amor y de odio, de vida y de muerte. SRS opta por la vida, porque la Iglesia tiene que reiterar su fe en el Dios de Jesús, que es Dios de Vida, Creador del hombre, de su dignidad y sus derechos. SRS hace, entonces, una condena moral de la violación de los derechos humanos, de la injusticia, del subdesarrollo, de la opresión, del pecado, del odio, de la muerte; y renueva su esperanza y obliga a una acción responsable por la Vida, esto es, por la vigencia plena de la dignidad del ser humano y sus derechos.

10 Antoncich, R., “*Sollicitudo Rei Socialis*. Proyección en América Latina”, en *Christus* No. 616, México, junio de 1988, p. 12.

11 Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo Histórico Analógico*, Ed. Porrúa, México, 2011.

Sobre todo, en sus partes II y III, que tratan de la “Novedad de la encíclica *Populorum Progressio*” y “Panorama del Mundo Contemporáneo”, la encíclica SRS hace un análisis profundo, que la lleva a una condena moral de las formaciones sociales contemporáneas, por su tipo de desarrollo apoyado en estructuras opresoras que provocan la injusticia y la violación sistemática de los derechos del hombre. Al referirse a las “causas políticas” como “un factor que no se puede omitir en el tema del desarrollo de los pueblos” (SRS, 20), SRS hace una condena tanto al capitalismo como al llamado “socialismo real” –“colectivismo marxista” le llama la encíclica– tanto considerados aisladamente, como enfrentados geopolíticamente como bloques: Este y Oeste, Oriente y Occidente. Esta contraposición política e ideológica de Oriente y Occidente los lleva a una *contraposición militar*, “dando origen a dos bloques, cada uno desconfiado y temeroso del prevalecer ajeno”. (SRS, 20).

Cuestión grave esta última no sólo para las dos potencias, quizás en los hechos reales mucho menos grave para ellas, pues en esa “guerra por el poder”, como atinadamente reconoce SRS, llevan a cabo la “instrumentalización de conflictos locales” (SRS 20), en donde resultan afectados los pueblos pobres del Tercer Mundo. La sangre que se derrama es la sangre de los otros.

La Encíclica se refiere al *imperialismo* de los grandes, que no permite a los países subdesarrollados transformarse en *naciones autónomas*, sino que son sólo “piezas de un mecanismo y de un engranaje gigantesco”, no respetándoseles ni su fisonomía cultural; este imperialismo o neocolonialismo hace que los pueblos pobres se vean “privados de su derecho de acceso a los bienes destinados a todos los hombres”. (SRS, 22). Pisoteados, pues, en su derecho a la vida.

Una de las consecuencias de este imperio de la muerte que niega al Dios de la Vida, es el caso dramático de millones de refugiados “a quienes las guerras, calamidades naturales, persecuciones y discriminaciones de todo tipo han hecho perder casa, trabajo, familia y patria. La tragedia de estas multitudes se refleja en el rostro descompuesto de hombres, mujeres y niños que, en un mundo dividido e inhóspito, no consiguen encontrar ya un hogar”. (SRS, 24).

La violación de los derechos humanos es sistemática –por sistema–, estructural, esto es, producto de unas estructuras injustas, “estructuras de pecado” les llama SRS. Estas “estructuras de pecado” “se fundan en el pecado personal y, por consiguiente, están unidas siempre a *actos concretos* de las personas, que las introducen y hacen difícil su eliminación. Y así estas mismas estructuras se refuerzan, se difunden y son fuente de otros pecados, condicionando la conducta de los hombres”. Y aunque “pecado” y “estructuras de pecado” son categorías aparentemente anacrónicas, la Encíclica dice bien al expresar que es necesario “dar un nombre a la raíz de los males que nos aquejan”. (SRS, 36).

Estas “estructuras de pecado” que conculcan estructuralmente los derechos humanos, dice SRS que se trata de “*mecanismos* económicos, financieros y sociales, los cuales, aunque manejados por la voluntad de los hombres, funcionan de modo casi automático, haciendo más rígidas las situaciones de riqueza de los unos y de pobreza de los otros”. (SRS, 16).

5.2.2. *El fetiche vs. el hombre*

Juan Pablo II, expresa que el *afán de ganancia exclusiva y la sed de poder van indisolublemente unidas*. Y son víctimas de estas dos “actitudes de pecado”, los individuos, las naciones y los bloques. “Y esto favorece mayormente la introducción de las *estructuras de pecado...* Si ciertas formas de imperialismo moderno se consideraran a la luz de estos criterios morales, se descubriría que bajo ciertas decisiones, aparentemente inspiradas solamente por la economía o la política, se ocultan verdaderas formas de idolatría: dinero, ideología, clase social y tecnología”. (SRS, 37).

Me parecen de extraordinaria importancia estas palabras del Papa, que van directamente a la condena de los fetiches, de los ídolos, que frecuentemente se construyen y, en aras de ellos, ofrendados a ellos, mejor dicho, se sacrifica a los seres humanos, se niega la vida de los humildes. Constituye el pecado de la idolatría: la creación de pequeños dioses, que implica la negación del Dios de la Vida, y el sacrificio de sus criaturas creadas a su imagen y semejanza. (Gén. 1, 26)

El fetichismo, socialmente hablando –sin negar la dimensión teológica–, es la suplantación de una realidad social y humana por una cosa. Javier Iguiniz escribe:

“Este fetichismo, aplicado a la suplantación de Dios por las cosas, nos coloca en el terreno de la idolatría. Esta suplantación tiene en el dinero un viejo personaje. Sin embargo, Juan Pablo II añade la ideología, la clase social y la tecnología. En todos los casos de idolatría señalados, el ser humano es el sometido y subordinado. Cuando el servicio al dinero, a una ideología, a una clase o al desarrollo de la tecnología llevan a la subordinación involuntaria del ser humano concreto y se convierten en la práctica en un fin, estamos desde el punto de vista de la teología, en el terreno de la idolatría y de la desviación respecto del correcto cauce del desarrollo. Es evidente que estos criterios se pueden aplicar a otras formas de idolatría...”¹²

Este fetichismo, esta idolatría, se puede aplicar también al campo de lo jurídico. Aquí el fetichizado es el Derecho objetivo, es decir las leyes, la normatividad, en detrimento de los derechos humanos y la justicia. El Derecho moderno, tanto su normatividad como su sistematicidad científica, ha sufrido un proceso de fetichización. Se le considera como el absoluto. Como algo fuera del control del hombre, al cual es necesario obedecer ciegamente y rendir culto. Como hace notar Jean Jacques Gleizal: “Las facultades del derecho están concebidas para celebrar el culto de la ley, gracias a la cual la sociedad pueda funcionar”.¹³

12 Iguiniz, Javier, “Desarrollo y liberación desde la Doctrina Social”, en *Páginas* No. 89-90, Lima, abril de 1988, p. 20.

13 Gleizal, Jean Jacques, “L’enseignement du droit” en *Por une critique du Droit*, Ed. Maspero, París, 1978, p. 98.

Lo anterior es en virtud del positivismo jurídico que ha tenido un gran desarrollo en las formaciones sociales contemporáneas, tanto capitalistas como socialistas. El ser humano y sus derechos pasan a ocupar un lugar de segundo orden dentro de la concepción iuspositivista que es la dominante. De aquí se derivan posiciones jurídicas que fetichizan la ley y, por lo tanto, son inhumanas.

De igual manera sucede con la corriente iuspositivista de corte racionalista. Esta considera que lo relativo a la justicia pertenece al campo de la moral y por lo tanto es ajena al Derecho. Moral y Derecho son autónomos. Por otro lado, la corriente neoliberal del Derecho ha aportado su criterio de justicia, vaciando a ésta de contenido. Hayek, uno de los principales teóricos del neoliberalismo nos proporciona un criterio de justicia eminentemente formal:

“A la justicia no le importan los resultados de las transacciones, sino sólo si estas transacciones son en sí justas... el resultado de una transacción perfectamente justa puede ser que una de las partes obtenga muy poco de ella y otra mucho.”¹⁴

Es decir, que lo que importa para la justicia es un acuerdo formal de voluntades que intercambian, siendo irrelevante lo que a su vez cada parte se otorga.

Los mecanismos sociales fetichizados oprimen al ser humano, especialmente a los débiles. El Derecho objetivo, al fetichizarse, deja en segundo término lo relativo a los derechos humanos. La dignidad humana es sacrificada en aras de la ley, que viene a juridizar la explotación económica y social.

5.2.3. Catálogo mínimo de derechos

Como dijimos, el tema de los derechos humanos se encuentra en todo el texto de la *Sollicitudo Rei Socialis* (SRS), de una manera implícita; destaca el derecho fundamental a una vida digna. En algunos lugares del documento pontificio, sin embargo, se hacen referencias explícitas muy importantes a algunos derechos humanos, de tal modo que podemos extraer de la SRS un catálogo mínimo de los mismos.

Consecuente con la concepción de que el ser humano es un ser individual y social, personal y comunitario, SRS enfatiza la importancia tanto de los derechos individuales como de los sociales del ser humano.

SRS destaca como un signo positivo del mundo contemporáneo, la conciencia que ha adquirido el ser humano de sus derechos, “la plena conciencia, en muchísimos hombres y mujeres, de su propia dignidad y de la de cada ser humano. Esta conciencia se expresa, por ejemplo, en una viva preocupación por el respeto de los derechos humanos

14 Hayek, F., *Derecho, Legislación y Libertad. Vol I. Normas y Orden*, Unión Editorial, S.A., Madrid, 1978, págs. 217-218.

y en el más decidido rechazo de sus violaciones... La conciencia de la que hablamos no se refiere solamente a los individuos, sino también a las *naciones* y a los *pueblos*, los cuales, como entidades con una determinada identidad cultural, son particularmente sensibles a la conservación, libre gestión y promoción de su precioso patrimonio". (SRS, 26).

Se destacan en la encíclica, expresamente, los siguientes derechos, los cuales en ocasiones se enuncian de manera negativa, es decir, denunciando su violación: derecho a la vida en todas las fases de su existencia (SRS, 32); derecho a una vivienda digna (SRS, 17); derecho a la instrucción, incluso a niveles superiores de la misma; derecho a la libertad religiosa; derecho a la libertad de asociación; derecho a no ser discriminado por cuestiones raciales (SRS, 15); los derechos de la familia como comunidad social básica (SRS, 32).

La encíclica SRS insiste en el derecho a la libertad para "tomar iniciativas en materia económica", considerando el documento pontificio que dicha libertad es conculcada tanto en la formación socialista como en la capitalista. (SRS, 15).

SRS destaca, también, el derecho de decisión política, como "derecho a participar en la construcción de la sociedad". Considera, por lo tanto, como un obstáculo para el ejercicio de este derecho el que un grupo social minoritario concentre en sí mismo las decisiones políticas fundamentales. (SRS, 15).

Como derechos específicos de los trabajadores SRS señala el derecho al empleo, al trabajo (SRS, 18) y a la libertad de formar sindicatos (SRS, 15); estos dos derechos ya habían sido enunciados por Juan Pablo II en su Encíclica *Laborem Exercens*, junto con el derecho a un salario remunerador y digno y el derecho de huelga.

"La Preocupación Social de la Iglesia" pone énfasis en los derechos de los pueblos, como el de "acceso a los bienes destinados a todos los hombres" (SRS, 22) y a "la conservación, libre gestión y promoción de su precioso patrimonio". (SRS, 26). Se debe reconocer "a cada pueblo igual derecho a 'sentarse al banquete de la mesa común', en lugar de yacer a la puerta como Lázaro". (SRS, 32).

Juan Pablo II en su SRS vincula la noción de desarrollo, de desarrollo auténtico o integral, a la cuestión de los derechos humanos. "No sería verdaderamente *digno del hombre* un tipo de desarrollo que no respetara y promoviera los *derechos humanos*, personales y sociales, económicos y políticos, incluidos los *derechos de las Naciones y de los pueblos*". (SRS, 32).

5.2.4. El "ser" y el "tener" y el derecho de propiedad

Mención aparte merece el tratamiento relativo al derecho de propiedad. Juan Pablo II liga lo relativo a la tenencia de los bienes con el tema de la dualidad del "ser" y del "tener" y con el tema del trabajo humano. En este sentido la Encíclica *Sollicitudo Rei*

Socialis viene a profundizar lo ya tratado por el Pontífice en su Carta *Laborem Exercens*. Veamos la palabra del Papa:

“Ciertamente, la diferencia entre ‘ser’ y ‘tener’, y el peligro inherente a una mera multiplicación o sustitución de cosas poseídas respecto al valor del ‘ser’, no debe transformarse necesariamente en una *antinomia*. Una de las mayores injusticias del mundo contemporáneo consiste precisamente en esto: en que son relativamente *pocos* los que poseen mucho, y *muchos* los que poseen casi nada. Es la injusticia de la mala distribución de los bienes y servicios destinados originariamente a todos.”

“Este es pues el cuadro: están aquellos –los pocos que poseen mucho– que no llegan verdaderamente a ‘ser’, porque, por una inversión de la jerarquía de los valores, se encuentran impedidos por el culto del ‘tener’; y están los otros –los muchos que poseen poco o nada– los cuales no consiguen realizar su vocación humana fundamental al carecer de los bienes indispensables”. (SRS, 28).

La polaridad del “tener-ser” está ligada a las *prioridades*, a un orden jerárquico: (SRS, 28). Esas prioridades las había ya señalada Juan Pablo II en su primera encíclica *Redemptor Hominis*: “El sentido esencial de esta ‘realeza’ y de este ‘dominio’ del hombre sobre el mundo visible, asignado a él como cometido por el Creador, consiste en la prioridad de la ética sobre la técnica, en el primado de la persona sobre las cosas, en la superioridad del espíritu sobre la materia”. (RH, 16, a).

El tema del derecho de propiedad está, como decíamos, en relación con los polos del “ser” y el “tener”, muy especialmente en el de la propiedad de los medios de producción. Las cosas ordenadas al servicio del hombre; el capital en función del trabajo: es el criterio que debe regir las relaciones de los seres humanos a través de los bienes. El derecho de propiedad sólo así es legítimo según las enseñanzas del Papa.

Si lo anterior es señalado como el criterio moral para las relaciones sociales que pasan mediadas por las cosas, la exigencia ética para el interior de la propia Iglesia, es más radical. SRS a este respecto hace un rescate de la tradición de las enseñanzas de los Padres de la Iglesia en relación a la propiedad.

“Así, pertenece a la *enseñanza* y a la *praxis* más antigua de la Iglesia la convicción de que ella misma, sus ministros y cada uno de sus miembros, están llamados a aliviar la miseria de los que sufren cerca o lejos, no sólo con lo ‘superfluo’, sino con lo ‘necesario’. Ante los casos de necesidad, no se debe dar preferencia a los adornos superfluos de los templos y a los objetos preciosos del culto divino; al contrario, podría ser obligatorio enajenar estos bienes para dar pan, bebida, vestido y casa a quienes carecen de ello. Como ya se ha dicho, se nos presenta aquí una ‘jerarquía de valores’ –en el marco del derecho de propiedad– entre el ‘tener’ y el ‘ser’, sobre todo cuando el ‘tener’ de algunos puede ser a expensas del ‘ser’ de tantos otros.” (SRS, 31).

El hecho de retomar, en la enseñanza actual de la Iglesia, la práctica de las primeras comunidades cristianas y la enseñanza de la Patrística, como dice Antoncich “puede

desencadenar una enorme revolución cristiana y que sería un gran signo para nuestros tiempos: la relación entre las riquezas de la Iglesia y las necesidades urgentes de los pobres”; urgente revolución, pues como señala el propio Antoncich, para los pueblos pobres “puede constituir un escándalo las riquezas de la Iglesia en medio de situaciones de miseria, como ya es escándalo la brecha que separa hermanos cristianos ricos de hermanos cristianos pobres, según Puebla (CF, 28).”¹⁵

De tal modo que el importantísimo rescate de la más antigua tradición de la Iglesia respecto a las cuestiones de propiedad, hecha por Juan Pablo II en la SRS, viene a revertirse en un cuestionamiento al seno de la misma Iglesia, que frecuentemente ha traicionado –hemos traicionado– sus principios. Es bueno, sin embargo, tener siempre presente lo que escribió Teodoro Haecker: “Pero los principios mismos, como *principios*, nunca han sido abandonados nunca será abandonados: siempre son, cuando menos ‘predicados’. En cuanto dejan de ser predicados, sale a escena la apostasía”.¹⁶

5.3. A Cien años

El primero de mayo de 1991 Juan Pablo II, dio la encíclica social *Centesimus Annus* (CA), conmemorando el siglo transcurrido de la expedición de la RN.

Se trata de un documento reiterativo de las enseñanzas sociales de la Iglesia en los últimos cien años, desde la óptica particular del Pontífice polaco, que reafirma su propia visión eclesial del mundo y de las “cosas nuevas” de hoy.

Consta de una Introducción y seis capítulos. El primero es una visión de Juan Pablo II sobre la RN; el segundo se refiere a las “cosas nuevas” de hoy; el tercero constituye una reflexión de la importancia histórica del año de 1989, en que la Europa del Este se transformó, con la caída del socialismo real”, el cuarto trata sobre la propiedad privada y el destino universal de los bienes; el quinto se refiere al Estado y a la cultura, es la teoría del Estado de Juan Pablo II, podríamos decir; y el sexto se titula: “El hombre es el camino de la Iglesia”.

El hecho de constatar el fracaso de los sistemas socialistas, no lleva a la aceptación acrítica de la economía capitalista. CA acepta un sistema económico que reconozca el papel fundamental y positivo de la empresa, del mercado, de la propiedad privada y de la consiguiente responsabilidad para con los medios de producción, de la libre creatividad humana en el sector de la economía, pero propone que sería más apropiado, en lugar del capitalismo, llamarle “economía de empresa”, “economía de mercado” o “economía libre”. De ningún modo acepta un “capitalismo radical”, en el cual “la libertad, en el ámbito económico, no está encuadrada en un sólido contexto jurídico que la ponga al servicio de la libertad humana integral y la considere como una particular

15 Antoncich, *Op. Cit.*, págs. 8 y 9.

16 Haecker, Teodoro, “El Poder y la Historia”, en *Nexo*, Buenos Aires, marzo de 1988, p. 80.

dimensión de la misma, cuyo centro es ético y religioso...” (CA, 42), ya que “permanecen en el mundo, fenómenos de marginación y explotación”, muchedumbres que aún viven “en condiciones de gran miseria material y moral”. (CA, 42).

También CA se refiere al derecho de propiedad privada como un derecho “fundamental en toda persona para su autonomía y su desarrollo” (CA, 30); pero agrega que “no es un derecho absoluto, ya que en su naturaleza de derecho humano lleva inscrita la propia limitación (CA, 30), que es el destino universal de los bienes.

La encíclica reconoce los derechos humanos laborales “para evitar que el trabajo del hombre y el hombre mismo se reduzcan al nivel de simple mercancía”; siendo esos derechos: “el salario suficiente para la vida de familia, los seguros sociales para la vejez y el desempleo, la adecuada tutela de las condiciones de trabajo” (CA, 34). Este reconocimiento implica la defensa de esos derechos por la gestión de los sindicatos:

“Se abre aquí un vasto y fecundo *campo de acción y de lucha*, en nombre de la justicia, para los sindicatos y demás organizaciones de los trabajadores que defienden sus derechos y tutelan su persona...” (CA, 35).

6. *CARITAS IN VERITATE* (CV), DE BENEDICTO XVI

La encíclica *Caritas in Veritate* del papa Benedicto XVI, fue dada el 29 de junio de 2009, solemnidad de San Pedro y San Pablo. Se publica en español con este título: “La Caridad en la Verdad. Sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad”.

El subtítulo hace recordar la *Populorum Progressio* del papa Pablo VI, que constituye el texto de referencia de la encíclica del papa alemán; y el capítulo primero se dedica al mensaje de la PP y el segundo al “desarrollo humano en nuestro tiempo”, continuando con la temática.

La introducción es el testimonio escrito del pensamiento del teólogo Ratzinger; el papa Benedicto establece en esa parte el fundamento de su encíclica social. La *caridad en la verdad* que testimonia Jesucristo, “es la principal fuerza impulsora del auténtico desarrollo de cada persona y de toda la humanidad.” (CV, 1).

La verdad se debe defender, proponer y testimoniar en la vida, y hacerlo implica actuar con caridad: Y la “caridad es la vía maestra de la doctrina social de la Iglesia. Todas las responsabilidades y compromisos trazados por esa doctrina provienen de la caridad que según la enseñanza de Jesús es la síntesis de toda la Ley (Cf. Mt. 22, 36-40).” (CV, 2). Existe, entonces, relación muy cercana entre la verdad y la caridad.

“Por esta estrecha relación con la verdad, se puede reconocer a la caridad como expresión auténtica de humanidad y como elemento de importancia fundamental en las relaciones humanas, también las de carácter público. *Sólo en la verdad resplandece la caridad* y puede ser vivida auténticamente.” (CV, 3).

Considera que “un cristianismo de caridad sin verdad”, es sólo “reserva de buenos sentimientos” (CV, 4); además, sin verdad, sin “amor por lo verdadero”, no hay conciencia ni responsabilidad social y “la actuación social se deja a merced de intereses privados y de lógicas de poder.” (CV, 5).

6.1. Derechos humanos, justicia y bien común en CV

La encíclica trata de algunos derechos humanos haciendo una crítica a la economía de mercado globalizado, con una ideología neoliberal que la sostiene, que es el capitalismo individualista de los tiempos que corren. Así se refiere a los derechos de los trabajadores y a la seguridad social:

“Estos procesos han llevado a la *reducción de la red de seguridad social* a cambio de la búsqueda de mayores ventajas competitivas en el mercado global, con grave peligro para los derechos de los trabajadores, para los derechos fundamentales del hombre y para la solidaridad en las tradicionales formas del Estado social. Los sistemas de seguridad social pueden perder la capacidad de cumplir su tarea, tanto en los países pobres, como en los emergentes, incluso en los ya desarrollados desde hace tiempo.” (CV, 25).

Destacan en la encíclica, por su defensa explícita, los derechos a la alimentación y al agua para todos.

“El derecho a la alimentación y al agua tiene un papel importante para conseguir otros derechos, comenzando ante todo por el derecho primario a la vida. Por tanto, es necesario que madure una conciencia solidaria que considere *la alimentación y el acceso al agua como derechos universales de todos los seres humanos, sin distinciones ni discriminaciones.*” (CV, 27).

La encíclica *Caritas in Veritate* es la primera encíclica social que trata directamente de los problemas ambientales y se refiere a lo que podríamos llamar derechos ecológicos. Sostiene que el modelo de desarrollo debe ser revisado. “Lo exige, en realidad, el estado de salud ecológica del planeta...” (CV, 32).

“Hoy, las cuestiones relacionadas con el cuidado y salvaguardia del ambiente han de tener debidamente en cuenta los *problemas energéticos*. En efecto, el acaparamiento por parte de algunos estados, grupos de poder y empresas de recursos energéticos no renovables, es un grave obstáculo para el desarrollo de los países pobres.” (CV, 49).

Pablo VI, en una carta apostólica dada con motivo del ochenta aniversario de la *Rerum Novarum*, había hecho referencia ya al peligro de la destrucción de la naturaleza. En *Octogesima Adveniens*¹⁷, el papa Montini, al hablar de la transformación de la actividad humana:

17 Tiene fecha de 14 de mayo de 1971, está dirigida al cardenal Mauricio Roy, presidente del consejo para los seglares y de la Comisión “Justicia y Paz”.

“Bruscamente, la persona adquiere conciencia de ella; debido a una explotación inconsiderable de la naturaleza, corre el riesgo de destruirla y de ser a su vez víctima de esta degradación.” (OA, 21).

Esta grave advertencia, este mensaje del papa Pablo VI, “pasó inadvertido por los líderes económicos y políticos durante décadas.”¹⁸

CV insiste en la relación entre deberes y derechos; los segundos no podrán ser efectivos, sin el cumplimiento de los primeros.

“En la actualidad, muchos pretenden pensar que no deben nada a nadie, si no es a sí mismos. Piensan que sólo son titulares de derechos y con frecuencia les cuesta madurar en su responsabilidad respecto al desarrollo integral propio y ajeno. Por ello, es importante urgir una nueva reflexión sobre los *deberes que los derechos presuponen, y sin los cuales éstos se convierten en algo arbitrario.*” (CV, 43).

A la justicia el papa Benedicto XVI la relaciona con la caridad, y hace reflexiones muy interesantes respecto de esa relación: justicia-caridad, caridad-justicia:

“Ante todo, la justicia. *Ubi societas, ibi ius*: toda sociedad elabora un sistema propio de justicia. *La caridad va más allá de la justicia*, porque amar es dar, ofrecer de lo «mío» al otro; pero nunca carece de justicia, la cual lleva a dar al otro lo que es «suyo», lo que le corresponde en virtud de su ser y de su obrar. No puedo «dar» al otro de lo mío sin haberle dado en primer lugar lo que en justicia le corresponde. Quien ama con caridad a los demás, es ante todo justo con ellos. No basta decir que la justicia no es extraña a la caridad, que no es una vía alternativa o paralela a la caridad: la justicia es: «inseparable de la caridad», intrínseca a ella. La justicia es la primera vía de la caridad o, como dijo Pablo VI, su «medida mínima», parte integrante de ese amor «con obras y según la verdad» (1 Jn 3, 18), al que nos exhorta el apóstol Juan. Por un lado, la caridad exige justicia, el reconocimiento y el respeto de los legítimos derechos de las personas y los pueblos. Se ocupa de la construcción de la «ciudad del hombre» según el derecho y la justicia. Por otro, la caridad supera la justicia y la completa siguiendo la lógica de la entrega y el perdón. La «ciudad del hombre» no se promueve sólo con relaciones de derechos y deberes sino, antes y más aún, con relaciones de derechos de gratuidad, de misericordia y de comunión. La caridad manifiesta siempre el amor de Dios también en las relaciones humanas, otorgando valor teológico y salvífico a todo compromiso por la justicia en el mundo.” (CV, 6).

De tal modo que: “Desear *el bien común* y esforzarse por él *es exigencia de justicia y caridad.*” (CV, 7).

Derechos o facultades; deberes u obligaciones; bien común; justicia; caridad están íntimamente relacionadas y urgen su presencia en la realidad.

18 González Ayala, Fr. José Ezequiel, “La reflexión ecológica en la historia de la Iglesia Católica”, en *Hor-tensio* No. 8, Revista de Filosofía y Teología, Agustiniانو Instituto Filosófico-Teológico, México, septiembre de 2016, p. 9.

7. *LAUDATO SI* (LS) Y *FRATELLI TUTTI* (FT) DEL PAPA FRANCISCO

7.1. Sobre la encíclica *Laudato Si*

La carta encíclica *Laudato Si* (Alabado seas) “Sobre el cuidado de la casa común”; del papa Francisco fue dada el 24 de marzo de 2015, en la solemnidad de Pentecostés.

Se trata de una encíclica social verdaderamente innovadora; ya que “la doctrina social de la Iglesia”, dice el papa, “está llamada a enriquecerse cada vez más a partir de nuevos desafíos.” (LS, 63). Trata una temática nueva, ya que plantea la “cuestión social” como ecológica, como ambiental; rescata los derechos de los pobres, entre ellos, la “pobre tierra”. “Por eso, entre los más pobres más abandonados y maltratados, está nuestra oprimida y devastada tierra...” (LS, 2).

“No hay dos crisis separadas, una ambiental y otra social, sino una sola y compleja crisis socio-ambiental. Las líneas para la solución requieren una aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y simultáneamente para cuidar la naturaleza.” (LS, 139).

La encíclica comienza con el canto de Francisco de Asís: “Laudato si’, mi Signore” –“Alabado seas, mi Señor”. “En este hermoso cántico nos recordaba que nuestra casa común es también una hermana con la cual compartimos la existencia, y como una madre bella que nos acoge entre sus brazos.” (LS, 1).

Fray José Ezequiel González Ayala, que da una visión de la reflexión ecológica en la historia de la Iglesia, hace notar que en la LS aparecen dos citas de San Basilio Magno, obispo de Cesarea, de su obra *Hexameron*, que se trata de homilías que “tenían como finalidad presentar una teología de la naturaleza y del hombre”¹⁹, ya que tratan de los seis días de la Creación; datan del siglo IV.

Dice Fidel Aizpurúa que LS “es un referente en espiritualidad ecológica”.²⁰ Y agrega que: “Nunca la Iglesia católica había hecho una propuesta más lúcida sobre un problema del que depende el futuro del planeta.”²¹

Oscar de la Torre explica la organización social y económica que motiva la LS:

“Asimismo se hace énfasis en cómo el modelo de desarrollo en curso –regido por la lógica de la acumulación y el consumo–, en su actual fase de reconfiguración neoliberal, ha transformado radicalmente nuestra realidad mediante la mercantilización de los bienes comunes globales, fundamentales para la reproducción de la vida humana y los ecosistemas naturales, esto es, la mercantilización de todos aquellos bienes necesarios para una vida digna: el agua, las semillas, la biodi-

19 *Ibidem*, p. 8.

20 Aizpurúa Donazar, OFM Cap., Fidel, “*Laudato Si*: ¿Una voz en el desierto?” en *Christus* No. 821, México, abril-mayo-junio de 2018, p. 47.

21 *Ibidem*, p. 19.

versidad. Por esto, la encíclica apela a una *redefinición del progreso* ligado a la noción del bien común y a su construcción en el aquí y el ahora, y no en la espera del futuro incierto que pregona el modelo de desarrollo bajo la idea del progreso económico, técnico y científico infinito –idea de la utopía en el futuro–.²²

7.1.1. *Algunas cuestiones de derechos humanos, justicia y bien común en LS*

LS hace una crítica al “relativismo práctico” que, cuando se adopta, hace perder fuerza a la ley, porque ese relativismo es parte de una cultura corrompida que no reconoce “verdad objetiva o unos principios universalmente válidos”, de tal modo que “las leyes se entenderán como imposiciones arbitrarias y como obstáculos a evitar.” (LS, 123).

Dice el papa Francisco que:

“Hace falta incorporar la perspectiva de los derechos de los pueblos y las culturas, y así entender que el desarrollo de un grupo social supone un proceso histórico dentro de un contexto cultural y requiere del continuado protagonismo de los actores sociales locales *desde* su propia cultura. Ni siquiera la noción de calidad de vida puede imponerse, sino que debe entenderse dentro del mundo de símbolos y hábitos propios de cada grupo humano.” (LS, 144).

Así lo explica Oscar de la Torre:

“La construcción moderna de la naturaleza –separada del ser humano y subsumida en la lógica de explotación continua– no permite pensar en interacciones mutuas entre ser humano y naturaleza, ni plantear equilibrios ni límites. Por esto es que los movimientos sociales contemporáneos de base territorial –principalmente los indígenas y campesinos–, al luchar por la soberanía alimentaria, la autodeterminación, la diversidad cultural y la defensa del territorio, construyen una territorialidad propia basada en el lugar, que pasa por la constitución de un tipo de relación diferente con la naturaleza. Tal relación implica superar la concepción dicotómica de la modernidad capitalista, lo que se nutre tanto de las prácticas y planteamientos políticos de los movimientos étnicos y campesinos, así como de la recuperación de la historia propia, lo que conlleva comprender las concepciones de los pueblos originarios que han poblado *Nuestra América* desde antes de la conquista y colonización europea.”²³

Las normas de derecho objetivo, el derecho positivo, no tiene los valores comunitarios de los pueblos originarios, por eso dice LS “el derecho a veces se muestra insuficiente.” (LS, 179).

22 De la Torre de Lara, Oscar Arnulfo, “La encíclica *Laudato Si* y la Tradición Iberoamericana de los Derechos Humanos: Dignidad de la Persona y Derechos Humanos”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas* No. 41 de la Escuela Libre de Derecho, México, 2017, p. 132.

23 *Ibidem*, p. 131.

Francisco dice que: “La ecología humana es inseparable de la noción de bien común, en un principio que cumple un rol central y unificador de la ética social” (LS, 156); ese “bien común presupone el respeto a la persona humana... con derechos básicos e inalienables ordenados a su desarrollo integral” (LS, 157); y en la realidad de la sociedad mundial en donde “cada vez son más las personas descartables, privadas de derechos humanos básicos, el principio del bien común se convierte inmediatamente, como lógica e ineludible consecuencia, en un llamado a la solidaridad y en una opción preferencial por los más pobres.” (LS, 158); además, la “noción de bien común incorpora también a las generaciones futuras” (LS, 159).

LS explícitamente habla del “derecho al agua”, el “derecho al alimento” y el derecho de propiedad.

Contundente es el reconocimiento que hace sobre el derecho al vital líquido:

“Mientras se deteriora constantemente la calidad del agua disponible, en algunos lugares avanza la tendencia a privatizar este recurso escaso, convertido en mercancía que se regula por las leyes del mercado. En realidad, *el acceso al agua potable y segura es un derecho humano básico, fundamental y universal, porque determina la sobrevivencia de las personas, y por lo tanto es condición para el ejercicio de los demás derechos humanos*. Este mundo tiene una grave deuda social con los pobres que no tienen acceso al agua potable, porque eso *es negarles el derecho a la vida radicado en su dignidad inalienable*.” (LS, 30).

El “alimento que se desecha es como si se robara de la mesa del pobre” (LS, 50), al decir esto la encíclica reconoce implícitamente el derecho a la alimentación.

Con relación al derecho de propiedad, LS hace un tratamiento muy interesante y, en algunos aspectos, singular, respecto de las otras encíclicas sociales. Denuncia que el sistema de relaciones comerciales y de propiedad es “estructuralmente perverso”; por eso la propiedad les está vedada a los pobres para “satisfacer sus necesidades vitales” (LS, 52). Reafirma la tradición de la doctrina social católica en el sentido de que la propiedad privada tiene función social (LS, 93); afirma que todos tienen derecho natural a la propiedad y cita, como ejemplo, a los Obispos de Paraguay que sostienen que: “Todo campesino tiene derecho natural a poseer un lote racional de tierra donde pueda establecer su hogar, trabajar para la subsistencia de su familia y tener seguridad existencial.” (LS, 94).

La novedad con relación al derecho de propiedad o dominio está en esta afirmación: “El medio ambiente es un bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos. Quien se apropia algo es sólo para administrarlo en bien de todos. Si no lo hacemos, cargamos sobre la conciencia el peso de negar la existencia de los otros.” (LS, 95).

Nuestra casa común es, a final de cuentas, patrimonio de todos.

7.2. Sobre la encíclica *Fratelli Tutti*

La carta encíclica *Fratelli Tutti* (FT) “Sobre la fraternidad y la amistad” del papa Francisco, fue dada en Asís, el 3 de octubre de 2020.

Bellísima encíclica, en el año mismo de la pandemia terrible de la *covid 19*, que ha mostrado no sólo la fragilidad humana sino la solidaridad de hecho o interdependencia entre todos, es decir la relación estrecha de unos con otros, nos guste o no; y también, por eso mismo, la necesidad de la solidaridad ética. Dice Mario Patrón que FT parte de la “interdependencia, entendida como dato fundamental de la condición humana”, y propone una alternativa a la interdependencia de la “globalización capitalista” por “un modo alternativo de interdependencia donde sea el cuidado no el consumo el que de sentido a nuestras relaciones. Una interdependencia que elija la solidaridad y la fraternidad como principales caminos para alcanzar la libertad y la equidad.”²⁴

Barranco afirma que la FT es secuela y complemento de la LS, y que el papa Mario Bergoglio, con la FT, “refresca la tradición cristiana en materia social y rejuvenece la manera en que la doctrina social de la Iglesia debe incidir en la realidad. Desde la fraternidad, permite mirar el mundo con esperanza y admite la posibilidad de soñar.”²⁵

Antes de adentrarnos en los aspectos jurídicos de FT, es importante decir algo de la teología que anima a Francisco. Así entenderemos mejor no sólo la FT sino también la LS.

Juan Carlos Scannone, jesuita argentino, cercano a Jorge Bergoglio, sí por jesuita y por argentino, pero también por afinidades teológicas, sostiene que el Papa Francisco es portador, desde el Sur, de la “teología argentina del pueblo”.

Scannone explica como la “teología del pueblo” entendió la categoría *pueblo*: “desde la unidad plural de una cultura común, enraizada en una común historia, y proyectada hacia un bien común compartido.”²⁶ Siguiendo a Boasso escribe:

“En América Latina (AL) son los pobres quienes, al menos de hecho, conservan como estructurante de su vida y convivencia la cultura propia de su pueblo, así como su memoria histórica, y cuyos intereses coinciden con un proyecto histórico común de justicia y paz, siendo así que vienen oprimidos por una situación de injusticia estructural y de violencia institucionalizada. Por ello, en AL, al menos

24 Patrón, Mario, “*Fratelli Tutti*, otro modo de interdependencia”, en *La Jornada*, México, 22 de octubre de 2020.

25 Barranco V., Bernardo, “*Fratelli Tutti*, encíclica posneoliberal de Francisco”, en *La Jornada*, México, 14 de octubre de 2020.

26 Scannone, Juan Carlos, “Vientos nuevos del Sud: La teología argentina del pueblo y el Papa Francisco”, *Pistis e Praxis: teología e pastoral*, V. 8, No. 3, Pontificia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, diciembre 2016, doi.org/10.7213/2175-1838.08.003.D003, p. 589.

de facto, coincide la opción por los pobres y por la cultura. Y, probablemente, también, *de jure*, porque son ellos –que sólo son Juan Pueblo, sin los privilegios del poder, tener o saber–, quienes transparentan mejor la cultura de su pueblo.”²⁷

Esta “teología del pueblo” sostiene Scannone, es una corriente de la *teología de la liberación* con “razgos propios”, con un “distanciamiento crítico del método marxista de análisis social”.²⁸

Esa visión de *pueblo* aparece claramente en FT en el Capítulo Quinto denominado “La mejor Política”. Dice el papa Francisco: “En efecto, la categoría de ‘pueblo’ es abierta. Un pueblo vivo, dinámico y con futuro en el que está abierto permanentemente a nuevas síntesis incorporando al diferente.” (FT, 169).

“La categoría de pueblo, que incorpora una valoración positiva de los lazos comunitarios y culturales, suele ser rechazada por las visiones liberales individualistas, donde la sociedad es considerada una mera suma de intereses que coexisten. Hablan de respeto a las libertades, pero sin la raíz de una narrativa común. En ciertos contextos, es frecuente acusar de populismo a todos los que defienden los derechos de los más débiles de la sociedad. Por estas visiones, la categoría de pueblo es una mitificación de algo que en realidad no existe. Sin embargo, aquí se crea una polarización innecesaria, ya que ni la idea de pueblo ni la de prójimo son categorías puramente míticas o románticas que excluyan o desprecien la organización social, la ciencia y las instituciones de la sociedad civil.” (FT, 163).

La FT reafirma la importancia de la noción de *pueblo*.

“El intento por hacer desaparecer del lenguaje esta categoría podría llevar a eliminar la misma palabra “democracia” –es decir: el “gobierno del pueblo”–. No obstante, si no se quiere afirmar que la sociedad es más que la mera suma de los individuos, se necesita la palabra “pueblo”. La realidad es que hay fenómenos sociales que articulan a las mayorías, que existen megatendencias y búsquedas comunitarias. También que se puede pensar en objetivos comunes, más allá de las diferencias, para conformar un proyecto común. Finalmente, que es muy difícil proyectar algo grande a largo plazo si no se logra que eso se convierta en un sueño colectivo. Todo esto se encuentra expresado en el sustantivo “pueblo” y en el adjetivo “popular”. Si no se incluyen –junto con una sólida crítica a la demagogia– se estaría renunciando a un aspecto fundamental de la realidad social.” (FT, 157).

7.2.1. Tratamiento de los derechos en la FT

FT, partiendo de la realidad, considera que “los derechos humanos no son iguales para todos.” (FT, 22).

²⁷ *Ibidem*, p. 590.

²⁸ Cfr. Scannone, *Op. Cit.*, p. 592-593.

“En el mundo de hoy persisten numerosas formas de injusticia, nutridas por visiones antropológicas reductivas y por un modelo económico basado en las ganancias, que no duda en explotar, descartar e incluso matar al hombre. Mientras una parte de la humanidad viven en opulencia, otra parte ve su propia dignidad desconocida, despreciada o pisoteada y sus derechos fundamentales ignorados o violados”. (FT, 22).

Denuncia también que las mujeres no “tienen exactamente la misma dignidad e idénticos derechos que los varones.” (FT, 23); y que, hoy mismo, persisten “condiciones similares a la esclavitud” que padecen muchas personas de todas las edades (FT, 24).

Reafirma el derecho a no emigrar, lo que significa derecho “a tener las condiciones para permanecer en la propia tierra” (FT, 37).

Francisco habla de “una mala comprensión de los derechos humanos”, por su tendencia individualista. “Si el derecho de cada uno no está armónicamente ordenado al bien más grande, termina por concebirse sin limitaciones y, consecuentemente, se transforma en fuente de conflictos y de violencia.” (FT, 111).

El papa argentino repropone “la función social de la propiedad”. Para ello, comienza por afirmar que el “mundo existe para todos” (FT, 118); por lo que, los bienes creados tienen un destino común y, citando en apoyo a autores de la Patrística como San Juan Crisóstomo y San Gregorio Magno, sostiene: “Si alguien no tiene lo suficiente para vivir con dignidad, se debe a que otro se lo está quedando.” (FT, 119). Por lo que recuerda la doctrina tradicional de la Iglesia con relación al derecho de propiedad privada: “sólo puede ser considerado como un derecho natural secundario y derivado del principio del destino universal de los bienes creados, y esto tiene consecuencias muy concretas que deben reflejarse en el funcionamiento de la sociedad. Pero sucede con frecuencia que los derechos secundarios se sobreponen a los prioritarios y originarios, dejándolos sin relevancia práctica.” (FT, 120).

FT sostiene que el “derecho de algunos a la libertad de empresa o de mercado no puede estar por encima de los derechos de los pueblos, ni de la dignidad de los pobres, ni tampoco del respeto al medio ambiente, puesto que ‘quien se apropia algo es sólo para administrarlo en bien de todos’.” (FT, 122).

Reconoce Francisco los derechos de los pueblos originarios (FT, 220 y 221).

Scannone que, como hemos visto, estudia el pensamiento del papa Francisco, habla de sus prioridades en la construcción y conducción del pueblo hacia el bien común: “1) la superioridad del *todo sobre las partes* (siendo *más* que la *mera* suma de las partes), 2) la de la *realidad sobre la idea*, 3) la de la *unidad sobre el conflicto*, 4) la del *tiempo sobre el espacio*.”²⁹ Estas prioridades están plasmadas claramente en sus encíclicas.

29 Scannone, *Op. Cit.*, p. 598.

Por lo que ve al realismo del papa, Borghesi dice: “Pero es un realista que sabe que el realismo, si no quiere ser cínico, debe ir siempre más allá, debe arriesgar un proyecto ideal, debe abrir a la esperanza.”³⁰ Y así lo hace el papa Francisco al proponer otra lógica para lograr la paz sostenida en los derechos elementales de todos, por la corresponsabilidad, por la solidaridad.

Sin dudas, se trata de otra lógica. Si no se intenta entrar en esa lógica, mis palabras sonarán a fantasía. Pero si se acepta el gran principio de los derechos que brotan del solo hecho de poseer la inalienable dignidad humana, es posible aceptar el desafío de soñar y pensar en otra humanidad. Es posible anhelar un planeta que asegure tierra, techo y trabajo para todos. Este es el verdadero camino de la paz, y no la estrategia carente de sentido y corta de miras de sembrar temor y desconfianza ante amenazas externas. Porque la paz real y duradera sólo es posible “desde una ética global de solidaridad y cooperación al servicio de un futuro plasmado por la interdependencia y la corresponsabilidad entre toda la familia humana”. (FT, 127).

La encíclica FT, sin duda, está inspirada en Francisco de Asís. Pero quiero llamar la atención de que el papa –al igual que los hizo Pablo VI en la PP– resalta la figura del “beato Carlos de Foucauld”, llamado el “Hermano Universal” por su testimonio de vida.³¹

A MANERA DE CIERRE

En este trabajo hemos hecho un largo recorrido, para presentar una visión jurídica de ciento treinta años de la Doctrina Social de la Iglesia, expresada en las encíclicas papales referentes a la llamada “cuestión social”. En este período de tiempo, la doctrina eclesial ha mantenido sus principios fundamentales, pero ha adaptado su mensaje a la realidad cambiante de acuerdo al tiempo en que el texto es dado.

En este artículo, al mirar el pensamiento social de los papas, hemos enfatizado aquello que se refiere al Derecho, que atañe a lo jurídico: justicia, bien común, normas y, sobre todo, derechos humanos. Mi maestro don Efraín González Morfín dice que: “La Iglesia de acuerdo con su naturaleza y misión, tiene la facultad y el deber de exponer y practicar el mensaje cristiano acerca de los derechos humanos.”³² En las encíclicas sociales que hemos analizado, la Iglesia cumple con su deber, ejerciendo su facultad, de pronunciarse sobre los derechos humanos, proclamándolos y denunciando su violación, ubicándose en la realidad de cada época, en la cual el mensaje es emitido.

30 Borghesi, Massimo, “Una nueva *Pacem in Terris*”, en *paginasDigital.es*, http://www.paginasdigital.es/v_portal/ine/imprimir.asp?cod=9407,20/10/2020.

31 Sobre Carlos de Foucauld he publicado: “Carlos de Foucauld: profeta de la Iglesia nueva”, en *Christus* No. 501, México, agosto de 1977; y Charles de Foucauld, el hermano universal”, en *Ixtus. Espíritu y Cultura* No. 16, Cuernavaca-México, 2007.

32 González Morfín, Efraín, “Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos. Derecho y obligación de la Iglesia de tratar los derechos humanos”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* No. 19, México, 1988-1989, p. 343.

Agrega González Morfín: “En la defensa y promoción cristiana de los derechos humanos hay que señalar en forma definida la posición preferente que corresponde a los pobres.”³³ Esto no como estrategia, táctica u oportunismo, sino por fidelidad a su fundador: “En la redención Dios manifestó amor preferente por la humanidad, sumida en los niveles más hondos de pobreza espiritual y, en consecuencia, llena de pobreza material injusta para agravio y sufrimiento de incontables seres humanos. La opción preferente por los pobres es imitación de Cristo y, por tanto, elemento esencial de toda vida cristiana.”³⁴ Ya vimos que las encíclicas hacen la defensa de los derechos humanos especialmente de los más pobres: obreros, campesinos, migrantes, esclavos de hecho, excluidos, descartados, mujeres, niños, pueblos originarios y, con la *Laudato Si*, hasta “nuestra oprimida y devastada tierra”.

Sin duda, la Doctrina Social de la Iglesia, como parte del pensamiento social cristiano, es una contribución muy importante a la conciencia ética y jurídica de la humanidad, que vive una solidaridad o interdependencia de hecho, y que está urgida de una solidaridad ética.

FUENTES DE CONSULTA

Aizpurúa Donazar, OFM Cap., Fidel, “*Laudato Si*: ¿Una voz en el desierto?” en *Christus* No. 821, México, abril-mayo-junio de 2018.

Antoncich, R., “*Sollicitudo Rei Socialis*. Proyección en América Latina”, en *Christus* No. 616, México, junio de 1988.

Aviles, Alejandro, “Encíclica del Trabajo y la Solidaridad”, entrevista a Efraín González Morfín. *Señal*. México, 28 de noviembre de 1981.

Barranco V., Bernardo, “*Fratelli Tutti*, encíclica posneoliberal de Francisco”, en *La Jornada*, México, 14 de octubre de 2020.

Blancarte, Roberto. “De las cosas (no tan) nuevas a *Centesimus Annus*”. (primera de dos partes), en *La Jornada*, México, 3 de mayo de 1991.

Borghesi, Massimo, “Una nueva *Pacem in Terris*”, en *paginasDigital.es*, http://www.paginasdigital.es/v_portal/ine/imprimir.asp?cod=9407,20/10/2020.

Camacho Laraña, Ildefonso, *Doctrina Social de la Iglesia. Quince claves para su comprensión*, Col. Palimpsesto, Memoria del Cristianismo, Memoria Humana, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000.

De la Torre de Lara, Oscar Arnulfo, “La encíclica *Laudato Si* y la Tradición Iberoamericana de los Derechos Humanos: Dignidad de la Persona y Derechos Humanos”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas* No. 41 de la Escuela Libre de Derecho, México, 2017.

33 *Ibidem*, p. 349.

34 *Idem*

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Hacia una organización jurídica del Estado, Solidaria y liberadora*, Ed. Jus, Col. Estudios Jurídicos No. 14, México, 1977.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Iusnaturalismo Histórico Analógico*, Ed. Porrúa, México, 2011.

Esquila Misional. México, agosto de 1988.

Gleizal, Jean Jacques, “L’enseignement du droit” en *Por une critique du Droit*, Ed. Maspero, París, 1978, p. 98.

González Ayala, Fr. José Ezequiel, “La reflexión ecológica en la historia de la Iglesia Católica”, en *Hortensio* No. 8, Revista de Filosofía y Teología, Agustiniiano Instituto Filosófico-Teológico, México, septiembre de 2016.

González Morfin, Efraín, “Doctrina Social Cristiana y Derechos Humanos. Derecho y obligación de la Iglesia de tratar los derechos humanos”, en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* No. 19, México, 1988-1989.

Haecker, Teodoro, “El Poder y la Historia”, en *Nexo*, Buenos Aires, marzo de 1988.

Hayek, F., *Derecho, Legislación y Libertad. Vol I. Normas y Orden*, Unión Editorial, S.A., Madrid, 1978, págs. 217-218.

Iguñiz, Javier, “Desarrollo y liberación desde la Doctrina Social”, en *Páginas* No. 89-90, Lima, abril de 1988.

Nell-Breuning, Oswald, *La Reorganización de la Economía Social*. (Desarrollo y análisis de la Encíclica “Quadragesimo Anno”), Ed. Poblet, Buenos Aires, 1946.

Patrón, Mario, “*Fratelli Tutti*, otro modo de interdependencia”, en *La Jornada*, México, 22 de octubre de 2020.

Scannone, Juan Carlos, “Vientos nuevos del Sud: La teología argentina del pueblo y el Papa Francisco”, *Pistis e Praxis: teología e pastoral*, V. 8, No. 3, Pontificia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, diciembre 2016, doi.org/10.7213/2175-1838.08.003.D003.

Utz, Arthur Fridolin, *Ética Social*, Tomo I, Ed. Herder, Barcelona, 1974, p. 304; y Messner, Johannes, *Ética Social, política y economía a la luz del Derecho Natural*, Ed. Rialp, Madrid, 1967.



LA REVOLUCIÓN EN LA TECNOLOGÍA DE LOS ALIMENTOS Y EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN. UN REQUISITO EMERGENTE EN TIEMPO DE CAMBIOS ACELERADOS

MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ DELGADO¹

RESUMEN: Preocuparse por el acceso a la comida parece algo superfluo en un mundo de aparente abundancia, pero el hambre existe desde antaño y no va a desaparecer, menos ahora por el cambio climático. A través de un repaso de lo que ha sido el hambre en la historia de las mentalidades, de la formulación del derecho a la alimentación, seguidos por una descripción del sistema alimentario global, sus problemas actuales y a futuro, de las posibilidades tecnológicas de multiplicarlo e introducir alternativas, propondremos un derecho a la alimentación en concierto con los tiempos.

ABSTRACT: Access to food seems superfluous in a world that appears plenty of it, but hunger has existed since ancient times and it will not go away, less now because of climate change. Through a review of what famine has been in the history of ideas, the declaration of the right to food, followed by a description of the global food system, its current and future problems, the technological possibilities of multiplying it and to introduce alternatives, we propose a right to food for our present times.

PALABRAS CLAVE: derecho a la alimentación, revolución en la tecnología de los alimentos, cambio climático

KEY WORDS: right to food, revolution in food technology, climate change

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. EL INCONSCIENTE GASTRONÓMICO DE LA HUMANIDAD. 2. UN FANTASMA QUE ACECHA DESDE TIEMPOS REMOTOS. 3. EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN. 4. EL SISTEMA ALIMENTARIO ACTUAL Y SUS FISURAS. 5. EL CAMBIO CLIMÁTICO. 6. LAS ALTERNATIVAS ALIMENTICIAS, MITOS Y REALIDADES. 7. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES. OBRAS DE REFERENCIA.

INTRODUCCIÓN

Sobre la comida nos gusta presumir que nada ni a nadie conocemos cuando estamos a la mesa, como reza un refrán popular. Sin embargo, todo parece señalar que muy pronto deberemos cambiar dicha actitud, en especial cuando notemos que la cantidad y la calidad de los alimentos disminuye, sus precios se elevan, o nos veamos forzados a mudar hábitos alimenticios porque la naturaleza, violentada en forma sistemática du-

1 Investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. Todas las traducciones de los textos citados son del autor.

rante décadas por los seres humanos, se niega a producir como ha sido su costumbre inmemorial. Esto, aunque suene al argumento de una película catastrofista, lamentablemente, está lejos de serlo. El sistema alimentario global, a pesar de los ingentes avances tecnológicos, no podrá seguir bajo la misma lógica de mercado ni de su producción actual por mucho tiempo.

La pandemia de COVID-19, el primer evento global que ha sufrido el planeta, debería ser una oportunidad para múltiples reflexiones. Una de ellas, necesariamente, si es que pretendemos seguir habitando este mundo, podría ser la de replantear nuestra relación con la naturaleza. Si esto no sucede, como ahora sabemos, ella misma hallará la forma de sentarnos a dialogar con nosotros mismos o encerrarnos, según hemos visto, como un niño que es castigado porque prefiere maltratar los que considera sus juguetes, mientras aparecen nuevas amenazas para echarnos en cara nuestra fragilidad.

El derecho a los alimentos, debe quedar claro desde ahora, contra el uso más generalizado de la expresión en nuestro sistema jurídico, no se refiere a la pensión alimenticia, sino al derecho a alimentarse dignamente, como fue expresado por primera vez en el artículo 25-1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Hablar del acceso universal a la comida puede parecer tan trivial como referirse al derecho a respirar. La impresión de que no hay escasez de alimentos porque los mercados y tiendas de autoservicio siempre están repletos de ellos en todas sus variedades, y abunda la gente con sobrepeso, nos hace creer en la falsa ilusión de una cadena de suministro inagotable.

El hambre ha escrito largos episodios de la historia humana, aunque ahora quisiéramos creer que se trata de un tema obsoleto o relegado a ciertas zonas urbanas y a países alejados del favor celestial. Pero las evidencias científicas sugieren que en el cercano porvenir volverá a escribir nuevos y más dramáticos capítulos.

El derecho a la alimentación apenas se formuló individualmente en 1948. Se ha sistematizado y elevado a rango constitucional en multitud de naciones. Aquí proponemos la urgencia de que marche a la par de los avances en la tecnología de los alimentos, del sistema alimentario global y de sus alternativas, y de la prospectiva realizada por universidades, instituciones y científicos de prestigio mundial que prevén un futuro nada promisorio a partir de la siguiente década. Al final, haremos una serie de propuestas para que se realice a mediano y largo plazo.

1. EL INCONSCIENTE GASTRONÓMICO DE LA HUMANIDAD

*En las Montañas Big Rock Candy
Todos los polis tienen piernas de madera
Y todos los bulldogs tienen dientes de goma
Y las gallinas ponen huevos pasados por agua
Los árboles de los granjeros están llenos de fruta*

*Y los graneros están llenos de heno
Oh, tengo que ir
Donde no hay nieve
Donde no cae la lluvia
El viento no sopla
En las Montañas Big Rock Candy.*

“Big Rock Candy Mountain”, fragmento de una canción popular del folklore estadounidense sobre la idea del paraíso de un vagabundo, original de Harry McClintock (1895)²

El hambre ha sido siempre protagonista de la historia. No es la única, desde luego, pero casi siempre ensombrece sus pormenores, sobre todo en tiempos de cambios violentos. En la xilografía de Alberto Durero, *Los Cuatro Jinetes* (1498), la más famosa de la serie que dedicó al Apocalipsis, aparecen representados, en primer plano, la peste, la guerra y el hambre, seguidas muy de cerca por la muerte, como si conformaran una poderosa cuadrilla. Bajo las órdenes de un ángel, los jinetes aniquilan todo lo que se encuentra a su paso. Los característicos trazos dramáticos y contundentes del artista, ocultan las extremidades posteriores de los caballos para así acentuar su visión espectral. El jinete del hambre, sobre un caballo negro, ocupa el centro de la obra. Lleva en la mano derecha una balanza romana vacía y oscilante, para que nada pueda permanecer en ella³.

El arte de Durero representa la problemática de una época, pero aborda un tema bien conocido siglos antes de los episodios bíblicos donde aparecen los jinetes apocalípticos, y que continúa sin freno a la vista. Todo parece sugerir que subsistirá hasta el fin de los tiempos. De aquí que aparezca en el Apocalipsis de San Juan, en oraciones en las que se ruega que no falten alimentos en la mesa, en la mayoría de las crónicas, libros de historia y cronologías, y que, en siglos recientes, periódicos y noticieros, nacionales e internacionales, nos recuerden a diario sus diferentes rostros, los conflictos continúen sembrando territorios con gente famélica, los migrantes viajen con más hambre que equipaje, y los pordioseros en las calles nos echen en cara la injusta repartición de la comida.

Bien descriptivas de nuestro problema son las palabras de Miguel de Cervantes en *Los trabajos de Persiles y Sigismunda*: “el año que es abundante de poesía suele serlo de hambre” (libro IV, cap. VI)⁴, que alude a la adversidad como perenne generadora de cultura, pero también a la experiencia del invariable retorno de la escasez y el carácter transitorio de la abundancia. Desde el punto de vista mitológico y religioso, la forma

2 McClintock, Harry, “Big Rock Candy Mountain Lyrics”, *Genius Lyrics*. En línea: <https://genius.com/harry-mcclintock-big-rock-candy-mountain-lyrics>.

3 Knappe, Karl-Adolf, *Dürer. The complete engravings, etchings, and woodcuts*, Secaucus, Wellfleet Press, 1964, pp. xxii y 155.

4 Cervantes, Miguel de, *Los trabajos de Persiles y Sigismunda*, ed. Florencio Sevilla Arroyo, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/los-trabajos-de-persiles-y-sigismunda--0/html>.

más antigua de pensamiento de la humanidad, parecen recordar la inveterada noción sobre la corrupción innata del género humano, denominada pecado original por cristianos, judíos y musulmanes, según la cual el sustento sólo se obtiene con el sudor de la frente, mientras se componen versos o canciones para hacerlo más llevadero.

La expulsión del paraíso o la transformación paulatina de una edad dorada en edad de hierro, de acuerdo con ciertas mitologías occidentales, con el paso de los siglos, también se convirtió en un género satírico bajomedieval, sobre todo en países de raíz germánica, donde se le dio el nombre de *Schlaraffenland*, el País de Jauja o Cucaña (Cockaigne, en inglés), con ríos de aceite, leche, vino y miel, y una fauna que no se resiste a ser cazada, por el contrario, los animales se entregan alegremente para ser cocinados y devorados. Aquí no faltan los monasterios, pero sus techos, en lugar de tejas, tienen panes, y sus muros están contruidos con enormes filetes de carne. Dentro se encuentran columnas de cristal con basamentos y capiteles de jaspe y coral. Además, cuentan con pozos de los que puede extraerse jarabe, melaza y vino con especias. Lo anterior, de acuerdo con una descripción anónima del siglo XIII, *The Land of Cockaigne*⁵. En ésta y otras narraciones similares del periodo, se advierte también el deseo por superar una sociedad feudal basada en el linaje, por eso la invierte y ofrece una visión del *mundo al revés*, donde los pobres gozan de la abundancia de los ricos⁶.

Posteriormente, dichas leyendas también fueron recibidas en la literatura española. Lope de Rueda tituló uno de sus pasos o entremeses *La Tierra de Jauja*; asimismo se advierten en algunos lugares de *El Criticón* de Gracián; en el *Libro del Buen Amor* del Arcipreste de Hita, así como en *El Quijote*⁷. El descubrimiento del Nuevo Mundo volvió a despertarlas en la memoria colectiva, como lo demuestra la existencia de un valle peruano denominado Jauja⁸. En el Renacimiento, bajo el nombre de Islas Afortunadas, en su famoso *Elogio de la locura*, Erasmo de Rotterdam las describió como un lugar donde todo “crece espontáneamente y sin esfuerzo”, pero recuperó la creencia de que en ellas tampoco se conocía la fatiga, la vejez ni la enfermedad⁹.

SI bien no directamente relacionado con el imaginario sobre lugares de abundancia perenne, porque conmemora un suceso de la vida real, queremos recordar, por venir al tema, un fragmento del anónimo poema novohispano compuesto en 1714, obra de algún poeta hambriento en honor de la comilona ofrecida a la plebe en la plaza mayor de México, para celebrar el nacimiento del malogrado infante Felipe Pedro de Borbón y Saboya (1712-1719), hijo de Felipe V.

5 Patch, Howard Rollin, *El otro mundo en la literatura medieval*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 178-179.

6 Ramiro Avilés, Miguel Ángel, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, Universidad Carlos III de Madrid, 2002, p. 114.

7 *Idem*, p. 96n. 5.

8 *Ibid.*, p. 126n. 154.

9 Rotterdam, Erasmo de, *Elogio de la locura*, 5ª reimp., ed. Pedro Rodríguez Santidrián, Madrid, Alianza, 1995, p. 41.

No produjo en el valle o en la sierra
 fruta el suelo, que fuese reservada:
 el melón, de la vida amada guerra,
 y el plátano de Jerjes, paz amada;
 la reina chirimoya, que esta tierra
 al imperio usurpó de la granada;
 recia la piña, indócil el chayote,
 fresca sandía, y hartador camote.
 Salchichas y morcones, (nada en vano),
 Séquito eran del lomo y el tocino,
 -fe de bautismo a todo fiel cristiano
 y asco del agareno y palestino-;
 pato de la laguna, cortesano,
 paloma del tejado también vino,
 con blanco pan, con oloroso queso,
 -de escolástica hambre, carne y hueso-¹⁰.

Estrofas de la celebración de un suceso verídico, pero tan inusitado y quimérico como un cuadro surrealista, pues los alimentos se dispusieron en forma de pirámide, por lo que su desconocido autor lo llamó “El paraíso de la gula”.

Estas manifestaciones de lo que los historiadores de la literatura utópica, Frank y Fritzie Manuel, llaman “inconsciente gastronómico colectivo de toda la humanidad”¹¹, no son producto exclusivo de la época medieval, renacentista ni barroca, pues siempre han encontrado la forma de manifestarse en la literatura, la tradición oral, las canciones populares y, en general, en el folklore y la cultura de masas, a lo largo de los tiempos¹², como la canción de Harry McClintock, sobre las imaginarias montañas Big Rock Candy, recordada al principio del apartado, que, acorde a los gustos de los tiempos, añadió árboles que dan cigarros y abundantes arroyuelos de bebidas alcohólicas, los cuales gotean entre las rocas¹³.

2. UN FANTASMA QUE ACECHA DESDE TIEMPOS REMOTOS

Lo que separa la civilización de la anarquía son solo siete comidas.
 Proverbio español¹⁴

En su libro *Food or War* (2019) sobre los conflictos presentes y los que parecen inminentes en algunos años o las próximas décadas, derivados del sistema global de

10 Blanco, José Joaquín (ed.), *El lector novohispano. Una antología de la literatura mexicana colonial*, México, Cal y arena, 1996, pp. 636-639.

11 Manuel, Frank E., y Fritzie P. Manuel, *El pensamiento utópico en el mundo occidental I. Antecedentes y nacimiento de la utopía (hasta el siglo XVI)*, Madrid, Taurus Ediciones, 1984, p. 119.

12 Ramiro Avilés, *op. cit.*, pp. 99-100 y n. 22.

13 McClintock, *op. cit.*

14 Cribb, Julian, *Food or War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 26.

suministro mundial de alimentos y el cambio climático, el divulgador científico australiano, Julian Cribb, vincula, desde el título de su obra, la guerra con la comida. Su interés principal consiste en prevenir un futuro donde impere la inanición por falta de alimentos, y en el que los conflictos armados, regionales, nacionales e internacionales, podrían desatarse por la misma causa. Así, se remonta en el tiempo hasta la prehistoria, para explicar la repetición del mismo patrón: escasez y/o inseguridad alimentaria y conflicto armado. La hambruna proviene de este último o el conflicto nace por la hambruna, o los dos factores se combinan fatalmente. Es decir, “el sistema alimenticio es... causa, instrumento y víctima del conflicto”¹⁵.

Es cierto que el general Sun Tzu, desde el siglo V a. C., en el libro II de su famoso *Arte de la guerra*, recomienda y celebra la privación del sustento al rival: “el general competente procura que sus tropas se alimenten del enemigo, porque un celemín¹⁶ de víveres arrebatado al enemigo equivale a veinte de los suyos, medio quintal¹⁷ de forraje del enemigo, a diez quintales del suyo”¹⁸, señalando también los problemas de mantener en pie un ejército ya que el pueblo sufre debido a la escasez y a los altos precios de los productos básicos, y por ello lo recuerda Cribb¹⁹; sin embargo, en su libro, después de un largo repaso, en particular desde la edad moderna hasta el presente –y con capítulos dedicados a la Guerra de los Treinta Años, la Revolución francesa, la Revolución rusa, las purgas de Stalin, el genocidio de Camboya, las guerras mundiales y la independencia de la India–, llega a sugerir que el alimento es el ingrediente principal de la guerra. En sus propias palabras: “La escasez de comida... es uno de los principales propulsores de conflicto armado, doméstico o internacional...”²⁰.

En uno de sus adagios más conocidos, *Dulce bellum inexpertis* (la guerra es grata a quienes no la han vivido), que formuló a partir de grandes pensadores del mundo grecorromano, Erasmo de Rotterdam resumió *in extenso* las causas y consecuencias de los conflictos armados, para formular una de las más duras condenas contra la inveterada costumbre de tomar las armas contra enemigos, reales o imaginarios, a la menor provocación²¹, señalando que “de la guerra se derivan todas las calamidades de la vida”²², sin apuntar una razón de origen ni tratar de hacerlo²³.

15 *Idem*, p. 26.

16 Medida de superficie equivalente a 537 m² en Castilla.

17 Un quintal equivale a 46.024634 m. Torres, Alberto J., *Peso y medidas antiguas en México*, Guadalajara, Gobierno de Jalisco, 1987, p. 22.

18 Sun Tzu, *El arte de la guerra*, 2ª ed., México, Ediciones Gernika, 1994, pp. 19-21.

19 Cribb, *op. cit.*, pp. 12-13.

20 *Idem*, p. 59.

21 Rotterdam, Erasmo de, *Adagios del poder y de la guerra y teoría del adagio*, ed. Ramón Puig de la Bellacasa, Valencia, Pre-Textos, 2000, pp. 173-211.

22 *Idem*, p. 174.

23 De acuerdo con Paul Goodman, las ocho principales razones para la guerra son: 1) ganancia económica; 2) ganancia territorial; 3) religión; 4) nacionalismo; 5) venganza; 6) guerra civil; 7) guerra revolucionaria; y, 8) guerra defensiva. Goodman, Paul, “The 8 main reasons for war”, *Owlcation*, 18 de abril de 2021. En línea: <https://owlcation.com/social-sciences/The-Main-Reasons-For-War>.

En el mismo sentido, el quehacer historiográfico formal no suele buscar un factor común en el tiempo, mucho menos en épocas distantes entre sí, ni fundarse en esquemas sencillos y repetitivos para explicar el pasado, similares a leyes de la naturaleza, pues corre el riesgo de exponer la historia a través de una *reductio ad absurdum*. Por lo mismo, no estamos de acuerdo con Cribb en sus generalizaciones sobre la guerra y su relación con la comida.

De cualquier forma, debemos aceptar que sus exageraciones tal vez provengan de la costumbre de fijar la lupa de las investigaciones demasiado tiempo sobre un problema verdadero que nos asedia como los jinetes del Apocalipsis de Durero, y que no sería prudente negar o minimizar. De acuerdo con estimaciones de Alex de Waal, director de la World Peace Foundation, centro de investigación con sede en la Universidad de Tufts, de las 200 millones de muertes ocurridas en guerras entre naciones desde 1850, más de la mitad (105 millones) han ocurrido por hambre. Si bien esta cifra empezó a declinar desde 1980, se ha recuperado e incrementado a partir de 2010²⁴.

Desde la Primera Guerra Mundial se generalizó la noción del conflicto armado como causa de hambre, y, a partir de la Segunda Guerra Mundial, además, la del hambre como causa de guerra²⁵, es decir, se han elevado, extendido y sofisticado los consejos que expuso Sun Tzu en su *Arte de la guerra* a niveles que él quizá jamás llegó a imaginar. Lo mismo sucede en los conflictos armados internos de las naciones. Este fenómeno lo resume claramente el proverbio español citado al principio, “lo que separa la civilización de la anarquía son solo siete comidas”, pues el hambre es generalmente la pólvora que termina por encender la ira del pueblo hasta trastornar el orden que lo reprime.

De cualquier modo, bien sabemos que el hambre no ha existido solamente asociada a los conflictos armados. Ahora amenaza con extenderse por razones climatológicas, y por ignorar o negarse a comprender que el sistema de suministro y producción actual de alimentos se he vuelto inviable. Es por eso que resulta indispensable hablar del derecho a la alimentación y hacerlo una realidad acorde con los tiempos.

3. EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN

El derecho que nos concierne pertenece a los llamados derechos humanos de segunda generación, enunciados pocos años después de la Segunda Guerra Mundial. No obstante, desde finales del siglo XVIII, algunos filósofos ilustrados, como el marqués de Condorcet, plantearon la posibilidad de su existencia dentro de los ideales filosóficos del Siglo de las Luces, como escribió en el *Esbozo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano* (1798). En sus palabras se percibe, por un lado, la obsesión de la época por introducir políticas destinadas a mejorar, a cualquier precio, el sistema de

24 De Waal, Alex, *Mass Starvation: The history and future of famine*, Hoboken, John Wiley & Sons, 2018, citado por Cribb, *op. cit.*, pp. 19-20.

25 Cribb, *idem*, pp. 51-58.

salud pública –algo que Foucault denominaría después biopolítica²⁶– y, por el otro, el determinismo climatológico, que tanto obsesionó a ciertos pensadores de su tiempo, como el barón de Montesquieu²⁷.

La perfectibilidad o la degeneración orgánica de las razas en los vegetales y en los animales puede ser considerada como una de las leyes generales de la naturaleza.

Esta ley se extiende a la especie humana, y nadie seguramente pondrá en duda que los progresos en la medicina de conservación, el uso de alimentos y de alojamientos más sanos, una manera de vivir que desarrolle las fuerzas mediante el ejercicio, sin destruirlas con los excesos, la eliminación, en fin, de las dos causas más activas de degradación –la miseria y la excesiva riqueza–, habrán de prolongar la duración de la vida ordinaria de los hombres, dándoles una salud más constante y una constitución más robusta. Se adivina que los progresos de la medicina de protección, más eficaces al apoyarse en los de la razón y el orden social, harán desaparecer a la larga las enfermedades transmisibles o contagiosas, así como esas enfermedades generales que deben su origen al clima, a los alimentos, a la naturaleza de los trabajos. No será difícil probar que esta esperanza debe extenderse a casi todas las demás enfermedades, cuyas causas lejanas es verosímil que sabrán reconocerse siempre... Ciertamente, el hombre no llegará a ser inmortal, pero ¿no puede aumentarse incesantemente la distancia entre el momento en que comienza a vivir y la época en que comúnmente, de modo natural, sin enfermedad, sin accidente, encuentra dificultad en existir?²⁸

El pensamiento socialista se desarrolló en el siglo XIX, en particular luego de la Comuna de París o revolución de febrero de 1848. No se habló entonces del derecho a la alimentación, pero sí, en general, de superar las desigualdades económicas y sociales²⁹. Sus principales ideólogos veían el triunfo de los principios que predicaban como algo inminente y esperaban la caída del capitalismo para dar paso a un orden más justo y armonioso. El cambio no llegó en la forma que esperaban, pero algunas ideas, a la vuelta del siglo, se convirtieron en principios ahora conocidos como garantías sociales en algunos textos constitucionales.

A pocos años del término de la Segunda Guerra Mundial, la muerte y desolación tan extendida que el conflicto provocó –de acuerdo con estimaciones de la historiadora de la nutrición, Elizabeth Collingham, murieron de hambre más de veinte millones de personas³⁰–, lograron que se incluyera la alimentación como un derecho para todos por primera vez en un documento de alcance internacional.

26 Foucault, Michel, *El nacimiento de la clínica*, México, Siglo XXI Editores, 1966.

27 Iglesias, María del Carmen, *El pensamiento de Montesquieu. Política y ciencia natural*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.

28 Hersch, Jeanne (dir.), *El derecho de ser hombre*, Salamanca, París, Bogotá, Ediciones Sígueme, UNESCO, Colsubsidio, 1973, pp. 372-373.

29 *Idem*, pp. 377-383.

30 Collingham, Elizabeth M., *The Taste of War: World War II and the battle for food*, Londres, Penguin Group, 2013, citado por Cribb, *op. cit.*, p. 57.

De este modo, en la primera parte del artículo 25-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se lee: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”³¹

Posteriormente, en 1974, se promulgó la Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición, en el contexto de otro panorama histórico devastador, del que sólo es necesario recordar, como un ejemplo entre muchos, el concierto que, en agosto de 1971, organizaron George Harrison y Ravi Shankar con el fin de llamar la atención mundial y recaudar ayuda económica para el pueblo de Bangladesh. Esta declaración contiene varios de los principios sobre el derecho a la alimentación que se repetirán en ulteriores declaraciones e instrumentos internacionales.

La Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición³² reconoce el aumento de la crisis alimentaria en los países en desarrollo. Entre las razones históricas que enumera, menciona las desigualdades sociales ocasionadas por la dominación extranjera y colonial, la discriminación racial y el neocolonialismo, que no solamente generan el problema, sino que impiden la emancipación y el progreso de los países en desarrollo. A lo anterior suman las recientes crisis económicas, el aumento en la demanda alimentaria debido a la explosión demográfica, la especulación, la escasez y el alza de los costos de producción agrícola.

Luego afirma que la sociedad ya cuenta con los recursos, capacidad de organización y tecnología para resolver las dificultades enumeradas. Esto, que parece una perogrullada, veremos después que debe tomarse con un grano de sal.

La Declaración prosigue recordando a los gobiernos su responsabilidad de colaborar entre sí para aumentar la producción alimentaria y lograr una distribución más equitativa y eficaz de alimentos entre los países y dentro de ellos. Señala que las autoridades gubernamentales deberán luchar con más decisión contra la malnutrición crónica y las enfermedades derivadas de dichas carencias, formular una política de alimentos y de nutrición adecuada, y subraya la importancia de la leche humana.

También menciona la necesaria utilización de los recursos marinos y de las aguas interiores; pide redoblar esfuerzos por evitar el desperdicio de alimentos; ampliar los recursos de tierra y agua, y el intercambio de tecnología para la producción agrícola. Casi al final se refiere a la creación de un sistema de seguridad alimentaria mundial.

Aunque no era todavía un tema del que se hablara demasiado, sugiere cuidar el medio ambiente y menciona, como un factor generador de hambruna, “los caprichos periódicos del clima”.

31 “La Declaración Universal de Derechos Humanos”. En línea: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

32 “Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición”. En línea: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ErradicationOfHungerAndMalnutrition.aspx>.

El artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que entró en vigor en 1976, dentro del derecho a un nivel de vida adecuado, menciona la alimentación, y reitera el deber de los estados parte y de la cooperación internacional para asegurarlo.

La Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial y el Plan de Acción de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación (1996)³³, en su parte conclusiva, señala que los países reafirman “el derecho de toda persona a tener acceso a alimentos sanos y nutritivos, en consonancia con el derecho a una alimentación apropiada y con el derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre”. Los mismos se comprometen a llevar a la práctica y apoyar el Plan de Acción, el cual pide “la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada para todos” y reconoce que resulta “indispensable para nuestra meta de lograr la seguridad alimentaria sostenible para todos”. Su objetivo 7.4 pide también al Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos “definir los derechos relacionados con la alimentación en el artículo 11 del Pacto [PIDESC] y proponer formas de implementar y realizar estos derechos”.

El 8 de septiembre del 2000, la Asamblea General de la ONU, en la Cumbre del Milenio, aprobó los Objetivos de Desarrollo del Milenio, cuyo primer objetivo se titula, “Erradicar la pobreza y el hambre”³⁴ el cual responsabiliza a los países miembros y les pide aliarse con el fin de reducir la pobreza extrema y fijar una serie de objetivos con fecha límite al 2015. Relacionado con el derecho a la alimentación, el objetivo 1C pide “reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, la proporción de personas que padecen hambre”, algo que no fue posible lograr, y no solamente por falta de voluntad de los países involucrados, según veremos.

En Roma, sede de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), el 16 de octubre de 2007, se declaró que, a partir de entonces, se recordaría la fecha como el Día Mundial de la Alimentación³⁵.

La Crisis Financiera Global de 2008, convocó extraordinariamente la Primera reunión del Equipo de tareas de alto nivel de las Naciones Unidas sobre la crisis mundial de la seguridad alimentaria.

Se han dictado otras convenciones, declaraciones, observaciones generales, directrices voluntarias, marcos estratégicos y demás principios sobre el derecho a la alimentación, algunos dirigidos solamente a las mujeres, los niños o las personas con discapacidad, por parte de la FAO, a razón de casi uno y medio por año, a partir del año 2000³⁶.

33 “Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial”. En línea: <http://www.fao.org/3/W3613S/W361S00.htm>.

34 “Objetivo de Desarrollo del Milenio 1”. En línea: <http://www.fao.org/sustainable-development-goals/mdg/goal-1/es/>.

35 “Día Mundial de la Alimentación 2021”. En línea: <http://www.fao.org/world-food-day/es/>.

36 Una cronología completa puede consultarse en: “Hitos mundiales. Cronología del Derecho a la Alimentación. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura”. En línea: <http://www.fao.org/right-to-food-timeline/global-milestones/es/>.

En el periodo 2000-2008, Jean Ziegler fue un destacado miembro del Comité Consultivo del Consejo de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y después designado primer Relator Especial para el Derecho a la Alimentación, en el periodo 2000-2008. Desde entonces se convirtió en una autoridad y gran promotor de nuestro tema, como apuntamos en resumen.

Antes de entrar en reflexiones legales, Ziegler parte de la diferencia entre *extreme hunger* y *malnutrition* o *hidden hunger*, términos que en nuestro idioma se traducen como desnutrición y malnutrición. La desnutrición se refiere a un nivel inferior en la proporción de la ingesta diaria de calorías necesaria para la supervivencia del ser humano. La malnutrición consiste en la ingesta inadecuada de calorías, proteínas o nutrientes. Se le denomina también “hambre oculta”, porque puede suceder que una persona consuma las calorías necesarias pero no así los nutrientes adecuados.

Cuando encontramos en los medios noticias sobre el problema del “hambre en el mundo”, casi siempre se refiere a la desnutrición. En muy rara ocasión se relaciona con la malnutrición, lo cual no significa que ésta sea menos problemática, pues aumenta la vulnerabilidad hacia otras enfermedades y casi siempre tiene graves efectos en la salud de los menores, como la falta de desarrollo de las células cerebrales y un crecimiento inadecuado. Esta condición también puede heredarse de madres a hijos³⁷.

El derecho a los alimentos abarca desde la desnutrición crónica hasta la malnutrición más sutil. Es un derecho humano que pretende asegurar una vida digna, libre de hambre, inseguridad alimenticia y malnutrición.

Ziegler subraya la dignidad de la vida humana y el requisito de tener capacidad para que todos puedan alimentarse por sí mismos, lo cual no significa que los estados deban hacer obras de caridad ni tampoco los organismos internacionales o no gubernamentales.

La descripción más completa del derecho a los alimentos aparece en el artículo 11 de la Observación General número 12 (1999), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

el derecho a la alimentación adecuada se realiza cuando todo hombre, mujer y niño, solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico en todo momento, a la alimentación adecuada o a los medios para obtenerla (párrafo 6).

Estas palabras, Ziegler, en su papel de Relator Especial de la ONU, las amplió para quedar así:

37 Ziegler, Jean, “Right to Food”, en *What is the Right to Food?*, <http://www.righttofood.org/work-of-jean-ziegler-at-the-un/what-is-the-right-to-food/>.

el derecho a tener acceso regular, permanente e irrestricto, de forma directa o por medio de compra, a un alimento cuantitativa y cualitativamente adecuado y suficiente que corresponda con las tradiciones culturales de las personas a la que el consumidor pertenece, y que le asegure física y mentalmente, individual y colectivamente, una vida plena y digna libre de temor (Reporte del Relator sobre el derecho a los alimentos, Jean Ziegler, A/HRC/7/5, párrafo 17)³⁸.

El derecho a la alimentación comprende tres elementos:

1. Disponibilidad: la producción de alimento suficiente tanto para el presente como para las generaciones venideras, lo que implica nociones de sustentabilidad o disponibilidad a largo plazo, y la protección del medio ambiente.
2. Adecuación: las necesidades nutricionales individuales deben satisfacerse no solamente en términos cuantitativos sino también en la calidad nutritiva de los alimentos disponibles. Esto incluye tomar en cuenta los valores no-nutricionales añadidos a la comida, sean culturales o inquietudes del consumidor.
3. Accesibilidad:
 - a. económica: implica que los costos derivados de la adquisición de comida para una dieta adecuada no amenacen ni pongan en peligro cumplir otras necesidades básicas (por ejemplo, alojamiento, salud, educación).
 - b. física: significa que toda persona, incluyendo las que son físicamente vulnerables, como los menores de edad, personas de la tercera edad, discapacitadas, con enfermedades terminales, y aquellas que padecen condiciones médicas persistentes, incluyendo enfermedades mentales, deben tener asegurado el acceso a una alimentación adecuada³⁹.

El hecho de que Ziegler, desde principios del siglo, ya mostrara inquietud sobre la disponibilidad de los alimentos a futuro, demuestran la extensión y la profundidad de la investigación que realizó. Sobre esto mismo y el papel que puede jugar el derecho, trataremos más adelante.

El derecho a la alimentación también genera obligaciones para los estados:

1. Obligación de respetar y no tomar medidas que priven en forma arbitraria a las personas del derecho a la alimentación, por ejemplo, con leyes o políticas que impidan el acceso del pueblo a la comida.
2. La obligación de proteger, es decir, expedir y hacer cumplir leyes y tomar otras medidas relevantes para evitar que terceros, incluyendo particulares y corporaciones, violen el derecho a la alimentación de los demás.

³⁸ *Idem*.

³⁹ *Ibid*.

3. La obligación de realizar (facilitar y proveer), esto es, que los gobiernos se involucren en forma proactiva en actividades que fortalezcan el acceso de las personas y la utilización de recursos para facilitar su capacidad de alimentarse por sí solos. Como último recurso, cuando un individuo o un grupo se ven privados del derecho a un alimento adecuado por razones más allá de su control, los estados están obligados a que se cumpla el derecho en forma directa.

Por último, este derecho se debe cumplir conforme al principio internacional de no discriminación, que reitera el artículo 2.2 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁰.

En el ámbito legal nacional, la primera Constitución en reconocer el derecho a la alimentación fue la de Costa Rica, en 1949, si bien, limitado a los escolares indigentes. Posteriormente, también restringido a grupos sociales vulnerables, lo incluyeron las constituciones de Panamá (1972) y Cuba (1976). La primera Ley suprema en consagrarlo en términos generales para la población, fue la de Guyana (1980), expresándolo con gran alborozo en las siguientes palabras: “toda persona en Guyana tiene acceso al derecho a una vida feliz, creativa y productiva, libre de hambre, enfermedad, ignorancia y necesidad”⁴¹. La Constitución mexicana lo incluyó en el artículo 4º, tercer párrafo, en 2011.

4. EL SISTEMA ALIMENTARIO ACTUAL Y SUS FISURAS

Nuestro sistema alimentario tiene su inicio en la antigua Roma, bajo el modelo de agricultura de monocultivo amplio para consumo local y exportación a ciertas regiones. La mano de obra de esclavos y luego de campesinos solamente ha mejorado por medio de adelantos científicos y tecnológicos, y la distribución se ha globalizado⁴².

La primera vez que se vio comprometido, fue durante la peste antonina (165-180 de nuestra era), también llamada plaga de Galeno, médico que la describió. Unas tres generaciones después, ocurrió algo similar durante la plaga de Chipre (251-266). Ambos episodios dejaron un gran vacío en la fuerza laboral agrícola y en la distribución de alimentos que se tradujo en devastadoras hambrunas. Cribb los señala también entre las causas de la caída del Imperio romano⁴³.

Otro factor que se sumó a la tragedia fue el cambio climático descrito por indagaciones recientes, evento ahora llamado “Pequeña edad de hielo de la antigüedad tardía”, que inició hacia el año 150 y concluyó al comienzo del siglo V⁴⁴. Así que, aunque actual-

40 *Ibid.*

41 “Hitos mundiales. Cronología del Derecho a la Alimentación. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura”, *cit.*

42 Cribb, *op. cit.*, pp. 7 y 86.

43 *Idem*, p. 7 y 162.

44 *Ibid.*, p. 8.

mente hay quienes lo ignoren, nieguen o minimicen, el clima ha sido un tema clave para la historia de la nutrición desde épocas remotas, dado que sin estabilidad climática, tampoco puede existir estabilidad en la producción de alimentos.

En nuestros tiempos, solamente ha aumentado el sistema alimenticio en escala y en sofisticación científica y tecnológica. Desde hace un par de generaciones, se ha industrializado y globalizado. En gran parte del planeta, se logran mejores cosechas por área de tierra gracias a los nuevos fertilizantes, pesticidas y variedades de semilla. La fermentación a escala industrial, el transporte a largas distancias, el embalaje y la refrigeración han hecho accesibles los alimentos en casi toda la superficie del globo. Igualmente, han revolucionado la industria de los comestibles el comercio electrónico, la ingeniería genética, la agricultura de precisión, entre otros adelantos⁴⁵.

En la agricultura actual, la tecnología digital permite hacer estimaciones aproximadas tomando muestras del espectro electromagnético para comprender los procesos biológicos que afectan a las plantas. La reflectancia térmica infrarroja se correlaciona con la temperatura de la superficie del terreno, y a su vez con la humedad del suelo para determinar la cantidad de agua disponible para las raíces de los cultivos; otras herramientas similares se utilizan para medir la evapotranspiración o cantidad de agua que se evapora a través de las hojas de las plantas.

En pocas palabras, la enorme cantidad de datos que se pueden obtener ahora de la agricultura y sus procesos, gracias a una nueva generación de sensores y modelos de *software*, permiten, por ejemplo, rastrear el movimiento del agua en los campos de irrigación, para saber de antemano la cantidad que será utilizada⁴⁶.

A partir de la era industrial, los alimentos, su producción y procedencia han cambiado, en gran medida, gracias a las tecnologías de la mecanización, el tratamiento informático, la bioquímica o la ingeniería genética, por mencionar sólo algunas de ellas, para poder elevar sin precedentes la productividad, hacerla más confiable y accesible a un mayor número de personas.

La agricultura también ha cambiado dramáticamente en el último siglo, logrando convertir lugares otrora inhóspitos en terrenos fértiles de cultivo⁴⁷. Un dato de los Estados Unidos resulta emblemático: en 1920, existían 31 millones de trabajadores agrícolas con un terreno promedio de menos de 150 acres (unas 60 hectáreas). Un siglo después, las tierras de cultivo han disminuido un 9%, pero ahora con 3.2 millones de trabajadores; sus propiedades son mucho menores en número, pero son tres veces mayores en promedio⁴⁸.

45 Lichfield, Gideon, "From the editor", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, p. 2.

46 Gerety, Rowan Moore, "Code season", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, p. 55.

47 Johnson, Bobbie, "In an age of abundance, why do people starve?", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 77.

48 *Idem*.

Algo que era sólo un sueño en la antigüedad, es la cadena actual de suministro de alimentos, pues es posible encontrar en varios países tiendas con productos frescos procedentes de todas las regiones planetarias a lo largo del año. Su poderosa organización fue puesta a prueba durante la pandemia de COVID-19. Aunque en algunos lugares se reportaron problemas de abastecimiento, en la mayoría esto no sucedió⁴⁹.

Pero esta historia de éxito, antes de preguntarnos por qué no desaparece la gente hambrienta en el mundo, ha generado problemas nutricionales que antes tampoco se conocían, como los alimentos ricos en calorías malas, mejor conocidos bajo el nombre de *fast food* o comida rápida, que desataron una crisis de obesidad, sobre todo en grupos sociales marginados.

Por otro lado, el clima y la naturaleza están pagando las consecuencias de este modelo de producción. El aumento desproporcionado de la ganadería elevó la cantidad de gases de efecto invernadero, pues la industria cárnica genera una mayor huella de carbono. El uso desmedido de fertilizantes y pesticidas han contaminado tierras de cultivo, vías fluviales, animales y dañado a muchas personas⁵⁰.

Sin olvidar nuestro tema, el éxito de la producción alimentaria en casi todo el orbe ha creado la falsa ilusión de una exuberancia sin límites. Esto trae a la mente una famosa frase del científico y divulgador de la ciencia británico David Attenborough: “*Anyone who believes in indefinite growth on a finite planet is either mad, or an economist*”⁵¹ (Cualquiera que crea en un crecimiento indefinido en un planeta finito está loco, o es economista).

En el presente, se suele almacenar un superávit de granos solamente para 10 o 12 semanas, mismo que depende de la periódica renovación de una serie de cosechas alrededor del planeta, y la cadena del sistema alimentario global llegaría a comprometerse si la explosión demográfica sigue aumentando en forma descontrolada; también, los estantes en los supermercados podrían vaciarse, en 24 horas o menos, debido a una catástrofe a nivel mundial o regional⁵². Como adelantamos, gracias al eficiente trabajo del Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas, el sistema alimenticio apenas sufrió mermas el año 2020, con motivo de la pandemia de COVID-19. Por esta razón se le galardonó con el Premio Nobel de la Paz. No faltaron las críticas por esta decisión del jurado, al entregar un premio tan importante a dicha organización, simplemente “por cumplir su deber”⁵³. No ignoramos que estas distinciones siempre son polémicas. Sea lo que fuere, nos preguntamos si otro problema global, similar a la pandemia o tal vez peor, en un futuro cercano, podría sortearse también exitosamente.

49 *Ibid.*

50 *Ibid.*; Carson, Rachel, *Silent Spring*, Londres, Readers Union Hamish Hamilton, 1964.

51 Citada por Cribb, *op. cit.*, p. 62.

52 *Idem*, pp. 8-9 y 62.

53 Johnson, *op. cit.*, p. 76.

La abundancia de alimentos ha hecho que se les considere una simple mercancía y se pierda de vista su valor estratégico para el presente y futuro del planeta. El sistema alimentario no está diseñado actualmente para alimentar a la gente, sino para obtener el mayor número de ganancias posibles. Esto ocasiona la enorme producción descrita, pero casi siempre a destiempo y en el lugar que menos lo necesita⁵⁴.

Unas cuantas cifras bastan para ilustrar el problema. En el número de enero-febrero de 2021, del *MIT Technology Review*, dedicado a la comida, las gráficas explican que 1/5 de la población mundial no consume suficiente proteína (la persona promedio requiere 50 gramos al día). Gran parte de la población de las naciones más pobres se deben conformar con un promedio de 20 e inferior a 50 gramos *per capita* al día, mientras que los países más opulentos pueden consumir entre 110 y hasta 140 gramos o más⁵⁵.

Las estadísticas demuestran que la proporción de personas que no consume suficientes calorías disminuyó, de un 15% en 2000, al 8.6% en 2014, cifra que se ha mantenido hasta años recientes, pero el número total de malnutridos continúa a la alza. Naciones Unidas estimó la existencia de 688 millones de personas en estas condiciones el año pasado, a diferencia de los 628.9 millones que había en 2014⁵⁶.

La reconocida confederación internacional de organizaciones no gubernamentales Oxfam –fundada en 1942 y cuyo nombre deriva de Oxford Committee for Famine Relief, o Comité de Oxford para el Alivio de la Hambruna–, ha detectado diez lugares importantes con hambre extrema o desnutrición en el mundo. Algunos son países que sufren conflictos armados a nivel nacional o internacional, como Yemen, en el primer caso, o Afganistán, en el segundo; pero otros la padecen por razones políticas (Venezuela, Cuba, Corea del Norte), altas tasas de desempleo (Sudáfrica), o gobiernos inestables (Brasil o Bolivia). Empero, los países de lo que solía llamarse Primer Mundo, tampoco se libran de este flagelo. La desigualdad económica orilló al Reino Unido a la apertura del doble de bancos de comida desde 2013 y, en los Estados Unidos, el estado de Mississippi registra actualmente desnutrición en uno de cada cuatro menores de edad⁵⁷.

Entre las décadas de los cincuenta y los sesenta, sobre todo al final de esta última, se desarrolló a nivel mundial la ahora llamada Revolución Verde o Tercera Revolución Agrícola, no solamente impulsada por la introducción de mejores tecnologías, sino, además, porque cambió el paradigma del crecimiento de la agricultura a través de los recursos por un crecimiento motivado por la productividad. Es decir, en lugar de aumentar la producción agrícola con el incremento de la cantidad de tierra, agua y otros

54 Cribb, *op. cit.*, p. 115; Lichfield, *op. cit.*, p. 2.

55 Kakaes, Konstantin, y Emily Luong, “Too much and never enough”, en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, p. 22.

56 Johnson, *op. cit.*, p. 76.

57 *Idem*.

recursos, se pensó en aumentar el factor total de productividad (TFP, por sus siglas en inglés) de dichos recursos, o la eficiencia con la que éstos se combinan para mejorar la producción a través del empleo de mejores prácticas y tecnologías⁵⁸. No obstante, como sabemos por las noticias y las estadísticas apuntadas, la Revolución Verde no llegó a todas partes o se estancó en cantidad de lugares, y millones de agricultores, además de padecer hambre⁵⁹, continúan obteniendo ganancias muy por debajo de los distribuidores⁶⁰.

Las fisuras en el sistema global de comida no son los únicos problemas. La cantidad de comida desperdiciada también resulta escandalosa. Según cálculos de Julian Cribb, se aproxima al 40% a nivel mundial⁶¹. John Ruff, oficial en jefe de ciencia y tecnología en el Instituto de Tecnólogos en Alimentos de los Estados Unidos, estima que se tiran a la basura 1.3 mil millones de toneladas de comestibles al año⁶². Si coincidimos con Cribb en que cada comida que consumimos presupone entre 5 y 10 kilogramos de tierra de cultivo y unos 800 litros de agua, lo anterior significa que de 20 a 35 mil millones de toneladas de suelo se utilizan anualmente para producir alimentos que no llegan a ninguna boca, sin mencionar la enorme cantidad de agua que no se aprovecha⁶³.

En suma, la observación de Rowan M. Gerety, al analizar el sistema alimentario de los Estados Unidos, se puede aplicar a casi todas las naciones: el problema no es la tecnología, sino la política y las leyes actuales⁶⁴.

5. EL CAMBIO CLIMÁTICO

Mientras el hombre avanza hacia su anunciada meta de conquistar la naturaleza, ha escrito un historial deprimente de destrucción, no solamente dirigido contra la Tierra que habita sino contra los seres vivos que la comparten con él.
Rachel Carson⁶⁵

El sistema alimentario no sólo tiene deficiencias, también soslaya uno de los factores que más daño le pueden ocasionar: el clima del planeta cambia periódicamente, a su propio ritmo, como lo ha hecho siempre; sin embargo, en las últimas décadas está haciéndolo en forma acelerada a causa de las actividades de los seres humanos. Para

58 Fuglie, Keith, *et al.*, *Harvesting Prosperity. Technology and productivity growth in agriculture*, World Bank Group, 2020, p. xxii. En línea: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32350/9781464813931.pdf>.

59 Johnson, *op. cit.*, p. 79.

60 Cribb, *op. cit.*, p. 115; Johnson, *idem*, p. 78.

61 Cribb, *loc. cit.*

62 Nordrum, Amy, "How technology rewrites your diet", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, p. 25.

63 Cribb, *op. cit.*, pp. 75 y 77.

64 Gerety, *op. cit.*, p. 57.

65 Carson, *op. cit.*, p. 70.

que la agricultura prospere y continúe sustentando la cadena del sistema de alimentos, como hasta ahora, se requiere estabilidad climática, pero todo parece indicar que esto no va a suceder y, desde hace algunas décadas, ya sufrimos los primeros síntomas.

El 95% de los alimentos provienen del suelo de cultivo, pero, según un estudio realizado en 2018, el 75% de las áreas terrestres del planeta se han degradado. Si esta tendencia continúa, en 2050 la proporción será cercana al 95%⁶⁶. De acuerdo con los cálculos de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación, 1/3 del área terrestre está gravemente degradada y el suelo fértil se pierde a razón de 20-40 mil millones de toneladas por año⁶⁷.

El cambio climático afectará principalmente la agricultura de las naciones con mayor población y menores recursos. Los modelos informáticos de este fenómeno estiman uno o dos grados centígrados de aumento en la temperatura del planeta hacia el año 2050. No parece alarmante a nivel humano, pero por cada grado que se eleve, la FAO estima que, a nivel global, el rendimiento promedio de los cereales declinará del 3 al 10%. Por si fuera poco, el deterioro de este recurso natural básico reduce la resiliencia del sistema de producción a la variabilidad climática, lo que también afecta a la producción⁶⁸.

Ya se ha comprobado que la productividad agrícola decae y continúa desacelerando su ritmo en países pobres. Mientras que en tierras de la África Sub-Sahariana, en las pasadas cuatro décadas, el rendimiento de los cultivos apenas se ha duplicado, en el sur asiático se ha triplicado y en Asia del este se ha sextuplicado⁶⁹. Para 2050, el Banco Mundial estima la existencia de unos 140 millones de los que ya se denominan refugiados o migrantes climáticos, y más de la mitad de ellos, unos 86 millones, provendrán del África Sub-Sahariana. Lo cierto es que muchos, desde hace algunos años, huyen de sus países no por razones políticas ni las de orden económico que damos por sentadas, sino porque las condiciones climáticas son tan adversas para la agricultura que no les ha dejado otro remedio⁷⁰.

Cribb subraya el valor estratégico de la comida, la tierra de cultivo y el agua para el bienestar y la supervivencia de la especie humana. Su escasez, como todo parece señalar, será motivo de conflictos y de migraciones masivas en las próximas décadas⁷¹.

Aproximadamente el 70% del agua dulce es necesaria para el cultivo del 40% de la producción mundial total de los alimentos provistos por sistemas de agricultura de riego. En 2016, la FAO estimó que la población mundial proyectada para la década de

66 Cribb, *op. cit.*, pp. 73-74.

67 United Nations Convention to Combat Desertification, "Global Land Outlook". En línea: https://knowledge.unccd.int/sites/default/files/2018-06/GLO%20English_Full_Report_rev1.pdf.

68 Fuglie, *op. cit.*, pp. xxi-xxii.

69 *Idem*, p. xxii.

70 Cribb, *op. cit.*, pp. 161-162.

71 *Idem*, p. 62.

2050, requerirá un incremento del 60% en la producción de alimentos y un aumento de 20% en la necesidad de agua dulce; pero una demanda de semejante nivel haría entrar en conflicto su consumo con el de la industria y las zonas urbanas⁷². Lo que hemos dicho de la comida se puede aplicar al agua: consumimos y desperdiciamos en demasía. Mientras la población mundial se triplicó el siglo pasado, el consumo de agua se multiplicó por seis⁷³.

Los datos anteriores pueden resultar alarmantes, pero sólo son una proyección que extrapola las tendencias actuales y no toman en cuenta el posible impacto del cambio climático. Este fenómeno podría elevar la demanda de agua, hacia 2030, hasta un 40% de la que se encuentra disponible⁷⁴.

En pocas palabras, la problemática que debemos enfrentar, tomando en cuenta no solamente el agua sino todos los recursos naturales de los que hemos hablado, Cribb la resume con frialdad: “la humanidad ahora depende de una reducción de recursos para crear un suministro de alimentos en expansión”⁷⁵.

Sin lugar a dudas, habrá quienes nieguen o tachen de exagerados los anteriores datos, sin molestarse en revisar y, mucho menos, en explicar por qué el común de los científicos están de acuerdo, si no en los pormenores, al menos en el triste horizonte global que nos depara el cercano porvenir si todo continúa como hasta el presente.

Tristemente, como si lo anterior no bastara, ahora padecemos una “pandemia” de personas que rechazan la ciencia, las que no proceden mayoritariamente de sectores sociales marginados o sin educación, sino de algunas de las sociedades más opulentas y también de jefes de Estado que aseguran tener información propia (que nunca dan a conocer) y tampoco tienen embarazo en jactarse públicamente de su ignorancia⁷⁶. La presente pandemia de COVID-19 ha sido su mejor escaparate y, por el mismo motivo, ahora sabemos que están dispersos por todo el planeta.

Lo cierto es que las fuerzas armadas de las principales potencias mundiales, que no se dejan llevar por simples rumores, opiniones formuladas a la ligera, cuentos de catástrofes mundiales, ni consejos para ignorantes, han advertido que el cambio climático

72 *Ibid.*, p. 64.

73 *Ibid.*, p. 65.

74 Schuster-Wallace, C. J., y R. Sandford, *Water in the world we want. Catalysing national water-related sustainable development*, Hamilton, United Nations University, Institute for Water, Environment and Health, 2015. En línea: <https://inweh.unu.edu/wp-content/uploads/2019/03/Water-in-the-World-We-Want.pdf>.

75 Cribb, *op. cit.*, p. 77.

76 Cribb, *idem*, pp. 81, 89 y 114. Como aproximación al problema, pueden consultarse: Sanz, Elena, “Robert Proctor: ‘Existe una industria de creación de ignorancia’”. *Muy Interesante*. En línea: <https://www.muyinteresante.es/ciencia/articulo/robert-proctor-existe-una-industria-de-creacion-de-ignorancia>; y Ohlheiser, Abby, “How the truth was murdered”, en *MIT Technology Review*. no. 123, 6, nov.-dic., 2020, pp. 30-35.

llegará a reproducir los riesgos que ya se generan por la inseguridad existente en ciertos lugares del orbe sobre los recursos de los que hemos hablado: tierra, agua y alimentos. El ex secretario de Estado de los Estados Unidos, John Kerry, expresó lo siguiente en febrero de 2014: “En cierto sentido, el cambio climático puede considerarse otra arma de destrucción masiva, quizá el arma de destrucción masiva más temible en el mundo”; un estudio del Pentágono, realizado en 2015, señaló al cambio climático como un riesgo de seguridad, “porque degrada las condiciones de vida, la seguridad humana y la capacidad de los gobiernos para satisfacer las necesidades básicas de su población”. Por su parte, el contraalmirante británico Neil Morisetti, enviado especial del Reino Unido sobre el tema del clima, comparó la amenaza que representa el cambio climático sobre la seguridad y la economía de su nación, con el terrorismo y los ataques cibernéticos⁷⁷.

Basta revisar las principales zonas de conflicto mundial en el presente con los lugares más afectados por el fenómeno climatológico de marras, para darse cuenta que son los mismos en la mayoría de los casos⁷⁸. Tampoco es necesario ser profeta para especular sobre la relación de los próximos conflictos mundiales con el mismo tema. México y Latinoamérica aparecen en la prospectiva de regiones problemáticas, por los motivos mencionados, proyectada para el 2050, que realizó en 2018 el Banco Mundial⁷⁹.

6. LAS ALTERNATIVAS ALIMENTICIAS, MITOS Y REALIDADES

*La cuestión que puede plantearse es si sería admisible una sociedad ideal en la que la abundancia de bienes estuviese encaminada a satisfacer deseos y necesidades pero su modo de producción fuera artificial al estar confinado a la técnica y a la ciencia. En este sentido, Amy Boesky [en *Founding Fictions. Utopias in early modern England*, 1996] mantiene que la ciencia puede mejorar, perfeccionar a la naturaleza. En mi opinión, sí es posible porque la técnica tiene que liberar progresivamente al ser humano en la producción de los bienes imprescindibles para cubrir sus necesidades y deseos.- Miguel Ángel Ramiro Avilés⁸⁰*

En las décadas de 1950 y 1960, sobre todo en la cultura de masas, se generalizó la idea de un futuro, no muy lejano, en el que las diferencias socio-económicas desaparecerían en casi todos los rincones del planeta y, sobre nuestro tema específico de estudio, el hambre sería erradicada y los alimentos preparados casi instantáneamente por artefactos mecánicos⁸¹. Comidas completas podrían ser reemplazadas por pastillas o

77 Citados por Cribb, *ibid.*, p. 80.

78 *Ibid.*

79 Banco Mundial, “El cambio climático podría obligar a más de 140 millones de personas a migrar dentro de sus propios países para el año 2050: Informe del Banco Mundial”. En línea: <https://www.banco-mundial.org/es/news/press-release/2018/03/19/climate-change-could-force-over-140-million-to-migrate-within-countries-by-2050-world-bank-report>.

80 Ramiro Avilés, *op. cit.*, p. 108.

81 Milo, Paul, *Your Flying Car Awaits: Robot butlers, Lunar vacations, and other dead-wrong predictions of the twentieth century*, Nueva York, Harper, 2009, pp. 165, 181-184.

cápsulas, aunque se creían reservadas a los viajeros en sus largas trayectorias por el espacio. Si bien, esto último pertenece al patrimonio de la imaginación popular, pues, en la vida real, algunos científicos predijeron que se inventarían pastillas para consumo masivo, pero no para saciar el apetito, sino para aprender más rápidamente⁸².

Ahora vivimos en ese futuro que imaginaron nuestros abuelos, y aunque la ciencia y la tecnología de los alimentos han logrado avances muy notorios, el hambre no ha desaparecido, por las razones que ya hemos señalado y otras que anotaremos enseguida. Christine Gould, fundadora y directora de Thought for Food, explica que aunque se produzca más comida en la actualidad, eso no significa que la gente se nutra mejor, pues hay varias enfermedades que aparecen por llevar dietas inadecuadas (obesidad, diabetes, cáncer, enfermedades cardiovasculares, etc.). Todavía hay un largo camino por recorrer en la investigación de los alimentos y, por ello, su compañía impulsa la nutrición personalizada a partir del avance del estudio de nuestra información genética y el microbioma (también llamado genoma de los microorganismos, simbióticos y patógenos, que viven en y sobre cada persona), pues no es lo mismo alimentar que nutrir a los seres humanos⁸³.

Ya existen compañías que han logrado crear leche materna artificial, como Biomilk, a partir de la tecnología de cultivo de células. En un tiempo aproximado de un mes, pueden producir una sustancia similar a la leche materna⁸⁴.

Algo similar es la carne cultivada en laboratorio, una industria que apenas comienza a despuntar. Los mejores resultados se han obtenido mezclándola o cultivándola a partir de plantas. De hecho, la “carne” que se fabrica en los laboratorios de unas diez compañías distribuidas por el mundo, aunque sus creadores no lo dicen abiertamente, son en realidad productos híbridos⁸⁵.

El problema principal de las alternativas alimenticias son los costos. En promedio, un kilo de proteína, ya sea de frijol, soya, arroz, pollo, pescado, carne de vaca o guisantes, cuesta entre uno y cinco dólares. Un kilo de insectos, por mucho tiempo considerados la comida del futuro, cuesta unos 41 dólares. La carne cultivada, aproximadamente, 300 dólares⁸⁶, es decir, tardará varios años en hacerse popular pues, además de disminuir sus precios, tendrá que mejorar su sabor.

En una entrevista reciente, Bill Gates sugirió la carne sintética, que representa hoy menos del 1% del mercado mundial, como la mejor opción para las naciones adineradas⁸⁷,

82 *Idem*, pp. 207-210.

83 Nordrum, *op. cit.*, p. 24.

84 Gilliland, Haley Cohen, “Mother’s milk”, en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 32-37.

85 Firth, Niall, “Flesh forward”, en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 26-31.

86 Kakaes y Lunog, *op. cit.*, p. 23.

87 Temple, James, “Bill Gates: Rich nations should shift entirely to synthetic beef”, en *MIT Technology Review*, 14 de febrero de 2021. En línea: <https://www.technologyreview.com/2021/02/14/1018296/bill-gates-climate-change-beef-trees-microsoft/>.

pero no es necesario emplear una bola de cristal para afirmar que algo así difícilmente sucederá. Aunque la industria de la carne de ganado vacuno es responsable del 20% de las emisiones de gases de efecto invernadero, es una realidad que su consumo sigue en aumento en los países ricos. En 1965, se ingerían en promedio 24kg por persona; en 2015, la cifra se elevó a 42kg; y se espera que llegue a los 45kg, hacia 2030⁸⁸. Hay una tendencia global a volverse más carnívoro conforme se obtienen mayores ingresos⁸⁹, y existen culturas para las que comer carne es no sólo una tradición ancestral, sino incluso un derecho humano⁹⁰.

Existen avances dignos de mención, como la llamada “ag tech” o tecnología para la agricultura⁹¹, y otros, en los que se debería hacer mayor inversión, según sugiere Bill Gates, como los que fabrican nuevos fertilizantes, creados a partir de nitrógeno sintético que no contamina⁹². También hay granjas en las que se crían cerdos modificados genéticamente para que no sean vectores o agentes en la propagación de enfermedades⁹³, pues dichos animales resultan ser los mejores para dispersar enfermedades zoonóticas, es decir, aquellas que se transmiten entre especies a los seres humanos.

Pero las alternativas alimenticias para erradicar el hambre tardarán en llegar a quienes más las necesitan, sobre todo porque el modelo de producción y los vicios del sistema se perpetúan. Ya sabemos que nuestro actual modo de vida es insostenible. Cada ser humano consume unas diez veces más recursos naturales (agua, suelo, madera, metal, energía, comida, etc.) que sus abuelos; y las personas que viven en países opulentos, consumen de seis a diez veces más que quienes viven en naciones menos afortunadas⁹⁴.

Si no es posible disminuir nuestro consumo, basta darnos cuenta que la dieta moderna consiste en seis plantas y seis animales, así como una pequeña variedad de cada uno, es decir, un ridículo 1% del total catalogado de 30,500 plantas comestibles⁹⁵.

Para combatir la malnutrición, se puede impulsar una iniciativa similar a la que introdujo, desde la década de 1970, el ingeniero químico M. G. Venkatesh Mannar para lograr la iodización de la sal, con apoyo de las Naciones Unidas, para prevenir las discapacidades en el desarrollo intelectual y general de los menores, y otros problemas de salud. El mismo Mannar promueve ahora, en forma similar, por medio del tratamiento de la sal, el combate a la deficiencia de hierro, capaz de producir anemia.

88 Cribb, *op. cit.*, p. 108.

89 Kakaes y Luong, *op. cit.*, p. 22.

90 Cribb, *op. cit.*, p. 111.

91 Gerety, *op. cit.*, p. 55.

92 Temple, *op. cit.*

93 Regalado, Antonio, “Lessons from the pig epidemic”, en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 44-49.

94 Cribb, *op. cit.*, pp. 21-22.

95 *Idem*, p. 105.

En otros lugares, para poblaciones con deficiencias nutritivas específicas, se podría diseñar la fortificación de micronutrientes e, incluso, para cada persona, de acuerdo con sus necesidades particulares⁹⁶.

Otras opciones, muchas de ellas ya existentes a nivel experimental o practicadas por aficionados, que pueden impulsar fácilmente la iniciativa política con la legislación adecuada, son las siguientes:

1. Las granjas urbanas en huertos, techos de casas y edificios, o en los espacios entre ellos. Esta actividad se puede combinar fácilmente con la cría de ciertos animales, como aves de corral, apicultura urbana y la producción especializada de granos⁹⁷.
2. Las granjas celestes (*sky farms*), mejor conocidas como granjas verticales, en grandes edificios acondicionados para que crezcan cultivos en compartimientos verticales, que suelen utilizar luz artificial y agua reciclada para la irrigación. Puesto que son muy costosas y sólo accesibles, por ahora, a las grandes compañías, existe una variante denominada “agricultura integrada”, para crear pequeños espacios verdes dentro de edificios medianos con cultivos similares a los mencionados⁹⁸.
3. En espacios más pequeños se sugiere la hidroponía o fertirrigación, que es el cultivo de plantas en soluciones acuosas de minerales y otros nutrientes, ya sean orgánicos (como la composta) o inorgánicos (con fertilizantes sintéticos). Si cuentan con luz adecuada, las plantas pueden acomodarse verticalmente o en espacios hasta 90% menores que un campo de cultivo. Otras ventajas: pueden ocupar desde el espacio de un balcón hasta el de una fábrica, no producen desechos ni contaminan⁹⁹. Una variante es la aeroponía, para vegetales de hoja verde, sin necesidad de tierra, pues sus raíces se hallan suspendidas en un ambiente enriquecido especialmente con nutrientes *ad hoc* para las plantas, y que requieren 95% menos agua que un cultivo tradicional. Un sano crecimiento depende del continuo monitoreo por computadoras¹⁰⁰.
4. La acuaponía o cultivo integrado de peces y vegetales, que flotan en soportes especiales dentro de grandes tanques. Sus raíces cuelgan en el agua, mientras se nutren de los desechos de los peces¹⁰¹.

96 Sussman, Anna Louie, “Iron man”, en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 58-65.

97 *Ibid.*, p. 267.

98 *Ibid.*, pp. 267-268.

99 *Ibid.*, p. 268.

100 *Ibid.*, p. 269.

101 *Ibid.*, p. 268.

5. El entomocultivo, o cultivo de insectos, ya sea para alimentar a las personas o para animales como peces y aves de corral¹⁰².
6. La agricultura protegida o agricultura de ambiente controlado, se realiza en un lugar protegido en el que es posible supervisar las condiciones internas, como invernaderos, contenedores, edificios abandonados o sitios creados especialmente para este fin. El monitoreo de las condiciones del cultivo evita variaciones indeseables en el rendimiento de los cultivos ocasionados por plagas o factores climáticos adversos¹⁰³.
7. De especial interés para México deberían ser las granjas flotantes, que dieron a conocer los mexicanos, pero que se cree fueron utilizadas desde los toltecas. Las famosas chinampas, que aún existen en Xochimilco y Tláhuac, fueron reconocidas por la FAO, en 2018, como integrantes del sistema agrícola mundial¹⁰⁴. Su gran mérito consiste en facilitar pequeños cultivos en superficies acuáticas. Actualmente se han perfeccionado por medio de tecnología para la desalinización solar, capaz de irrigar granjas de varios pisos en pontones flotantes, que proveen no sólo vegetales sino también peces en ciudades de Singapur, Tokio, Yakarta, Shangai y Mumbai¹⁰⁵.
8. Las granjas del desierto, en regiones de climas cálidos extremos, ofrecen múltiples variantes como invernaderos para cultivo de frutas y vegetales, para lo cual suelen contar con agua desalinizada con energía solar, reciclado de diferentes nutrientes, lácteos y carne de camello y cabra¹⁰⁶.

Son apenas algunas de las innovaciones de las que tenemos noticia, pero cada día aparecen otras. En suma, coincidimos con Julian Cribb en que vivimos una revolución en los alimentos y en la cultura alimenticia, pero no debemos conformarnos con ser testigos pasivos, sino participar en ella.

7. PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

El problema no parece ser demasiado complejo, pues el modelo alimenticio que impera es insostenible. Hoy lo saben, mejor que nadie, las naciones pobres, pero en el corto plazo lo vivirán todos los habitantes del planeta, sin excepción. El cambio es in-

102 *Ibid.*, p. 269.

103 *Ibid.*, p. 269.

104 Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe, "Chinampas de Ciudad de México fueron reconocidas como Sistema de Patrimonio Agrícola de Importancia Global". En línea: <http://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/1118852/>.

105 Chow, Lorraine, "Giant solar floating farm could produce 8,000 tons of vegetables annually", *EcoWatch*, 26 de mayo de 2015. En línea: <https://www.ecowatch.com/giant-solar-floating-farm-could-produce-8-000-tons-of-vegetables-annua-1882045025.html>.

106 Cribb, *op. cit.*, p. 270.

dispensable y el derecho necesita actualizarse en apoyo a esta lucha como lo ha hecho la tecnología agrícola y de los alimentos.

El Banco Mundial recomienda promover aún más la investigación y el desarrollo agrícola, revitalizar las instituciones públicas de investigación en nuestro campo y las universidades agrícolas e impulsar su equivalente en el ámbito privado, así como facilitar una mayor cooperación internacional en el mismo aspecto. También establecer protocolos regulatorios para el uso de cultivos genéticamente modificados considerados no dañinos, lo cual creará incentivos para el uso de mayor innovación tecnológica en las compañías especializadas en biotecnología¹⁰⁷.

La tecnología puede producir grandes beneficios a la humanidad, pero no tiene la posibilidad de aparecer recursos naturales no renovables, ni cambiar la mentalidad de quienes ven la comida como una vulgar mercancía. La ley y las políticas adecuadas son las que deben orientarla en el sentido deseado para que el derecho a la alimentación sea una realidad universal, así como castigar y desmotivar el desperdicio de alimentos.

La comida actualmente es demasiado barata, y por eso se despilfarra. Hace un siglo, una familia promedio invertía 1/3 de su ingreso en alimentos; hoy, en las sociedades adineradas, se invierte un 10% o menos¹⁰⁸. Mientras no se conciba un sistema de redistribución eficiente de alimentos, para que pase de regiones con excedentes a las que lo requieren, se puede buscar la autosuficiencia local, cuidando mejor la tierra y el agua, así como impulsar los nuevos medios de producción alimenticia¹⁰⁹, tales como los mencionados al final del anterior capítulo y los que vienen más adelante. La legislación también debe crear incentivos para los centros de investigación dedicados al desarrollo de alternativas alimenticias y a la agricultura urbana.

Cribb recomienda leyes que limiten las prácticas o tecnologías que degradan los recursos necesarios para crear alimentos y ponen en peligro la salud de los consumidores, incentivando, al mismo tiempo, a quienes los protegen. Asimismo, propone recaudar un impuesto sobre toda la comida producida por país (como el impuesto al carbono), que refleje su impacto al medio ambiente, y reinvertirlo en sistemas agrícolas sostenibles, investigación y desarrollo, regeneración de suelos dañados, etc.¹¹⁰

El mismo autor apunta que cualquier revolución alimenticia debe comenzar en la escuela¹¹¹. Así como los principios de ecología que ya se imparten, la importancia de la comida debería enseñarse a partir de la educación elemental, tanto en escuelas públicas como privadas. Nosotros, los consumidores, también podemos contribuir a partir

107 Fuglie, *op. cit.*, pp. xxvii-xxxi.

108 Cribb, *op. cit.*, p. 118.

109 *Idem*, pp. 77-78.

110 *Idem*, pp. 117-118.

111 *Ibid.*, p. 251.

de nuestros hábitos de compra, optando por los productos locales más sanos, seguros y ecológicamente sustentables¹¹².

El cambio climático ya es motivo de preocupación alrededor del planeta, y es el escenario de trasfondo de los principales conflictos y migraciones masivas de seres humanos. Por eso, hay que reivindicar y proteger nuestra industria más antigua, la que nos permite tener alimentos. M. S. Swaminatham, padre de la Revolución Verde en la India, nos recuerda que “si la agricultura falla, todo lo demás fallará”¹¹³, lo mismo sucederá si empieza a faltar periódicamente la comida en la mesa, el precipicio que lleva de la civilización a la anarquía, como sugiere el proverbio español.

Lo más probable es que no lo comprendamos ni nos importe hasta que no exista otro remedio, porque la humanidad, por regla general, no cambia sus actitudes ni forma de actuar, sino hasta que ve seriamente amenazada su propia existencia¹¹⁴.

Las constituciones nacionales deben reconocer y respetar el derecho a la alimentación en todos los aspectos y con los elementos mencionados, y no sólo considerándolo a corto sino también a largo plazo. Los estados, por su parte, deben hacer estudios de prospectiva para hacerlo realidad. La FAO, entre otras instituciones, tiene información de sobra sobre el tema, aunque casi siempre permanece en el olvido.

Necesitamos más ciudades verdes, en las que se practiquen con regularidad las opciones señaladas al final del apartado anterior, y otras respetuosas del medio ambiente.

Algo muy sencillo de poner en práctica y de incentivar son los techos verdes. En 2014, el arquitecto Oscar Rodríguez calculó que si esto se hiciera en todo el espacio disponible de la ciudad de Londres (unos 1572 km²), se obtendría diariamente más de un kilo de frutas y vegetales para cada uno de sus 8.3 millones de habitantes¹¹⁵.

Muy útil para impulsar las ciudades verdes sería también el reciclado de todos los nutrientes (estiércol humano y animal, así como muchos otros desechos orgánicos) que se generan en abundancia en medios urbanos, pero que casi nunca se aprovechan, como en tiempos remotos¹¹⁶. Lo mismo se puede hacer con el agua de lluvia y de otras fuentes que se desperdician irresponsablemente a diario. Alrededor del mundo se han concebido opciones, incluso para que los rascacielos capten el líquido que se utiliza cotidianamente en el propio edificio¹¹⁷.

112 *Ibid.*, p. 249.

113 *Ibid.*, p. 86.

114 *Ibid.*, p. 242.

115 Bryce, Emma, “This architect wants to convert urban rooftops into farms”, en *Wired*, 28 de octubre de 2014. En línea: <https://www.wired.co.uk/article/future-roofer>.

116 Cribb, *op. cit.*, pp. 225-226.

117 *Idem*, pp. 232-241.

Lo anterior se refiere a las adaptaciones necesarias dentro de los paisajes urbanos actuales, pero está cobrando fuerza en muchos países la “agritectura”, es decir, la combinación del diseño de edificios urbanos para la producción alimenticia, impulsado por el microbiólogo Dickson Despommier¹¹⁸.

En fin, las alternativas a corto o largo plazo, a precios altos y bajos, para países ricos o pobres, colectivas o individuales son una realidad. Lo importante es que exista la voluntad, las políticas y las leyes para impulsarlas.

Para finalizar, deseamos recordar una campaña publicitaria lanzada hace poco más de un siglo. Durante la Gran Guerra, el gobierno británico convocó a las mujeres inglesas con las siguientes palabras:

La línea de combate británica se extiende y cambia y ahora te encuentras en ella. La lucha no solamente se libra en mar y tierra, sino también en tu despensa, tu cocina y tu comedor. Cada comida que sirves es ahora literalmente una batalla. Cada alimento bien cocinado que ahorra pan y no desperdicia comida es una victoria. Nuestros soldados derrotan a los alemanes en tierra. Nuestros marinos los derrotan en el mar. Tú puedes derrotarlos en la despensa y la cocina. La victoria en la guerra por la comida dará el giro en la balanza...¹¹⁹

Si eliminamos de lo anterior las alusiones exclusivas a las mujeres –porque ahora es labor de todos–, al tiempo de guerra –porque la crisis de los alimentos y del cambio climático la sufriremos hasta donde podemos ver en nuestro horizonte temporal–, y a un enemigo específico –pues hoy se refiere a múltiples problemas, como nuestra forma de producción, sistemas económicos, ideologías, escepticismo, modos de vida, costumbres y tradiciones, entre otras cosas–, podremos decir que la victoria en la guerra por la comida podrá significar el giro para salvar a la humanidad y quizá también al planeta como lo conocemos.

OBRAS DE REFERENCIA

Banco Mundial, “El cambio climático podría obligar a más de 140 millones de personas a migrar dentro de sus propios países para el año 2050: Informe del Banco Mundial”. En línea: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2018/03/19/climate-change-could-force-over-140-million-to-migrate-within-countries-by-2050-world-bank-report>. Consultado el 19 de julio de 2021.

Blanco, José Joaquín (ed.), *El lector novohispano. Una antología de la literatura mexicana colonial*, México, Cal y arena, 1996.

Bryce, Emma, “This architect wants to convert urban rooftops into farms”, en *Wired*, 28 de octubre de 2014. En línea: <https://www.wired.co.uk/article/future-roofer>. Consultado el 23 de julio de 2021.

118 Despommier, Dickson, y Majora Carter, *The Vertical Farm: Feeding the world of the 21st Century*, Nueva York, Macmillan Publishers, 2010.

119 Cribb, *op. cit.*, pp. 44-45.

Carson, Rachel, *Silent Spring* (introducción Lord Shackleton), Londres, Readers Union Hamish Hamilton, 1964.

Cervantes, Miguel de, *Los trabajos de Persiles y Sigismunda*, ed. Florencio Sevilla Arroyo, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, en <http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/los-trabajos-de-persiles-y-sigismunda--0/html>. Consultado el 21 de junio de 2021.

Chow, Lorraine, "Giant solar floating farm could produce 8,000 tons of vegetables annually", *EcoWatch*, 26 de mayo de 2015. En línea: <https://www.ecowatch.com/giant-solar-floating-farm-could-produce-8-000-tons-of-vegetables-annua-1882045025.html>. Consultado el 22 de julio de 2021.

Cribb, Julian, *Food or War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

"Declaración de Roma sobre la Seguridad Alimentaria Mundial". En línea: <http://www.fao.org/3/W3613S/W361S00.htm>. Consultado el 9 de julio de 2021.

"La Declaración Universal de Derechos Humanos". En línea: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Consultada el 7 de abril de 2021.

"Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición". En línea: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ErradicationOfHungerAndMalnutrition.aspx>. Consultada el 7 de julio de 2021.

Despommier, Dickson, y Majora Carter, *The Vertical Farm: Feeding the world of the 21st Century*, Nueva York, Macmillan Publishers, 2010.

"Día Mundial de la Alimentación 2021". En línea: <http://www.fao.org/world-food-day/es/>. Consultado el 9 de julio de 2021.

Firth, Niall, "Flesh forward", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 26-31.

Fuglie, Keith, et al., *Harvesting Prosperity. Technology and productivity growth in agriculture*, World Bank Group, 2020. En línea: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32350/9781464813931.pdf>. Consultado el 15 de julio de 2021.

Gerety, Rowan Moore, "Code season", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 50-57.

Gilliland, Haley Cohen, "Mother's milk", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 32-37.

Goodman, Paul, "The 8 main reasons for war", *Owlcation*, 18 de abril de 2021. En línea: <https://owlcation.com/social-sciences/The-Main-Reasons-For-War>. Consultado el 25 de junio de 2021.

Hersch, Jeanne (dir.), *El derecho de ser hombre*, Salamanca, París, Bogotá, Ediciones Sígueme, UNESCO, Colsubsidio, 1973.

"Hitos mundiales. Cronología del Derecho a la Alimentación. Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura". En línea: <http://www.fao.org/right-to-food-timeline/global-milestones/es/>. Consultado el 9 de julio de 2021.

Johnson, Bobbie, "In an age of abundance, why do people starve?", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 74-79.

- Kakaes, Konstantin, y Emily Luong, "Too much and never enough", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 22-23.
- Knappe, Karl-Adolf, *Dürer. The complete engravings, etchings, and woodcuts*, Secaucus, Wellfleet Press, 1964.
- Lichfield, Gideon, "From the editor", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, p. 2.
- McClintock, Harry, "Big Rock Candy Mountain Lyrics", *Genius Lyrics*. En línea: <https://genius.com/Harry-mcclintock-big-rock-candy-mountain-lyrics>. Consultado el 22 de junio de 2021.
- Manuel, Frank E., y Fritzie P. Manuel, *El pensamiento utópico en el mundo occidental I. Antecedentes y nacimiento de la utopía (hasta el siglo XVI)*, Madrid, Taurus Ediciones, 1984.
- Milo, Paul, *Your Flying Car Awaits: Robot butlers, Lunar vacations, and other dead-wrong predictions of the twentieth century*, Nueva York, Harper, 2009.
- Nordrum, Amy, "How technology rewrites your diet", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 24-25.
- "Objetivo de Desarrollo del Milenio 1". En línea: <http://www.fao.org/sustainable-development-goals/mdg/goal-1/es/>. Consultado el 9 de julio de 2021.
- Oficina Regional de la FAO para América Latina y el Caribe, "Chinampas de Ciudad de México fueron reconocidas como Sistema de Patrimonio Agrícola de Importancia Global". En línea: <http://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/1118852/>. Consultado el 22 de julio de 2021.
- Ohlheiser, Abby, "How the truth was murdered", en *MIT Technology Review*. vol. 123, no. 6, nov.-dic., 2020, pp. 30-35.
- Parasecoli, Fabio, "Super-market forces", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 10-12.
- Patch, Howard Rollin, *El otro mundo en la literatura medieval*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- Ramiro Avilés, Miguel Ángel, *Utopía y Derecho. El sistema jurídico en las sociedades ideales*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, Universidad Carlos III de Madrid, 2002.
- Regalado, Antonio, "Lessons from the pig epidemic", en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 44-49.
- Rotterdam, Erasmo de, *Adagios del poder y de la guerra y teoría del adagio*, ed. Ramón Puig de la Bellacasa, Valencia, Pre-Textos, 2000.
- , *Elogio de la locura*, 5ª reimp., ed. Pedro Rodríguez Santidrián, Madrid, Alianza, 1995.
- Sanz, Elena. "Robert Proctor: 'Existe una industria de creación de ignorancia'". *Muy Interesante*. En línea: <https://www.muyinteresante.es/ciencia/articulo/robert-proctor-existe-una-industria-de-creacion-de-ignorancia>. Consultado el 19 de julio de 2021.
- Schuster-Wallace, C. J., y R. Sandford, *Water in the world we want. Catalysing national water-related sustainable development*, Hamilton, United Nations University, Institute for Water, Environment and Health, 2015. En línea: <https://inweh.unu.edu/wp-content/uploads/2019/03/Water-in-the-World-We-Want.pdf>. Consultado el 16 de julio de 2021.

Sun Tzu, *El arte de la guerra*, 2ª ed., México, Ediciones Gernika, 1994.

Sussman, Anna Louie, “Iron man”, en *MIT Technology Review*, vol. 124, no. 1, ene.-feb. 2021, pp. 58-65.

Temple, James, “Bill Gates: Rich nations should shift entirely to synthetic beef”, en *MIT Technology Review*, 14 de febrero de 2021. En línea: <https://www.technologyreview.com/2021/02/14/1018296/bill-gates-climate-change-beef-trees-microsoft/>. Consultado el 20 de julio de 2021.

Torres, Alberto J., *Peso y medidas antiguas en México*, Guadalajara, Gobierno de Jalisco, 1987.

United Nations Convention to Combat Desertification, “Global Land Outlook”. En línea: https://knowledge.unccd.int/sites/default/files/2018-06/GLO%20English_Full_Report_rev1.pdf. Consultado el 16 de julio de 2021

Ziegler, Jean, “Right to Food”, en *What is the Right to Food?*, <http://www.righttofood.org/work-of-jean-ziegler-at-the-un/what-is-the-right-to-food/>. Consultado el 6 de julio de 2021.

LA PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN DERECHO MEXICANO: UNA ASIGNATURA PENDIENTE

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO*

*The most important questions of life are, for the most part,
really only problems of probability.*

Pierre Simon, Marquis de Laplace
Théorie Analytique des Probabilités, 1812

SUMARIO: I. IDEA. II. CONCEPTO. A. Ejemplos. B. Elementos. C. Problemática. 1. Daño. 2. Vínculo. 3. Quantum. III. DERECHO MEXICANO. A. Daño. 1. ¿Indemnizando por sueños?. 2. Ausencia de certeza: ¿incertidumbre, riesgo, probabilidad?. 3. ¿Damnum emergens o lucrum cessans?. B. Causalidad. 1. Paradigma. 2. Revisitando el paradigma. 3. Implicaciones. (a) Siempre negar causalidad es erróneo. (b) Probabilidad estadística. (c) Derecho comparado. C. Cuantificación. 1. Admisibilidad. 2. Métodos. 3. Propuesta. IV. CONCLUSIÓN.

I. IDEA

La *pérdida de la oportunidad* es un concepto jurídico desarrollado y de contenido copioso en jurisdicciones diversas. Si uno se asoma a la experiencia mexicana, uno se encuentra con un desierto. No existe caso reportado alguno sobre dicho concepto. Tampoco existe autor mexicano que lo haya analizado. Y cuando ha surgido, la respuesta incipiente es contraria a su aceptación. Los argumentos son diversos, pero destaca la aseveración de que no es un concepto que contempla derecho mexicano.

Difiero de dicha opinión. El derecho civil mexicano es, correctamente entendido, interpretado y aplicado, lo suficientemente rico como para encontrar en su expresión actual asidero suficiente para anclar una determinación de existencia del derecho a ser indemnizado por la pérdida de una oportunidad.

Pero no sólo es *posible* acoger dicho concepto como parte de nuestro *corpus iuris*, sino *deseable*: cubriría un espacio digno de tutela.

Esta es la idea que defiende este ensayo.

* Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx. Porciones de este ensayo son tomadas de González de Cossío, “DAÑOS, PERJUICIOS Y SU INDEMNIZACIÓN: OBSERVACIONES SOBRE LA TEORÍA Y PRÁCTICA MEXICANA” (en edición).

Para sustanciarla, a continuación explico el concepto (§II), cómo puede engranar con derecho mexicano (§III), finalizando con una propuesta que someto al escrutinio del mercado de las ideas (§IV).

Un segundo propósito anima este esfuerzo: contribuir al debate mundial que sobre el tema existe, abordando un aspecto que no observo tratado: la teoría de las probabilidades y cómo ésta puede nutrir este concepto jurídico.

II. CONCEPTO

La responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad consiste en el deber de indemnizar a la víctima de un hecho ilícito por la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio o evitar una pérdida.

Hablar de ‘oportunidad’ implica por definición ausencia de certeza. Es, siguiendo la Real Academia, la “*posibilidad* de conseguir algo”. Y una *posibilidad* de conseguir implica la *posibilidad* de que no se consiga. (De allí que algunos sistemas jurídicos lo denominen “pérdida de la chance”: Según la Real Academia “chance” es la “oportunidad o posibilidad de conseguir algo”.) Existe álea en el resultado final de algo. De allí que Mazeaud, Mazeaud y Chabas lo definan así:¹

Une situation par definition avantageuse pour la future victim, comportait un aléa et lorsque, par le fait du défendeur, cet aléa a disparu, emportant les chances qu'avait le demandeur de conserver une situation bénéfique ou de la voir se réaliser

[Una situación por definición ventajosa para la futura víctima, que comporta un álea y cuando por el hecho del demandado dicho álea desaparece, incluyendo la posibilidad que tenía el demandante de conservar una situación benéfica o verla realizar]

La Corte de Casación francesa lo define como la “desaparición de la probabilidad de un hecho favorable cuando su chance era suficientemente seria”.² Jansen lo entiende así:³

The idea of a lost chance says that the loss of a chance should be legally acknowledged as a new kind of harm generating recovery. Thus, it factually transforms problems of proof of causation into terms of the assessment of damages

[La idea de pérdida de la oportunidad propone que la pérdida de la oportunidad debe ser legalmente reconocida como una nueva forma de daño que deba generar

1 Henri Mazeaud, León Mazeaud y Jean François Chabas, LEÇONS DE DROIT CIVIL, t. II, 1er vol., OBLIGATIONS, théorie générale, Lectures, 8 e éd, Paris, 1991, p. 412.

2 Arrêt de 6 de junio de 1990 (no. 58). Müller, p. 48.

3 Nils Jansen, THE IDEA OF A LOST CHANCE, 19 OJLS, 1999, p. 282.

el derecho a indemnización. Se transforma así el problema de prueba de causalidad en uno de valuación de daños]

Werro la describe de la siguiente manera:⁴

La pert d'une chance ainsi définie est l'évaluation d'un dommage ... Elle tend bien à compenser la perte qui résulte d'une faute certaine ayant pour effet de supprimer la chance d'obtenir un avantage existant mais aléatoire

[la pérdida de la oportunidad así definida es la evaluación de un daño ... tiende a compensar la pérdida que resulta de una falta cierta que tiene por efecto suprimir la oportunidad de obtener una ventaja existente pero aleatoria]

Es la *oportunidad* el bien jurídicamente tutelado—de allí el pensamiento al principio de este ensayo. Cuando un hecho ilícito frustra la *probabilidad* de que ocurra la *oportunidad*, la indemnización debe buscar resarcir ésta: la probabilidad y sólo la probabilidad.

A. Ejemplos

Los ejemplos clásicos son el abogado que presenta un recurso legal pasado el plazo para ello, vedando la posibilidad de apelación. Otro es el caballo impedido de correr en una competencia. El empresario impedido a participar en una licitación. Uno que me parece especialmente ilustrativo es la destrucción de un billete de lotería. Si se analizan, su comun denominador:⁵

- (1) Culpa;
- (2) Un todo que está en juego y se perdió y que podría configurar el perjuicio sufrido;
- (3) Ausencia de prueba del nexo de causalidad entre la pérdida de lo que estaba en juego y la culpa pues, por definición, el resultado era aleatorio. Esta es la característica central de esta cuestión: la no-realización sería posible por otras causas (naturales o imputables a terceros). No se sabrá jamás si fue el agente u otra causa lo que hizo que se perdiera lo que estaba en juego. Por ello, la culpa del autor es una condición *sine qua non* de la pérdida del resultado esperado;
- (4) El perjuicio no es la pérdida que estaba en juego (del resultado esperado) sino la oportunidad que se tenía de alcanzarlo;

4 Franz Werro, *LA RESPONSABILITÉ CIVILE MÉDICALE: VERS UNA DERIVE À L'AMÉRICAIN?*, Responsabilité médicale, Cahier no. 2 de L'Institut du Droit de la santé, Neuchâtel, 1996, p. 27.

5 François Chabas, *LA PÉRDIDA DE UNA CHANCE EN EL DERECHO FRANCÉS*, Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalley, Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant, pp. 342-343. *LA PERTE D'UNE CHANCE EN DROIT FRANÇAIS*, O Guilled (ed.), *DÉVELOPPEMENTS RÉCENTS DU DROIT DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE*, Zurich, 1991, p. 131.

(5) Es posible establecer una relación causal entre el perjuicio y la culpa del agente. Ello en base al siguiente razonamiento:

- (a) La víctima tenía una oportunidad;
- (b) Como resultado del ilícito la víctima ya no tiene la oportunidad; y
- (c) El agente debe ser condenado a reparar ese perjuicio: la oportunidad perdida.

B. Elementos

Siendo la pérdida de la oportunidad un caso particular de la responsabilidad civil, comparte los elementos de dicho concepto, es decir: (1) hecho ilícito, (2) daño, y (3) vínculo causal. Pero matizados.

Respecto de *daño*, el daño no consiste en la no-ocurrencia del evento de resultado incierto (que por simplicidad llamaré “evento”), sino la desaparición de la oportunidad de obtenerlo—dos cosas distintas.

Respecto del *vínculo*, la pérdida de la oportunidad se caracteriza por dos causas posibles por las que ocurre un daño: una, el hecho imputable al demandado. Otra: la evolución natural de las cosas en ausencia de una intervención de la responsable: el riesgo. El hecho imputable a la responsable no ha necesariamente creado el daño final, sino que priva a la víctima de la *chance* de obtener un mejor resultado.⁶

C. Problemática

La pérdida de oportunidad genera una problemática particular. Y es triple: sobre daño, el vínculo de causalidad, y sobre el monto de indemnización.

1. Daño

¿Cómo saber si existe daño siendo que el beneficio del evento pudo nunca haber existido? No existiendo certeza sobre el resultado del evento, es difícil (¿imposible?) discernir sobre si, ante ilícito, existe menoscabo patrimonial.

2. Vínculo

Siendo que no existe certeza sobre el logro del evento cuya posibilidad de logro fue frustrada, ¿cómo trazar una relación causa-efecto entre el daño y el hecho ilícito siendo que el evento pudo nunca haberse logrado?

6 Christoph Müller, *LA PERTE D'UNE CHANCE*, Stämpfli Editions SA Berne, 2002, p. 47.

Existe concurrencia de motivos por los que nunca se obtiene el beneficio final del evento: por un lado, el hecho imputable al demandado. Por otro, la evolución natural de las cosas sin que exista intervención del responsable. Ante ello, es imposible saber con certeza cuál de las causas posibles en el caso particular tuvieron por efecto el daño sufrido. Ante dicha concurrencia, ¿cómo establecer causalidad?

3. *Quantum*

¿Cómo valorar el daño siendo que no existe certeza de que ocurrirá?

Lo anterior se complica por el paradigma vigente de indemnización consistente en que no todo el daño es indemnizable. (Desde el siglo XIX es aceptado que el derecho civil no busca indemnizar por *todo* daño.)

III. DERECHO MEXICANO

Pongamos bajo la lupa de derecho mexicano el concepto jurídico de la pérdida de la oportunidad.

A. Daño

“Daño” es menoscabo patrimonial.⁷ El que la pérdida de la oportunidad actualice dicho concepto jurídico exige un marco conceptual (§1) que resuelva qué hacer ante la ausencia de certeza (§2), esclareciendo el tipo de daño (§3).

1. *¿Indemnizando por sueños?*

¿Por qué habría de indemnizarse por la pérdida de una oportunidad? ¿En base a qué principio debe obligarse a una persona a entregar dinero a otra por concepto de algo que pudo nunca haber sido?

La pregunta exige una respuesta para establecer una base racional que justifique decisión y actuación, tanto conceptual como normativamente. Pero también para erradicar el gran peligro de esta disciplina: acciones frívolas o injusticias.

Pensemos en alguno de los ejemplos citados en la sección II.A anterior. Tomaré el del boleto de lotería. Si **A** es dueño de un boleto de lotería y **B** lo destruye intencionalmente, ¿debe **A** no recibir nada de **B**? La respuesta negativa invitaría impunidad. La positiva exige otra pregunta de seguimiento: ¿En base a qué principio condenar? Probablemente algunos contesten “Porque **B** actuó mal”. Pero actuar mal no es suficiente:

7 Artículo 2108 del Código Civil Federal.

aceptamos no indemnizar cuando ante ilícitos que no generan daño.⁸ Otros podrían contestar “Porque no sería justo para A”. Expuesto así, podría contestarse preguntando “¿Sería justo que A reciba algo cuando posiblemente (¿probablemente?) no habría recibido nada? (¿quién asegura que ganaría la lotería?). Aún otros podrían contestar “Para desincentivar conducta ilícita”. Aceptado, el derecho no debe permitir—mucho menos premiar—ilícitos, ¿pero debe la solución ser que B le de dinero a A? ¿Porqué no establecer otra consecuencia, como una sanción o exigir una disculpa?

Propondría la siguiente explicación a título de respuesta: el derecho civil protege el patrimonio estableciendo responsabilidad (el deber de dejar sin daño: *indemnizar*⁹) a quien lesione. Y la oportunidad está en el patrimonio de A. Si dicha oportunidad dejó de estar en el patrimonio de A como resultado de un hecho ilícito, su autor (en nuestro ejemplo, B) está obligado a indemnizar a A: restituirlo a la situación que existía previo al ilícito o pagar daños y perjuicios.

No faltará quien conteste: ¿Indemnizar qué, sin aún no se saca la lotería? Es en esta coyuntura que muchos se quedan. Contestan la pregunta (que resuena retórica) indicando que dar algo sería “especulativo”. Que no teniendo certeza de que se ganará la lotería, dar lo que sea implica sobre-indemnizar—lo cual es contrario a *restitutio in integrum*.

¿Porqué no contestar: *el valor de la oportunidad*? La oportunidad de ganar el boleto de lotería tiene un valor. Tan es así que A lo compró – lo cual necesariamente significa que le atribuye un valor superior al precio que pagó. A no daría el boleto a cambio de cero. A podría vender el derecho que arroja la oportunidad y obtener algo por ello. El patrimonio de A incluye el valor de la oportunidad. Si se priva de él, se ha reducido el patrimonio de A. Es ante ello que la respuesta a la pregunta ‘¿porqué indemnizar?’ es ‘porque no hacerlo implica subindemnizar’—algo contrario a *restitutio in integrum*.¹⁰

2. Ausencia de certeza: ¿incertidumbre, riesgo, probabilidad?

Obligar a indemnizar por un daño que puede no ocurrir porque su actualización carece de certeza presenta un dilema – tal, que para muchos es suficiente para no ordenar indemnización del todo (implicaría sobre-indemnizar razonan). Y la postura tiene algo entendible: es cierto que la oportunidad supone que algo puede no darse. Pero basar en ello la conclusión de negación como generalización es un *non sequitur*.

La preocupación debe tomarse con seriedad, es de admitirse. Propongo sin embargo que negar *siempre* es simplista. Peor aún, injusto. El que no se haya materializado el

8 La aseveración es la conclusión natural del principio que sin daño demostrado no hay indemnización. Ello necesariamente significa que aceptamos no indemnizar aún ante un ilícito siempre que no genere daño demostrable.

9 Artículo 1915 del Código Civil Federal.

10 Artículo 1915 del Código Civil Federal.

evento no quiere decir que no se materializará. Y frustrarlo tiene que tener una consecuencia. Ello quiere necesariamente decir que tenemos un problema que no admite generalización. Requiere individualización. Distinguir las situaciones en que rehusar indemnizar es justificado de aquellas que sería inapropiado. Ello implica acuñar una abstracción que depure qué situaciones justifican una y otra conclusión: ¿cuándo puede ser atinado y justo no condenar–y viceversa? Ello exige resolver un dilema: hay casos en que puede ser atinado y justo no condenar; y hay casos en que puede ser atinado y justo condenar. ¿Cómo distinguir?

Propongo discernir. Las circunstancias no son todas iguales. Dependiendo del conjunto de circunstancias puede justificarse negar o condenar.

Una oportunidad puede arrojar un resultado positivo o no. Ello implica necesariamente que no existe *certeza* de que ocurrirá el evento que el ilícito frustró. Pero la ausencia de certeza no es unifacética. Existen diferentes tipos de ausencia de certeza. Por ejemplo, puede haber riesgo, incertidumbre, probabilidad, o álea. Cada uno de estos significan algo distinto. Dependiendo de lo que tengamos en frente, dependerá su tratamiento al amparo de la pérdida de la oportunidad.

Comencemos con *Riesgo*. ‘Riesgo’ tiene muchas acepciones¹¹ –además de una larga tradición.¹² Según la Real Academia significa “contingencia o proximidad de un daño”. Un pensador económico define riesgo como la “distribución de un resultado en un grupo de instancias conocido ya sea a través de un cálculo apriorístico o a partir de estadísticas de eventos pasados”.¹³ Es la “posibilidad de daño; el grado de probabilidad de que ocurra”.¹⁴ Es decir, “riesgo es probabilidad *multiplicada* por la consecuencia”.¹⁵

Riesgo suele confundirse con *incertidumbre*. Sin embargo, en rigor filosófico, ‘*incertidumbre*’ es distinta en que no puede calcularse. Es imposible hacerlo pues no pueden agruparse un grupo de instancias por ser la situación única.¹⁶ Es decir, la diferencia entre riesgo e incertidumbre es el nivel de conocimiento sobre lo que puede o no pasar. Mientras que el riesgo está presente en situaciones en que una acción puede arrojar resultados distintos y mutuamente excluyentes con una *probabilidad*

11 Riesgo-país, riesgo de negocios, riesgo de salud, riesgo de seguridad, riesgo en inversión, riesgo social, riesgo militar.

12 Aparentemente fue utilizado por vez primera por Tetens en 1786 al analizar anualidades de por vida. Aunque algunos de sus postulados son ya obsoletos, dio lugar al desarrollo de la teoría del riesgo, un término con contenido bien-definido en ciertos círculos. Por ejemplo, actuarios.

13 Frank H. Knight, *RISK UNCERTAINTY AND PROFIT*, Martino Publishing, Mansfield Centre, CT, Houghton Mifflin Company, Boston & New York, 2014, p. 233.

14 Stanley Kaplan and B. John Garrick, *ON THE QUANTITATIVE DEFINITION OF RISK*, Risk Analysis, Vol. I, No. I, 1981.

15 Hay quien matiza que riesgo es “probabilidad *y* la consecuencia”. (Kaplan y Garrick, *ob. cit.*)

16 Knight, *ob. cit.*, p. 233.

conocida,¹⁷ de no conocerse la probabilidad, lo que habría es *incertidumbre*.¹⁸ Como explica Keynes:¹⁹

The terms *certain* and *probable* describe the various degrees of rational belief about a proposition which different amounts of knowledge authorise us to entertain.

[Los términos *certeza* y *probable* describen grados diversos de creencia racional sobre una proposición que conocimiento diverso nos permite tener]

Todo lo anterior nos lleva al concepto de *probabilidad*. Etimológicamente, ‘probabilidad’ deriva del Latín *probabilis* que significa “que se asemeja a la verdad”.²⁰ Qué significa exactamente ello es motivo de una larga historia intelectual. Pensadores diversos desde Laplace y Bayes llevan 200 años²¹ discutiendo sobre el significado de ‘probabilidad’.^{22,23} Keynes considera que el concepto no es definible salvo como una cuestión de grado;²⁴ como “*degree of rational belief*”.²⁵ Popper lo concibe como fre-

17 Una forma de determinarlo sería mediante métodos Bayesianos. (Dominique Guyonnet, *BAYESIAN METHODS OF RISK ASSESSMENT*, France, 2005.)

18 Karl Borch, *THE THEORY OF RISK*, *Journal of the Royal Statistical Society. Series B (Methodological)*, Vol. 29, No. 3 (1967), pp. 432-467

19 John Maynard Keynes, *THEORY OF PROBABILITY*, p. 2.

20 Richard A. Epstein, *THE THEORY OF GAMBLING AND STATISTICAL LOGIC*, Elsevier, Oxford, UK, Second edition, 2013, p. 11.

21 O más, dependiendo de cuándo se cuente. *Ars Conjectandi* de Jacob Bernoulli es de 1713. Dicha obra sirvió para el desarrollo de la teoría de la probabilidad. Han existido tres concepciones históricas como parte de la teoría de la probabilidad. Primero, la probabilidad clásica concibe a eventos igualmente posibles. La segunda versa sobre el concepto observacional que arroja postulados matemáticos. La tercera es la teoría lógica que concibe la probabilidad como un grado de confirmación de una hipótesis con respecto a una aseveración evidencial.

22 La discusión más álgida parece ser entre la visión ‘objetivista’ y la ‘frecuentista’ (*frequentist*) que conciben la probabilidad como algo externo, que resulta de experimentos reiterados. La subjetivista la concibe como una expresión del estado mental de conocimiento o de confianza. Utilizo aquí la definición adoptada por Stanley y Garrick “Probability theory is an extension of logic, which describes the inductive reasoning of an idealized being who represents degrees of plausibility by real numbers. The numerical value of any probability (A/B) will in general depend not only on A and B , but also on the entire background of other propositions that this being is taking into account. A probability assignment is ‘subjective’ in the sense that it describes a state of knowledge rather than any property of the ‘real’ world; but it is completely ‘objective’ in the sense that it is independent of the personality of the user; two beings faced with the same total background of knowledge must assign the same probabilities.” (Stanley Kaplan and B. John Garrick, *ON THE QUANTITATIVE DEFINITION OF RISK*, *Risk Analysis*, Vol. 1, No. 1, 1981.)

23 Popper hace una exposición interesante en el capítulo 8 de su *LOGIC OF SCIENTIFIC DISCOVERY*, Routledge, London, 1935, 1959, 2010.

24 “A definition of probability is not possible, unless it contents us to define degrees of the probability-relation by reference to degrees of rational belief.” (John Maynard Keynes, *A TREATISE ON PROBABILITY*, MacMillan and Co, London, 1921, p. 2.)

25 Lo cual lo sitúa en la visión lógico-subjetiva. Popper lo considera el “principal exponent ... treats the probability relation as a special kind of logical relationship between two statements.”. *Confere* la visión de Cohen “mathematical probability can provide a basis for decision-theoretic strategies, but not for

cuencia (*frequency theory*²⁶), Russell como lo máximo que se puede aspirar cuando ante hechos que ocurren con regularidad.²⁷ La diferencia de nociones tiene que ver con que lo que se observa en la historia de la filosofía de este tema es que, bajo el rubro ‘teoría de la probabilidad’, se habla de dos cosas distintas. Un ejemplo que los distingue ilustrativamente es la siguiente aseveración de Cohen:²⁸

... it might be either rational or irrational for you to buy a ticket if you know just that you had a one-in-a-million chance of winning. That would depend on the size of the prize, the state of your pocket, your attitude to gambling, and other factors affecting appropriate decision-theoretic strategies. But the rationality, or irrationality, of buying a ticket is not the same as the rationality of believing that you will, or will not win.

[...puede ser racional o irracional que tu compres un boleto si sabes que tienes una oportunidad en un millón de ganar. Eso dependerá del tamaño del premio, el estado de tu bolsillo, tu actitud ante las apuestas, y otros factores que afectan la estrategia de toma de decisiones. Pero lo racional o irracional, de comprar un boleto no es lo mismo que la racionalidad de creer que vas o no a ganar.]

Dados los fines de este ensayo, que exigen adoptar una aproximación y criterios para poder hablar de *conocimiento racional* que arroje de forma *confiable*²⁹ un *resultado* que sirva de *premisa* analítica para una *conclusión* jurídica,³⁰ del acervo de conoci-

rational belief” (L. Jonathan Cohen, *THE PROBABLE AND THE PROVABLE*, Clarendon Press, Oxford, 1977, p. 310.)

26 An event-sequence or property-sequence, especially an alternative, is said to be ‘chance-like’ or ‘random’ if and only if the limits of the frequencies of its primary properties are ‘absolutely free’, i.e., insensitive to every selection based upon the properties of any n-tuple of predecessors’. Considera que las leyes de la estadística son de posible derivación sólo mediante la teoría de la frecuencia. (*LOGIC OF SCIENTIFIC DISCOVERY*, p. 172.)

27 “The oftener things are found together, the more probable it becomes that they will be found together another time, and that, if they have been found together often enough, the probability will amount almost to certainty. It can never quite reach certainty, because we know that in spite of frequent repetitions there is something is a failure at the last, as in the case of the chicken whose neck is wrung. Thus, probability is all we ought to seek.” (Bertrand Russell, *BASIC WRITINGS OF BERTRAND RUSSELL*, Routledge, London & New York, 1961, 2009, p. 124.)

28 L. Jonathan Cohen, *THE PROBABLE AND THE PROVABLE*, Clarendon Press, Oxford, 1977, p. 322.

29 Como explica Nozick “Reliability of a method is its probability of yielding true beliefs ... a true belief may be arrived at by a reliable method without the belief tracking the truth”. Ello se relaciona con lo siguiente: “A person’s belief is justified if the method via which the person arrives at the belief is reliable, is likely to produce mostly true beliefs ... When a belief is arrived at by a method that usually (more than half the time) is right, or at least is likely to be right, the belief is probably true and the person is justified in holding it. ... To be justified in his belief, a person must reach it by the most reliable appropriate method. ... Scientific methods need not yield true theories more than half the time for us to be justified in believing their results—they just have to be better methods than anything else available to us.” (Robert Nozick, *PHILOSOPHICAL EXPLANATIONS*, Belknap Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1981, pp. 264-267.)

30 Si no contamos con verdades sobre hechos derivadas de razonamiento inductivo, la experiencia nunca puede llevarnos a conclusiones racionales. Ello toca, es de admitirse, una de las constantes de la historia del pensamiento filosófico: el escepticismo. Me sumo sin embargo a la visión de que no solo

miento sobre este tema deseo emplear el concepto de ‘probabilidad racional’. Conforme a ello, la probabilidad es el “ratio del número de casos favorable respecto del total del número de casos posibles”.³¹ La probabilidad racional puede definirse como:³²

Rational probability is concerned only with mass phenomena or repetitive events that are subject to observation or to logical extrapolation from empirical experience

[La probabilidad racional se ocupa únicamente de un fenómeno en masa o eventos repetitivos que están sujetos a la observación o la extrapolación lógica a partir de experiencia empírica]

Basado en esta aproximación, conforme a la teoría de la probabilidad, existe un cálculo de la probabilidad. Y existen fórmulas para establecerla.³³ De tal forma que *la probabilidad es algo medible científicamente*³⁴—no sólo subjetivamente. La relevancia de lo anterior en nuestro tema es que, dependiendo de lo que se observe del conjunto de circunstancias, puede adoptarse una aproximación racional respecto de la ausencia de certeza del evento sustantivo, y derivar consecuencias que disten de ser el equivalente analítico de levantar un dedo al aire.

Tomando en cuenta lo anterior, propongo que un juez o árbitro al que se le pida decidir sobre una acción indemnizatoria por pérdida de la oportunidad, debe realizar el siguiente peso *fáctico*: discernir si el conjunto de circunstancias que enfrenta es uno de los siguientes escenarios: incertidumbre, probabilidad o álea, con las siguientes consecuencias:

- (a) **Incetidumbre:** ante incertidumbre, no podrá anclarse una determinación de pérdida de una oportunidad. Las circunstancias serían arenas movedizas sobre las cuales no puede construirse una determinación sobre probabilidad que sirva de premisa para una conclusión de indemnización por frustración de la misma.
- (b) **Álea:** *Álea* es un concepto vecino—pero distinto. Semánticamente, significa “Suerte, azar”.³⁵ Jurídicamente, significa que existe simultáneamente la posibilidad de perjuicio y lucro. Si existe álea, podría medirse y utilizar el resultado como coefi-

podemos, sino que *debemos*, suponer (ojo: es una suposición) que podemos conocer. De lo contrario, no tenemos forma de que nuestro intelecto acoja, entienda, utilice y modifique la realidad. Estaríamos persiguiendo quimeras. Ello nos condenaría al caos. Y en forma relacionada con nuestro tema, si los filósofos escépticos tienen razón, nunca podríamos determinar hechos. Ello vedaría conclusiones. Ello a su vez haría imposible aplicar el Derecho.

31 Epstein, *ob. cit.*, p. 12.

32 Id., p. 11.

33 Vid Epstein, *ob. cit.*, p. 13 *et seq* así como Roger B. Myerson, *PROBABILITY MODELS FOR ECONOMIC DECISIONS*, Duxbury Applied Series, Thomson Books/Cole, University of Chicago, 2005.

34 Ver por ejemplo, Roger B. Myerson, *PROBABILITY MODELS FOR ECONOMIC DECISIONS*, Duxbury Applied Series, Thomson Books/Cole, University of Chicago, 2005.

35 Diccionario de la Real Academia Española (RAE).

ciente de una determinación de pérdida de oportunidad que se base en un cálculo de la misma. Por ejemplo, la posibilidad de que, arrojado un dado, caiga en “6” es 1/6. Ello quiere decir que si se apuesta \$120 a que saldrá “6”, la oportunidad consistente en la apuesta del dado vale \$20. Y ello no es especulación; es una conceptualización del conjunto de hechos. Es probabilidad racional.

- (c) **Probabilidad:** si existe probabilidad de un resultado en su sentido racional, podría calcularse y atribuirse un factor que sirva de coeficiente para la determinación jurídica a realizar.

El ejemplo citado en el punto anterior es útil en principio para esta situación en que sirve de punto de partida.³⁶ Sin embargo, el cálculo de la probabilidad implicaría un análisis más complejo.³⁷ Y es por ello que los separo.

El objetivo debe ser determinar si existía una *oportunidad* mediante un análisis de *probabilidad*. Si lo que estaba en juego no era puramente *hipotético*. Carente de asidero. Si en cambio lo que existía es una probabilidad tal que, de ser frustrada, se ha lesionado algo con valor.

Entendido lo anterior se entiende por qué lo que la pérdida de la oportunidad tutela es la *oportunidad*. Una oportunidad puede arrojar un resultado positivo o no. Pero ello no quiere decir que no tenga un valor. Que la ausencia de certeza le resta significancia.

La aproximación descrita puede servir de marco conceptual para no vedar indemnización a casos donde existía una oportunidad, pero tampoco obsequiarla en casos en que, en palabras de la Corte de Casación francesa, las esperanzas no eran más que simples sueños³⁸—idea que Trazegnies retoma elegantemente citando a Calderón de la Barca: “los sueños, sueños son”.³⁹ Y no está solo: la jurisprudencia italiana enseña que no puede tutelarse una mera expectativa;⁴⁰ debe ser evaluada sobre la base de la posibilidad concreta y razonable de resultado.⁴¹

El esquema anterior puede ser de utilidad para encontrar el punto medio entre dos extremos difíciles. Es en la frontera fluida entre la incertidumbre y la probabilidad donde se encuentra el perjuicio irreparable y el perjuicio reparable por pérdida de la oportunidad. Ello explica por qué a veces la jurisprudencia no es clara.⁴²

36 De hecho, podría decirse que el ejemplo del álea es un caso particular de la probabilidad.

37 Piénsese por ejemplo en el caso del abogado que olvida un término. Dependiendo de las características de los hechos, podría atribuirse una probabilidad al éxito de la apelación que se frustró. El análisis sería más sofisticado que el del dado, y la conclusión serviría de coeficiente para la determinación del valor de la oportunidad frustrada.

38 Crim. 23/11/1971, D. 1972 J. 225 e informe de Lecourtier, RDTC 1972 p. 598 con nota de Durry.

39 Fernando de Trazegnies Granda, INDEMNIZANDO SUEÑOS: ENTRE EL AZAR Y LA PROBABILIDAD.

40 C. di Cass Italia 3.3.93 no. 2667.

41 Trib. Monza Italia 21.2.92

42 Müller, *ob. cit.*, p. 98.

3. *¿Damnum emergens o lucrum cessans?*

La distinción entre daño sufrido (*damnum emergens*) y ganancia frustrada (*lucrum cessans*) es anciana. Proviene desde Roma.⁴³ Y ha encontrado eco en todos los códigos civiles más prominentes,⁴⁴ así como en derecho internacional,⁴⁵ y nuestro derecho civil.⁴⁶

Tomando como base dicha distinción—que deriva del paradigma vigente⁴⁷— parecería que la pérdida de la oportunidad es una pérdida de *ganancia futura*, aunque con una peculiaridad: la probabilidad: la amplitud de la ganancia frustrada no es cierta. Siendo que ninguna utilidad futura puede ser considerada como absolutamente cierta—pues el futuro no es cierto—toda ganancia futura está por ende marcada de cierta incertidumbre. Es por ello que la pérdida de la oportunidad tiene proximidad con ganancia frustrada.

Sin embargo, la pérdida de la oportunidad es mejor entendida *daño emergente*, no *lucro cesante*. Lo que se indemniza es la *oportunidad*, independientemente de que se realice o no. Y ello es algo que *ya está en el patrimonio* y que, de desaparecer, es mejor entendido como un menoscabo patrimonial: como daño, no perjuicio. El lucro versa sobre daño futuro *cierto*: lo que se dejará de percibir sin duda. La *chance* es una *probabilidad*; el beneficio lleva intrínsecamente la posibilidad de que no se realice. Hay elementos propios — el azar, factores imposibles de conocer — que hacen incierto el resultado. No hay una ganancia sino una probabilidad que puede no realizarse. La oportunidad se mide por la situación en el momento en que se produce el daño.

Por lo anterior, la pérdida de una oportunidad es *daño actual* que no se identifica con la pérdida de un resultado útil sino con la posibilidad para alcanzarlo.

B. Causalidad

El requisito de causalidad tiene una incidencia importante en este tema. Para explicar porqué comenzaré por exponer el paradigma y cómo podría servir de conclusión para

43 Código de Justiniano 7, 47, 2: “*Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres quod interest statuerunt*”.

44 Artículo 1149 del Código de Napoleón. §252 del BGB. Artículo 74 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías.

45 *Chorzów factory*, 13 de septiembre de 1928, Recueil des arrest de la Cour permanente de justice internationale, 1928, série A, no. 17 arret, no. 13.

46 Artículos 2108 y 2109 del Código Civil Federal.

47 Paradigma que conviene cuestionar o por lo menos relativizar. Financieramente, *damnum emergens* y *lucrum cessans* se confunden respecto de activos que generan flujos. El valor de mercado (relevante para *damnum*) de un activo que arroja frutos (como dividendos) es función de sus flujos futuros (lo cual actualizaría *lucrum cessans*). Y fallos diversos han mal-aplicado la valuación en buena medida por que parten de la premisa antigua: la dicotomía *damnum/lucrum*.

negar indemnización por pérdida de la oportunidad (§1), para luego hacer ver que la conclusión no es obligada (§2), comentando implicaciones de la mejor visión (§3).

1. Paradigma

El daño debe ser la consecuencia directa e inmediata del ilícito. Ello incluye los daños y perjuicios que se hayan causado y los que necesariamente deban causarse.⁴⁸

La pérdida de oportunidad pone en relieve este requisito. De hecho, es el tema más delicado del concepto; el motivo principal por el que se niega indemnización en casos típicos de pérdida de una oportunidad: por la imposibilidad de probar que la conducta del demandado es la *sine qua non* del daño.⁴⁹ Ello pues se cuestiona que el ilícito sea la causa de la pérdida. El evento puede derivar en un resultado positivo o negativo. No habiendo certeza, no queda claro que el ilícito sea la *causa eficiente* de la ausencia del beneficio. Ante ello, el vínculo de causalidad entre el ilícito y el resultado final está roto. Y no habiendo *causalidad*, no habría *responsabilidad*.

La aproximación exige reconsideración.

2. Revisitando el paradigma

Es cierto, conforme al paradigma vigente de derecho mexicano, los daños y perjuicios deben, para ser recuperables, ser causa directa e inmediata del hecho.⁵⁰ Aceptado el requisito de *proximidad* que el derecho aplicable exige de la *causalidad*, ello no necesariamente veda la pérdida de la oportunidad. De hacerlo, se malentendería lo que tutela la pérdida de la oportunidad—que tutela un perjuicio independiente del resultado final. El vínculo de causalidad es entre el hecho imputable al autor y la *oportunidad* perdida, no el *resultado final*. Entendido así, como daño emergente, causalidad está perfectamente acreditada:⁵¹ el vínculo es entre la falta y la pérdida de la oportuni-

48 Artículo 2110 del Código Civil Federal.

49 Rafael Peteffi da Silva, *RESPONSABILIDADE CIVIL PELA PERDA DE UMA CHANCE*, Editorial Atlas, São Paulo, Brasil, 3ª Edição, 2013, p. 79.

50 Ejemplifica la visión el siguiente criterio judicial “**DAÑOS Y PERJUICIOS. DEBEN SER CONSECUENCIA INMEDIATA Y DIRECTA DEL EVENTO DAÑOSO**”: “cabe atribuir el carácter de consecuencias inmediatas de un hecho a aquellas que usualmente suceden, según el curso ordinario y natural de las cosas ... tienen la calidad de consecuencias mediatas las que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto ... en caso contrario, no habría límite alguno para la responsabilidad y el obligado tendría que pagar daños y perjuicios en los que su culpa sólo constituyó un factor remoto y parcial. ... los que necesariamente deban causarse, esto es, los no realizados todavía, pero aptos para justificar una condena inmediata por ser de indudable realización, debe tenerse en cuenta que aun en esta clase de daños y perjuicios es indispensable que deriven directa e inmediatamente del evento dañoso, entendido esto no en cuanto al tiempo en que se actualicen, sino desde el punto de vista de la relación estrecha entre el evento y el resultado.” (Registro 2018297)

51 Trazegnies, *ob. cit.*, p. 875.

d,⁵² lo que se ha conocido como la teoría de la causalidad ‘adecuada’.⁵³ Como explica Guillood:⁵⁴

Plutot que d’apprécier la causalité entre la faute et le préjudice final (par exemple le décès), ne devrait-on pas plutot l’apprécier à l’égard de la perte d’une chance en soi, considérée comme un préjudice autonome, distinct du préjudice final?

[Más que apreciar la causalidad entre la falta y el perjuicio final (por ejemplo, la muerte), ¿no deberíamos apreciar la pérdida de la oportunidad en sí, considerada como un perjuicio autónomo, distinto al perjuicio final?]

3. Implicaciones

Aceptar la idea propuesta sería una aproximación más sofisticada que la actual que simplemente niega aduciendo (superficialmente) ausencia de causalidad (§a), que da un papel útil a la probabilidad estadística (§b), y que va en línea con desarrollos vistos en otras jurisdicciones (§c).

(a) Siempre negar causalidad es erróneo

El menoscabo patrimonial puede o no existir dependiendo de si existe oportunidad o *incertidumbre*. La negativa genérica es sobre-inclusiva, superficial e injusta.

Es *sobre-inclusiva* pues si lo que muestra el conjunto de circunstancias es incertidumbre, será apropiada. Pero si lo que muestra es oportunidad (por existir una probabilidad), la decisión no descansaría en una conclusión racional. No distinguir es erróneo: trata la realidad como si toda fuera igual. Como si la ausencia de ocurrencia implica ausencia de oportunidad – ausencia de posibilidad de un resultado positivo, cuando la realidad es distinta.

Es *superficial* pues adopta una decisión disociada del estado de reflexión sobre la cuestión; que no toma en cuenta el acervo de conocimiento existente.

Es *injusto* pues se estará privando a la víctima del ilícito de algo valioso. Las oportunidades son valiosas. De hecho, son de lo que está compuesta la vida. Si el Derecho toma la postura que la oportunidad no es tutelable, estará privando de protección a un aspecto importante de lo que compone nuestras posibilidades. Lo que valoramos.

52 Muller, *ob. cit.*, p. 175.

53 Existen diferentes tipos de causalidad. Por ejemplo, la causalidad parcial, Causalidad concurrente, causalidad apropiada, causalidad alternativa (que existe cuando dos o más hechos que pueden potencialmente causar un determinado daño, pero no se sabe cuál de ellos fue el verdadero causante).

54 Guillood, 1989, p. 79. Muller, *ob. cit.*, p. 249.

(b) *Probabilidad estadística*

La visión defendida en este ensayo confiere un papel al razonamiento probabilístico. Ello suscita cuestiones profundas, filosóficas. ¿Debe la *probabilidad* (y cómo se mide: la estadística) jugar un papel en la determinación de hechos?

La pregunta es profunda. Y propicia diferencias—como lo suelen hacer las *quaestio* profundas. El trasfondo es considerar que la certeza es algo que con frecuencia no se tiene — de hecho, casi nunca se tiene. Y dependiendo del paladar filosófico del lector, posiblemente considere que *nunca* se tiene.⁵⁵

En ausencia de certeza sobre un hecho, ¿cómo y cuándo tener por actualizada la hipótesis normativa de una norma?

Para responder la pregunta, algunos proponen que la *probabilidad* de un hecho juegue un papel en su *demostrabilidad*—y *nivel de prueba* exigida para ello.⁵⁶ Pensadores importantes (como Richard Posner⁵⁷) han propuesto utilizar el teorema de Bayes como elemento para tener por demostrado un hecho. Un ejemplo puede ilustrar.

*People v Collins*⁵⁸ involucró el robo de una mujer mayor en Los Ángeles. La víctima alcanzó a ver una mujer de pelo rubio salir corriendo del lugar del crimen. Otro testigo vio salir a una mujer de pelo rubio con cola de caballo entrar a un coche amarillo con un conductor de color, con bigote y barba. La policía arrestó a una pareja con dicha descripción. En el juicio se utilizó una pericial estadística en la cual se preguntó a un matemático que calculara la probabilidad de que los acusados fueran inocentes, considerando las siguientes variables:

Automobil amarillo	1/10
Hombre con bigote	1/4
Mujer con cola de caballo	1/10
Mujer rubia	1/3
Hombre negro con barba	1/10
Pareja interracial en coche	1/1000

55 Considérese el escepticismo como corriente de pensamiento. Ello es el punto de partida de la epistemología. Considérese por ejemplo la visión popperiana que ninguna teoría puede *comprobarse*, solo *falsearse* (refutarse).

56 *Bayesian probability*, que deriva del *An Essay towards solving a Problem in the Doctrine of Chances* de Thomas Bayes de 1763, que propone que la probabilidad de un evento se base en el conocimiento previo sobre las condiciones en que ocurre. Mucho conocimiento y decisiones importantes (por ejemplo, en materia de seguros) descansa en esta premisa.

57 Richard A. Posner, *AN ECONOMIC APPROACH TO THE LAW OF EVIDENCE*, 51 Stanford Law Review, 1477 (1999).

58 68 Cal. 2d 319, 438 P. 2d 33, 66 Cal. Rptr 497 [1968].

Aplicando teoría de la probabilidad (específicamente, la “product rule”) a los valores descritos se concluyó que la probabilidad de que una pareja elegida al azar tuviera todas dichas características era una en doce millones. En base a ello, el jurado condenó. La Suprema Corte de California cazó la decisión sosteniendo que la corte de primera instancia no debió haber utilizado la teoría de probabilidad matemática *como lo hizo*.⁵⁹ Debió haber utilizado factores verdaderos, no hipotéticos.⁶⁰ Un segundo motivo fue que no se demostró que los factores fueran *independientes*, sino que más bien tendían a ocurrir simultáneamente. Y cuando se multiplican las probabilidades individuales de cada factor se arroja una probabilidad agregada demasiado pequeña. Finalmente, la Corte dijo que “ninguna función matemática puede probar más allá que una duda razonable” (en sus palabras: “*no mathematical equation can prove beyond a reasonable doubt*”): Si había una sola chance en 12 millones de que ostentaran las mismas características, ello actualizaría una “duda razonable”.

La Suprema Corte de California hizo bien en revocar la decisión por el primer y segundo motivo. El tercero sin embargo es erróneo—y digno de comentario relevante a los fines de este ensayo.

La revocación por los dos primeros motivos fue atinada pues, si se va a utilizar la estadística, debe nutrirse de datos verdaderos y verificables. (Hacer lo contrario no es serio. Es mal-utilizar un buen instrumento – algo sobre lo que debemos estar alerta de aceptar esta idea.) Además, es sano que la Corte exija pureza estadística; matemática (lo cual es el resultado del segundo motivo de casación). Ello puede erigirse en la gran lección a derivar del caso—en adición a la conclusión genérica que la utilización de teoría de probabilidad es en principio admisible—: la utilización del análisis estadístico como prueba exige que se introduzcan pruebas sobre las probabilidades de los factores individuales y su relación.

La pregunta es particularmente relevante si se considera lo que sobre pruebas establece nuestro derecho procesal. Tomemos algunos ejemplos. El artículo 286 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que:

Los tribunales, según la naturaleza de los hechos y el *enlace lógico y natural*, más o menos *necesario* que exista *entre la verdad conocida y la que se busca*, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena.

(*énfasis añadido*)

El artículo 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dice:

59 Esto es importante. La Suprema Corte de California no revocó por usar pruebas probabilísticas, sino por cómo se usaron. Ello necesariamente significa que consideró que la prueba probabilística es aceptable.

60 No había pruebas que apoyaran los porcentajes que se usaron.

El Ministerio Público, los jueces y tribunales según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y *el enlace natural*, más o menos *necesario* que exista *entre la verdad conocida y la que se busca*, apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena.

(énfasis añadido)

¿Qué significa el que el evaluador deba decidir “*en base a los hechos y su enlace lógico y natural más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y lo que se busca, apreciando en conciencia el valor de los indicios para considerarlos como prueba plena*”? ¿El que se pida un (*sic*) “*enlace lógico y natural más o menos necesario entre la verdad sabida y lo que se busca*” qué nivel de convicción exige del evaluador? ¿El que se diga “*más o menos necesario*” debe entenderse como un nivel alto o bajo de convicción? Dentro del espectro del nivel de certeza de la ocurrencia de un hecho, estando en un extremo ‘certeza’ y el otro ‘imposibilidad’, dónde quedaría?

Pensemos ahora en los términos de common law “*preponderance of the evidence*” en materia civil y “*beyond a reasonable doubt*” en materia penal: ¿Qué significan dichos estándares? ¿Sería válido decir que preponderancia de las pruebas significa más de la mitad? ¿Matemáticamente: 0.501? (Es decir, más de 50%).

¿Y el estándar penal: *beyond a reasonable doubt*? ¿Matemáticamente qué significa que el evaluador no albergue una ‘duda razonable’? ¿Es razonable 20%? ¿10%? ¿1%? ¿O ni siquiera ello para que la duda no se pueda considerar ‘razonable’? El que un conjunto de hechos despierte una conclusión en una mente sin que exista duda razonable debe significar que las pruebas apuntan a una conclusión con un nivel de convicción de 60%? Si se siente bajo, ¿70%?, ¿80%? ¿90%?, ¿95%? ¿Debe jugar un papel el hecho que las consecuencias pueden ser cárcel de por vida? Considérese que entre más se pide, más se exige de quien endereza una acción y, *ad fortiori*, más casos quedarán resueltos en contra de quien la hace valer (incrementar el *onus probandi* necesariamente implica eso).⁶¹

Imaginemos que el lector contesta que *beyond a reasonable doubt* significa 95% de probabilidad razonando que la seriedad de las consecuencias que detonan la conclusión exigen contar con **mucha prueba**. ¿*Quid iuris* en el siguiente ejemplo? (que inspiro de un ensayo de Jardis,⁶² simplificando): piénsese que **A** y **B** tienen cada uno un rifle con balines. Mientras que **A** tiene 6 balines **B** tiene 94. Estando en un bosque ambos disparan todas sus municiones. **C** fallece. Al hacer la autopsia se deduce que fue un balín –y sólo un balín– el que causó la muerte de **C**. Es imposible detectar si salió del rifle de **A** o **B**. ¿Cómo establecer causalidad? Matemáticamente es 94% probable

61 Esto, dicho sea de paso, hace ver el tema del tercer motivo de la Corte Suprema de California: exige demasiado –o malentendiendo el papel de expresar matemáticamente el concepto “*beyond a reasonable doubt*”.

62 Judith Jardis Thomson, *LIABILITY AND INDIVIDUALIZED EVIDENCE, RIGHTS, RESTITUTION, AND RISK*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

que haya sido **B** y 6% que fue **A**. Conforme el umbral (hipotéticamente) elegido por el lector, ¿ambos salen libres?

Si el lector toma una postura contraria, ¿no será procustea? (el defecto analítico de ajustar los hechos para corroborar una teoría, cuando la honestidad intelectual funciona al revés). ¿O debe la respuesta ser otra?. Por ejemplo, que ambos deben ir presos. O que ambos vayan presos con una pena individualizada a la baja. De aceptar una de estas soluciones, ¿estaríamos aceptando conclusiones generales basadas en principios o soluciones *ad hoc*?

Atando estas preguntas con nuestro tema: ¿debe la determinación fáctica estar nutrida de un análisis probabilístico? La inquietud es un caso particular de un tema general sobre el cual existe diferencia aguda de opinión. En *Trial by Mathematics* Lawrence Tribe razona escépticamente que:⁶³

the costs of attempting to integrate mathematics into the factfinding process of a legal trial outweigh their benefits

[los costos de intentar integrar las matemáticas dentro del proceso de determinar los hechos de un juicio sobrepasan sus beneficios]

Saks y Kidd defienden la postura contraria haciendo ver que:⁶⁴

While certain errors and harm may be inherent even in the proper use of probabilistic tools, even more harm may be inherent in not using them ...

[Aún y cuando pueden haber ciertos errores y daños inherentes inclusive en el uso adecuado de herramientas probabilísticas, puede generarse aún más daño de no usarlas...]

El punto de Saks y Kidd es digno de eco: lejos de *lastimar*, utilizar herramientas probabilísticas *ayuda*. Se trata de una herramienta más para que el evaluador pueda hacer sentido de un conjunto de elementos que versan sobre una realidad compleja ante la necesidad de tomar una decisión. No como panacea, sino como una herramienta más.

La certeza es algo que rara vez existe. Quienes nos dedicamos a evaluar (la labor principal de este autor es actuar como árbitro) con frecuencia encontramos dos acervos probatorios que compiten por nuestra decisión. Y entre más complejo es el caso, menos certeza existe. Entre mejores abogados hay, mejores motivos existen para dudar. Ante dicho (frecuente) dilema, las herramientas analíticas deben ser bienvenidas. No para reposar en ellas toda nuestra decisión, sino como un elemento más para arribar a ella en forma inteligente. Y todo tomando en cuenta sus imperfecciones y peligros.

63 Lawrence Tribe, *TRIAL BY MATHEMATICS*, Harvard Law Review, Vol. 84, p. 1329, 1377.

64 Michael Saks y Robert F. Kidd, *HUMAN INFORMATION PROCESSING AND ADJUDICATION, TRIAL BY HEURISTICS*, Law and Society Review, vol. 15, 1980.

Sobre esto último, dado nuestro tema, es relevante notar que la visión de causalidad inspirada en las ciencias exactas lleva tiempo superada por el derecho. Se ha suplido por causalidad fundada, probada mediante un razonamiento inductivo y pruebas probabilísticas. La epistemología científica moderna rechaza la concepción newtoniana de causalidad física y prefiere conceptos causales fundados en hipótesis que sean demostradas mediante razonamiento inductivo y probabilístico. Es por ende el principio de la probabilidad científica lo que tiende hoy a reemplazar la causalidad y que influencia cada vez más la ciencia jurídica.⁶⁵ Es decir, cada vez más se aceptan las evaluaciones probabilísticas. Los beneficios de la concepción probabilística son que:

- (1) Existen fenómenos que no pueden explicarse por el esquema mecánico causa-efecto.
- (2) Toda evaluación es por naturaleza subjetiva. Emana de un sujeto que aprecia la realidad. La naturaleza subjetiva de la evaluación no significa sin embargo que la cosa evaluada tenga una naturaleza subjetiva. Cuando la cosa medida existe objetivamente es medible mediante la probabilidad matemática: la estadística y estimativa. En base a ello, las evaluaciones se dividen en evaluaciones racionales, que tienden a coincidir con la realidad de la cosa, y las evaluaciones irracionales. El grado de confianza será racional o razonable cuando las evaluaciones son obtenidas según las leyes de las ciencias estocásticas.
- (3) Existen medios de objetivización de la evaluación de la probabilidad para construir una noción subjetiva y normativa de la probabilidad. La probabilidad es la medida del grado de confianza en que un evento ocurrirá. La probabilidad es el grado de confianza de una persona en la realidad de un evento. La probabilidad estadística define la oportunidad como la frecuencia de un evento en el colectivo. El grado de confianza en una persona o la realidad de un evento. Ello deriva del conjunto de información con el que se cuenta para evaluar la probabilidad.

Por lo anterior, para discernir la causalidad entre un ilícito y su impacto en la oportunidad que pudo ser frustrada, puede justificarse seguir un análisis de causalidad *apropiada*. No mecánica, y no causa-efecto *de rigueur*, sino una que justifica concluir en las circunstancias que existe una alta probabilidad de que el ilícito causó el daño.

Vistos sus méritos, ahora pensemos en el contrafactual: ¿qué sería del razonamiento sin apoyo probabilístico? Mucha gente juzga por intuición. Y Tribe parece apoyarlo.⁶⁶ Soy de los que piensa que la intuición tiene un papel que jugar en las decisiones. Sin embargo, la intuición sola puede ser problemática. Como explican Saks y Kidd:⁶⁷

65 Troyen A. Brennan, *CAUSAL CHAINS AND STATISTICAL LINKS: THE ROLE OF SCIENTIFIC UNCERTAINTY IN HAZARDOUS-SUBSTANCE LITIGATION*, 73 Cornell Law Review (1988) p. 478 *et seq.*

66 Al decir que la intuición es una guía pobre que puede llevar a conclusiones incorrectas. En sus palabras "intuition is a poor guide and may lead to incorrect conclusions".

67 Saks y Kidd, *ob. cit.*

... the nature of the questions and the information available to judicial decision makers defines their task as an uncertain and probabilistic one... Abundant evidence from psychological research suggests that in many contexts decision makers' intuitive, common-sense judgments depart markedly and lawfully (in the scientific sense) from the actual probabilities. People use a number of simplifying operations, called "heuristics", to reduce the complexity of information which must be integrated to yield a decision. These simplifying strategies often lead to errors in judgment

[...la naturaleza de las cuestiones e información disponible a aquellos que dictan resoluciones judiciales define su labor como uno incierto y probabilístico... Abundante evidencia de investigación psicológica la cual propone que dentro de varios contextos la intuición, el sentido común de aquellos que son responsables de hacer las decisiones se basan notablemente y legalmente (en el sentido científico) en las probabilidades actuales. Las personas usan un número de operaciones simplificadas, llamadas "heurísticos", para reducir la complejidad de la información que debe ser integrada para poder dictar una resolución. Estas estrategias simples frecuentemente conducen a errores de juicio]

Añaden que:⁶⁸

intuition is a poor guide and may lead to incorrect conclusions ... the discovery of heuristic decision processes sharpens this dilemma by clarifying the costs of truth seeking: the decision maker whose only tool is intuition will often err.

[la intuición es una herramienta deficiente y puede llevar a conclusiones incorrectas ... el descubrimiento de procesos de decisión heurística agudiza este dilema al clarificar los costos de la verdad perseguida: aquel responsable de hacer las decisiones y que tiene como único instrumento la intuición errará frecuentemente]

Lo anterior no quiere decir que debemos ignorar la intuición. Existe un espacio para dicha faceta analítica. Considero que las mejores decisiones derivan de la conjugación de la *percepción* con la *intuición* depurada a través de la *razón*. Y es en este último paso que el razonamiento probabilístico puede jugar un papel importante. En ello, inclusive Tribe, que es reticente sobre la utilización de las matemáticas en el derecho, considera que el razonamiento probabilístico tiene un papel que jugar.⁶⁹

With the possible exception of using statistical data to shift the burden of production, and perhaps with the further exception of *using evidence as to frequencies* in order to negate a misleading impression of uniqueness that expert opinion might otherwise convey, I think it fair to say that the costs of attempting to integrate mathematics into the factfinding process of a legal trial outweigh the benefits.

68 Idem.

69 Lawrence Tribe, *TRIAL BY MATHEMATICS*, Harvard Law Review, Vol. 84, p. 1329, 1377.

[Con la posible excepción de usar datos estadísticos para desplazar la carga de la prueba, y tal vez con la excepción de *usar la evidencia conforme a las frecuencias* para negar una impresión engañosa de singularidad que de otra manera transmitiría un peritaje, pienso que es justo decir que los costos de intentar integrar las matemáticas en el proceso de investigación de los hechos en un juicio superan los beneficios]

(énfasis añadido)

Como hace ver el Nozick con su habitual agudeza:⁷⁰

our concept of evidence is a likelihood concept. ... In assessing by how much evidence *e* supports hypothesis *h*, we shall have to take into account of such possibility *hI* ... it is rash to make ... inference without taking any account of information about the probabilities of *h* and of not-*h* ... the prior or a priori probabilities of *h*, and of not-*h*. ... the principle of inference gives some role to judgments of prior probability... The evidential connection is a subjunctive one, a real factual relationship which holds in the world. Whether or not *e* is evidence of *h* depends on what factual empirical connection holds between *e* and *h*.

[nuestro concepto de evidencia es uno de probabilidad... Al definir que tanta evidencia *e* apoya la hipótesis *h*, debemos tomar en cuenta la posibilidad de *hI* ... es precipitado hacer... deducciones sin tomar en cuenta la información sobre las probabilidades de *h* y de no-*h* ... las probabilidades previas o a priori de *h*, y de no-*h*. ... el principio de deducción le da cierto rol a los juicios de responsabilidad previa... La conexión probatoria es subjuntiva, una relación real de hechos que contiene el mundo. Sea que *e* sea evidencia de *h* o no, depende de que conexión probatoria se mantiene entre *e* y *h*]

Por todo lo anterior, propongo que, reconociendo que la mayoría de las cuestiones evidenciales tienen raíces epistemológicas, la herramienta del razonamiento probabilístico (que es parte de la lógica), aunque imperfecta, aporta más de lo que resta, por lo que no debe prescindirse de ella. Se trataría de una pieza probatoria que puede ser utilizada en un conjunto con otras—todas con diferentes fuerzas probatorias individuales—para añadir rigor a una determinación fáctica. Es decir, como parte de la prueba circunstancial.⁷¹ Como pruebas no-individualizadas que, aunadas a otras pruebas individualizadas, puedan servir para alcanzar una conclusión que reúna estándares

70 Robert Nozick, *PHILOSOPHICAL EXPLANATIONS*, Belknap Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1981, pp. 253-261.

71 En “PRUEBA INDICIARIA O CIRCUNSTANCIAL. SU NATURALEZA Y ALCANCES” (Registro 2004757) la Primera Sala de la Suprema Corte concibió la prueba indiciaria o circunstancial como “aquella que se encuentra dirigida a demostrar la *probabilidad* de unos hechos denominados indicios ... debe existir una conexión racional entre los mismos y los hechos que se pretenden obtener. ... en aquellos casos en los cuales no exista una prueba directa de la cual pueda ... podrá sustentarse la misma en una serie de inferencias lógicas extraídas a partir de los hechos que se encuentran acreditados ...” (énfasis añadido). El razonamiento continúa en criterios visibles en Registro 2004756 y Registro 2004755.

altos de exigencia *qua* acto intelectual. Como una decisión basada en conocimiento racional.

(c) *Derecho comparado*

La respuesta que a la problemática de causalidad han adoptado otras jurisdicciones es interesante por variada. Mientras que algunos la acogen en una cantidad ilimitada de escenarios,⁷² otros la niegan (Alemania⁷³), pasando por una serie de posturas intermedias—como los países del *common law* y Holanda, que lo aplica esporádicamente.⁷⁴ Mientras que Alemania hace un catálogo limitado de bienes jurídicos protegidos cuya lesión puede dar lugar a indemnización, Francia, Suiza, Italia y Austria anclan la figura en las normas generales de responsabilidad civil: un daño provocado por un hecho ilícito genera la obligación de indemnizar.

De este vuelo de pájaro vale la pena ver qué han hecho los tribunales de Estados Unidos. Circunscriben la teoría de pérdida de la oportunidad a la responsabilidad médica,⁷⁵ y para su determinación han analizado aproximaciones distintas, a saber:⁷⁶

- (1) **All-or-nothing approach:** la víctima debe demostrar con una probabilidad superior a 50%, es decir, 51% (*more likely than not*), que su enfermedad o deceso obedeció a la negligencia del doctor. (En forma semejante, Italia se exige una probabilidad de por lo menos 50%.)
- (2) **Substantial chance approach:** debe establecerse que se privó de una oportunidad sustancial para sobrevivir o de curarse. Esta aproximación se asemeja al *but for approach*.
- (3) **Relaxed causation approach:** esta aproximación reduce las exigencias de prueba de la causalidad permitiendo que el jurado decida la cuestión de causalidad en base a una negligencia inferior a 50%.
- (4) **Pure chance approach:** cualquier posibilidad de cura o de sobrevivencia debe dar lugar a compensación.

72 Ejemplifican esta corriente Francia y Bélgica. Bélgica sigue fielmente a Francia. (Müller, *ob. cit.*, pp. 147-156.)

73 Alemania no conoce la figura de la pérdida de la oportunidad. La jurisprudencia ha rechazado la reparación proporcional basada en la posibilidad de causalidad. La corte suprema de Alemania concibe el derecho de la responsabilidad civil como protector de *ciertos* bienes jurídicos tutelados, y sólo por dichos bienes tutelados. (Müller, *ob. cit.*, pp. 121-134.)

74 Müller, *ob. cit.*, p. 154.

75 La creación de riesgo durable o un daño futuro a la salud no es generalmente reparado más que en presencia de una lesión corporal actual y tangible en el que el daño futuro es susceptible a ser una secuela. Canadá hace lo mismo: también circunscribe a responsabilidad médica (Müller, *ob. cit.*, pp. 161-162.)

76 Müller, *ob. cit.*, p. 103.

En Reino Unido existe mucha jurisprudencia sobre la cuestión. El concepto es conocido desde el caso *Chaplin v Hicks*⁷⁷ de 1911 que involucró un concurso de belleza en el cual participó la demandante junto con 6,000 otras participantes. No fue informada de la final a la cual fue elegida. Como resultado, las ganadoras fueron elegidas sin ella (se trataba de un concurso que preveía la posibilidad de 12 ganadoras con premios en grupo de £780, £624 y £468. Al habersele privado de la oportunidad de ganar, se le indemnizó con £100. La decisión no hace un análisis preciso de cómo se arribó a dicho monto (tal parece que eligió daños nominales). Sin embargo, rechazó tajantemente considerar que la pérdida de la oportunidad es un daño indirecto o demasiado remoto (*“too remote”*).⁷⁸ Han existido casos recientes (incluyendo de la *House of Lords*) en otras áreas como frustración de ventas inmobiliarias y responsabilidad médica.⁷⁹

En forma interesante, UNIDROIT ha acogido la pérdida de la oportunidad. Lo aborda en el contexto de certeza del daño, proponiendo que:⁸⁰

Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence.

[puede deberse indemnización por la pérdida de la oportunidad en proporción a la probabilidad de la ocurrencia]

Brodermann commenta que de perderse una oportunidad (cualquiera) debe ser valuada (*‘assessed’*) y ello se torna en decisivo para el *quantum* a pagar a título de indemnización.⁸¹ Añade:⁸²

It has been convincingly suggested that it may play a role in the assessment if and to what extent the realisation of the chance depends on the aggrieved party (where ‘more might be expected’), on the defendant ... or a third party ...

[Ha sido convincentemente sugerido que en el análisis es importante tomar en cuenta, sí y hasta que grado, la realización de la chance depende de la parte afectada (‘cuando se pueda esperar más’), del acusado...o de un tercero...]

El comentario de Brodermann guarda línea con el postulado general de este ensayo. El que UNIDROIT—que incluye un cuerpo de juristas destacados de todo el mundo—haya aceptado el concepto es comunicativo.

El arbitraje ha arrojado algunas experiencias interesantes. Casos importantes más recientes han analizado y aplicado este concepto. Un ejemplo reciente es *Hulley*

77 [1911-13] A11 E.R. 224 (CA).

78 La teoría de Reino Unido tiene sabor contractual.

79 Müller, *ob. cit.*, pp. 134-147.

80 Artículo 7.4.3(2), Unidroit Principles of International Commercial Contracts.

81 Eckart J. Brodermann, *UNIDROIT PRINCIPLES OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS*, An Article-by-Article Commentary, Wolters Kluwer, 2018, pp. 242-243.

82 Id. p. 243.

Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation donde se negó razonando que:⁸³

the Tribunal considers that a potential listing of Yukos on the NYSE and the benefits that Claimants might have derived from such a listing are too uncertain to be taken into account for purposes of calculating Claimants' damages. This element of Claimants' damages case is therefore rejected.

[el Tribunal considera que la posible cotización de Yukos en la bolsa de valores de Nueva York [NYSE] y los beneficios que los Demandantes podrían haber obtenido de dichas cotizaciones eran muy inciertas como para tomarse en cuenta para los propósitos de calcular los daños del quejoso. Este elemento de los daños sufridos por los Quejosos fue rechazado.]

El análisis es digno de cita por dos motivos. Primero, admite en principio la posibilidad de la pérdida de la oportunidad. Segundo, por que el motivo que dio para negar fue existencia de incertidumbre. Ello abona en aceptar el marco conceptual propuesto en este ensayo.

Otro ejemplo es *Overseas Mining Investments Ltd v Commercial Caribbean Niquel SA*⁸⁴ que condenó por una pérdida de la oportunidad consistente en la posibilidad de explotar depósitos de níquel en Cuba, misma que fue frustrada por repudiación de contrato.⁸⁵

C. Cuantificación

¿Cómo cuantificar la indemnización de un evento de incierta realización? La cuestión se presenta no sólo al momento de valorar el monto, sino de decidir sobre la admisibilidad de la pretensión. La experiencia comparada arroja aproximaciones diversas que explicaré siguiendo dicha nomenclatura: en base a la admisibilidad de la pretensión (§1) y los métodos seguidos como parte de su valuación (§2). Los resumiré, para luego proponer la adopción de una y los motivos (§3).

1. Admisibilidad

En base a la admisibilidad de la pretensión, se observan tres aproximaciones diversas:

83 UNCITRAL, PCA Case No. AA 226. Laudo final de 18 de julio de 2014, ¶1779.

84 Cour de cassation, 1ère civ., 29 juin 2011, n°10-23321.

85 El laudo se anuló razonando que la determinación de pérdida de la oportunidad fue distinta a la argumentada por las partes (que involucró una acción indemnizatoria clásica) sin que se diera oportunidad de comentar sobre dicho *chef de prejudice*. (No puedo comentar con certeza dado que el laudo se mantuvo confidencial. De la información pública disponible sin embargo, tal parece que el poder judicial francés tomó una postura excesiva, pues el concepto está dentro de la pretensión genérica. El discernimiento de tal cuestión gira alrededor de la discusión sobre si recharacterizar implica actuar *ultra petita*—cuestión que aquí no agoto.)

- (1) **Alemania:** excluye la reparación en principio pues el daño, para ser reparable, debe de ser cierto. La cuestión decisiva es si la oportunidad se concretizará según el curso ordinario de las cosas. La pérdida de la oportunidad no será indemnizable más que si el juez puede apreciar la probabilidad de la realización de la oportunidad a fin de decidir si las ganancias que el demandante pide tienen una chance de ocurrir pero no deben ser consideradas como ganancias perdidas en el sentido del §252 BGB.
- (2) **Common law:** el debate es sobre el terreno de la prueba de causalidad.⁸⁶ La probabilidad de la realización de la oportunidad será evaluada no por la medida de la reparación sino para decidir si el perjuicio invocado corresponde a una ganancia que hubiera resultado de la realización de la oportunidad perdida. Si es lo suficientemente probable, será integralmente reparable. O si el perjuicio cuyo vínculo de probabilidad con el hecho que causa daño no está establecido, por lo que no debe ser indemnizado. La aproximación se centra por ende en la existencia de un vínculo de causalidad.⁸⁷ Es un sistema todo o nada. La oportunidad perdida debe ser medida para ver si la probabilidad de su realización es inferior o superior a 0.5 y, dependiendo de la respuesta, las ganancias previsibles serán o no serán indemnizadas–integralmente.

Derecho inglés indemniza proporcionalmente a la probabilidad de que ocurra la oportunidad, siempre que sea “real o sustancial” y no “especulativa”.⁸⁸ Sin embargo, no explica cómo traducirlo en términos de probabilidad.

- (3) **Francia** y otros países adoptan un término medio. Los daños deben ser resultado de una oportunidad perdida. Deben ser indemnizados proporcionalmente a la probabilidad de realización de la oportunidad. Cuando la oportunidad es alta, se tiende a asimilar la oportunidad a certeza. Cuando no es alta, surge la duda si puede indemnizarse. Y la jurisprudencia francesa ha dudado. Después de declarar que la pérdida de una oportunidad debe ser indemnizable aún cuando débil (“*la perte certaine d’une chance même faible, est indemnizable*”⁸⁹) la Corte de Casación ha subordinado obsequiar indemnización a que exista una oportunidad razonable.⁹⁰ Dicha fórmula parece expresar la exigencia que la oportunidad perdida debe, para dar lugar a reparación, presentar una cierta intensidad, lo cual excluye el conferimiento de daños cuando la oportunidad parezca débil.

86 V.A. Kramer, *THE LAW OF CONTRACT DAMAGES*, 2014, p. 271.

87 Jean-Sébastien Borghetti, *L’EVALUATION DU PRÉJUDICE EN CAS DE PERTE DE CHANCE*, *Revue de l’Arbitrage* 2015-No. 2, p. 408.

88 *Allied Maples Group Ltd. v Simmons & Simmons* [1995] 1 WLR 1602, [1995] 4 All Er 907.

89 Cass. Civ. Ire, 16 de enero de 2013, no .12-14.439.

90 Cass. Civ. Ire, 30 de abril de 2014, no .13-16.380 y 12.-22.567.

Remota. Dicha exigencia es aplaudida⁹¹ por unos y criticada por otros⁹² (por no lograr el cometido de “cualquier oportunidad”).

2. Métodos

En base a los *métodos* empleados se observa:

- (1) **Método de daños totales:** (*full damages method*) aunque rechazado por la doctrina es seguido por la jurisprudencia administrativa francesa.⁹³
- (2) **Método discrecional:** (*Méthode discrétionnaire; discretionary award method o lump sum award method*) que implica una apreciación *ex aequo et bono* del valor patrimonial de las oportunidades. En *Smith v State Department of Health and Hospitals* la Suprema Corte de Louisiana siguió este método.⁹⁴ Falta de precisión es contrario al propósito de indemnizar por el daño efectivamente sufrido.
- (3) **Método de porcentaje:** (*proportional valuation o pure chance o percentage appointment o percentage probability*)⁹⁵ consiste en multiplicar el valor en juego con el porcentaje de obtenerlo.⁹⁶ Es decir: valor de la chance perdida = valor del resultado total x % de oportunidad de obtener el resultado total. Este género tiene especies distintas. Por ejemplo La Fórmula Paul Sepaker, que propone:⁹⁷

$$\frac{X-Y}{1-Y}$$

Donde:

X = daño a evitar

Y = conducta

La oportunidad perdida es igual a X menos Y dividido entre 1 menos Y. Una interesante es la siguiente que ha adoptado la Corte de Casación francesa: Multiplicar el valor del daño perdido, las ganancias esperadas, por la probabilidad de su realización. Es decir:

$$I = p \times G$$

91 Borghetti, *ob. cit.*, p. 409.

92 Ph. Brun (citado por Borghetti, p. 409).

93 Müller, *ob. cit.*, p. 383.

94 676 So. 2d 543 (La. 1996).

95 Müller, *ob. cit.*, p. 381.

96 Müller, *ob. cit.*, p. 393.

97 Paul Speaker, *THE APPLICATIONS OF THE LOSS OF A CHANCE DOCTRINE IN CLASS ACTIONS*, Review of Litigation, Spring 2002, p. 350. Da Silva, *ob. cit.*, p. 151.

Donde:

I = Monto de daños

G = ganancias en caso de realización de la chance

p = probabilidad

3. Propuesta

Considerando que los métodos que piden un umbral mínimo (por ejemplo, exigir más de la mitad de probabilidad) son subóptimos en que (i) procuran injusticias; (ii) ignoran que existe la alternativa de indemnizar en base al coeficiente de probabilidad, y (iii) aproximan subóptimamente la cuestión de incertidumbre (lo que debe interesar es si los hechos ostentan incertidumbre, álea o probabilidad—la tesis de este ensayo) propongo que adoptemos lo que considero la visión más progresiva e inteligente de la cuestión: la teoría francesa.⁹⁸ Es decir, que el monto a indemnizar sea función de multiplicar las ganancias esperadas por la probabilidad de que ocurran: $I = p \times G$.

Este método es loable en que considera y maneja apropiadamente la doble incertidumbre que existe en estos casos: el que ocurra el evento generador de la ganancia, y la amplitud de la ganancia. El primero es *p* el segundo es *G*. Y *G* debe tomar en cuenta dicha probabilidad. Como explica Joseph H. King:⁹⁹

the probability that both of the two events will occur is equal to the probability that the first event will occur multiplied by the conditional probability that the second event will occur when it is known that the first event has occurred or is certain to occur.

[la probabilidad de que ambos eventos ocurran es igual a la probabilidad de que el primer evento ocurra multiplicado por la probabilidad condicionada a que el segundo evento ocurra cuando es sabido que el primer evento (ha ocurrido por) está determinado a ocurrir]

Al respecto, la corte de casación francesa ha dicho, en una de las pocas ocasiones en que dicho tribunal se ha pronunciado sobre cómo calcular daño en general, que:¹⁰⁰

la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue en ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée

[la reparación de una pérdida de oportunidad debe ser medida en cuanto a la oportunidad perdida y no puede ser igual a la ventaja que se hubiera procurado la oportunidad si ésta se hubiera realizado]

98 En justicia, no es la única jurisdicción que ha adoptado tal solución. Portugal también lo ha hecho. (Durval Ferreira, *DANO DA PERDA DE CHANCE, RESPONSABILIDADE CIVIL*, VidaEconómica, Porto, 2017, p. 188.)

99 1998, p. 554.

100 Cass. Civ. 2e 11 de septiembre de 2014, no. 13-10.414.

Dado que lo que se valora es la oportunidad *actual* y no el resultado *futuro*, el valor obtenido se mantiene aun cuando después de producido el evento se sabe que la probable ganancia no se habría realizado.¹⁰¹ Ello pues el derecho a la indemnización nace por la oportunidad perdida en ese momento—antes de que el resultado se verifique.

IV. CONCLUSIÓN

La pérdida de la oportunidad es un concepto jurídico complejo, interesante y estimulante. Tutela un aspecto del patrimonio que es digno de protección —sin el cual un espacio de interés y actividad quedaría descubierto. Quienes lo rechazan suelen ya sea malentender el concepto o descuidar beneficiarse del desarrollo del conocimiento en otras áreas del quehacer humano, lo cual serviría para nutrir el análisis jurídico permitiendo resolver correctamente los retos intelectuales que presenta. Hacerlo lograría encontrar una respuesta apropiada al dilema que presenta esta materia: permitir indemnización cuando debe existir, rechazándola cuando deba negarse.

La postura que rechaza *en principio* la pérdida de la oportunidad adolece también de apartarse de cómo operan los actores jurídicos en otras áreas que detonan el mismo dilema (como seguros, negocios e inversiones). El que otras áreas de actividad humana hayan colmado retos semejantes a los que se presentan cuando uno considera y vive los acertijos de la pérdida de la oportunidad (*verbi gratia* cómo manejar la ausencia de certeza) debe servir de ejemplo y ser motivo de atención para la teoría jurídica: implicaría que la ciencia jurídica es ignorante o miope: no se beneficia del progreso intelectual de otras ciencias que podrían ayudarle a vencer *sus* retos.

Por lo anterior, postulo que:

- (1) Derecho mexicano, debidamente entendido, interpretado y aplicado, incluye la pérdida de la oportunidad. El daño consiste en frustrar una *oportunidad*. Hacerla desaparecer del patrimonio removiendo, como resultado del ilícito, la *posibilidad* de que ocurra. *Per se*, ello justifica indemnización. El que pudiera *quod non* nunca materializarse no resta que, en ausencia del ilícito, existiría la oportunidad. Y ello tiene valor. Y dicho valor forma parte del patrimonio, por lo que el derecho de la responsabilidad civil debe tutelarlos.
- (2) El análisis de daño, su valuación, y vínculo causal exige una aproximación ponderada sobre la realidad que busque discernir si en los hechos del caso se observa incertidumbre, alea o probabilidad—en su sentido filosófico; probabilístico. Mientras que la incertidumbre *no* puede servir de cimiento para una determinación de existencia de daño, el alea y la probabilidad sí.

101 Por ejemplo, si rompes el billete de lotería.

- (3) De las aproximaciones existentes, la más sofisticada consiste en hacer uso de la teoría de las probabilidades para arribar a una opinión en base a conocimiento racional que arroje un resultado utilizable como coeficiente en un análisis de probabilidad y consecuente indemnización. Dicho coeficiente puede ser alimentado a la fórmula francesa $I = p \times G$, arrojando un resultado financiero que sirva de base para indemnizar. Esta aproximación es una que resuelve apropiadamente los dilemas que presenta este concepto jurídico. Uno que no sucumbe a la tentación de negar indemnizar por que hacerlo es 'difícil'. Pero tampoco tropieza sobre-indemnizando cuando los hechos no justifican una condena por estar en presencia de incertidumbre. Se trata de un justo medio a un dilema con dos extremos loables.



EL CRIMEN DE LESA MAJESTAD EN EL PERIODO DEL DESPOTISMO IMPERIAL EN PLIN. *EP.* 1.5.1

POR YURI GONZÁLEZ ROLDÁN

RESUMEN: La finalidad de la presente investigación consiste en el análisis del crimen de lesa majestad en edad imperial, con particular atención al momento histórico mencionado en Plin. *ep.* 1.5.1 que inicia con el gobierno de Nerón (54-68 d.C.) y termina con el de Domiciano (81-96 d.C.)

PALABRAS CLAVE: Crimen, maiestas, Nerón, Régolo, senado

ABSTRACT: It is our intention to analyze the *crimen maiestatis* in the imperial age, with particular attention to the historical moment mentioned in Plin. *ep.* 1.5.1, which begins with the principality of Nero (54-68 AD) and ends with Domitian (81-96 AD).

KEYWORDS: Crime, maiestas, Nero, Regulus, senate

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CARTA DE PLINIO A VOCONIO ROMANO. 3. LA ACUSACIÓN EN CONTRA DE RÉGOLO DESPUÉS DE LA CAÍDA DE NERÓN. 4. CONCLUSIONES. 5. FUENTES DE CONSULTA.

1. INTRODUCCIÓN

La finalidad de nuestra investigación consiste en analizar el crimen de lesa majestad (*crimen maiestatis*) en edad imperial, con particular atención al momento histórico recordado en Plin. *ep.* 1.5.1-2, que inicia con el principado de Nerón (54-68 d.C.) y termina con Domiciano (81-96 d.C.). Junio Aruleno Rústico fue sujeto a proceso criminal frente al senado por imposición del emperador Domiciano y condenado gracias a la denuncia de Régolo ya que, entre los diferentes motivos por los que fue acusado, se encontraba el hecho de haber elogiado a Trasea Peto que en el periodo en que gobernó Nerón sufrió también una condena a muerte. Después del matricidio de Agripina, (Tac. *ann.* 14.3-8) en el 59 d.C, Nerón necesitó de la aprobación del senado por haber matado a la madre y los senadores, a excepción de Trasea Peto, mediante un acto de servilismo celebraron el crimen y el *princeps* para demostrar su benevolencia, concedió el regreso de personajes ilustres que habían sido expulsados de Roma por Agripina¹.

1 Datos mencionados en Tac. *ann.* 14.12: la bella Junia Calvina [descendiente de Augusto (Svet. *Vesp.* 23) y hermana de Silano (Tac. *ann.* 12.4)], que fue expulsada de Italia después del suicidio del hermano (Tac. *ann.* 12.8) [sobre el argumento ver A. STEIN-L. PETERSEN, «s.v. Iunia Calvina», *Prosopographia imperii romani*, IV, Berlin, 1966, p. 360]; Calpurnia, mujer ilustre que estuvo a punto de ser condenada a muerte por Agripina celosa por el hecho que Claudio, en una conversación casual, afirmó que la mencionada dama tenía un bellissimo cuerpo [Tac. *ann.* 12.22; cfr. E. GROAG, «Calpurnia», *Prosopographia imperii romani*, II, Berlin-Lipsia, 1936, pp. 77-78]; los ex pretores Valerio Capitón y Licinio Gábol.

En edad neroniana el *crimen maiestatis*² inició a ser punido en el 62 d.C, bajo el consulado de Publio Mario y Lucio Afinio Galo, cuando el pretor Antistio compuso versos injuriosos en contra del emperador, declamándolos en la casa de Ostorio Escápola durante un banquete, como se indica en Tac. *ann.* 14.48.2: *...Tum primum revocata ea lex; credebaturque haud perinde exitium Antistio quam imperatori gloriam quae-sitam...* (Fue la primera vez que se aplicó aquella ley, pero era opinión común que no se buscara la ruina de Antistio, sino que sería más bien, una ocasión de gloria para el emperador). La denuncia fue hecha por Cosuciano Capitón que fue uno de los acusadores en el juicio en contra de Trasea Peto y la propuesta de condena fue elaborada por el *consul designatus* Junio Marulo en el sentido de quitarle al reo el título de pretor y de privarlo de la vida según la costumbre de los antepasados; pero en tal ocasión, gracias a la intervención de Trasea Peto, la pena fue cambiada con el consentimiento del mismo *princeps* a la deportación en una isla y a la confiscación de sus bienes. Respecto a tal episodio es importante destacar que Trasea Peto indicó que bajo un óptimo príncipe y un senado no constreñido por ningún motivo, resultaba improponible condenar a un imputado a una pena tan grave independientemente del crimen cometido (*non quicquid nocens reus pati mereretur, id egregio sub principe et nulla necessitate obstricto senatui statuendum disseruit*).

En el mismo año (62 d.C) Gayo Ofonio Tigelino se convierte en prefecto del pretorio y, buscando de intuir los miedos de Nerón (*metus eius rimatur* en Tac. *ann.* 14.57), convence al *princeps* a efectuar en contra de sus enemigos atroces homicidios considerando estos crimines como acciones excelsas por el senado (Tac. *ann.* 14.60) concluyéndose con la represión de la conjura de Pisón que sirvió a Nerón como pretexto para eliminar a sus opositores verdaderos o aparentes (65 d.C.). El proceso de lesa majestad en edad neroniana se encuentra descrito con todos sus particulares en Tac. *ann.* 16.21-

Nerón permitió también que regresaran a Roma las cenizas de Lolía Paulina y que se construyera una tumba para conservar sus restos [Lolía Paulina fue mujer de Cayo Cesar (Svet. *Claud.* 26) candidata, después del homicidio de Mesalina, para convertirse en esposa de Claudio (Tac. *ann.* 12.1); referencias en L. PETERSEN, «Lollia Pavlina», *Prosopographia imperii romani*, V.1, Berlin, 1970, pp. 88-89]; absolvió además a Iturio y Calvisio que recientemente Nerón había enviado al exilio. Debemos subrayar que los primeros cinco años del gobierno de Nerón fueron considerados por Aurelio Víctor (escritor que vivió en la edad del emperador Juliano) un modelo de buen gobierno paragonable al de Trajano como se demuestra en Aur. Vict. *liber de Caes.* 5.2: *Qui cum longe adolescens dominatum parem annis vitrico gessisset, quinquennium tamen tantus fuit, augenda urbe maxime, uti merito Traianus saepius testaretur procul differre cunctos principes Neronis quinquennio*. El comentador de tal obra fue más prudente considerando el quinquenio como *tolerabilis* en Egit de Caes. 5.2: *Iste quinquennium tolerabilis visus, unde quidam prodidere Traianum solitum dicere proculdistare cunctos principes Neronis quinquennio*. Ver además Dio Cass. 61.4.1 y sobre el argumento: F.A. LEPPER «Some Reflections on the 'Quinquennium Neronis'», *JRS* 47 (1957), pp. 95-103 y O. MURRAY, «The 'Quinquennium Neronis' and the Stoics», *Zeitschrift für Alte Geschichte* 14 (Jan. 1965), pp. 41-61.

- 2 Svet. *Ner.* 32: *...tunc ut lege maiestatis facta dictaque omnia, quibus modo delator non deesset, tenerentur...* (Nerón decidió de aplicar la ley de lesa majestad por todos los hechos y las palabras denunciadas por un delator).

35 respecto a los casos de Trasea Peto y Barea Sorano, personajes que, sin haber participado a la presente conjura, fueron condenados a muerte en el 66 d.C.

Los pasajes de los anales de Tácito llegados hasta nuestros días se concluyen en el 66 d.C, faltando los textos de los eventos de los dos últimos años del gobierno de Nerón en donde seguramente se relataban los procesos en contra de Craxo y Orfito (indicados en la epístula pliniana que será motivo de estudio en el próximo párrafo), pero debido al hecho que en Tac. *hist.* 4.42 se recuerda la propuesta efectuada en el senado de instaurar un proceso criminal en contra de *Regulus*, acusador en tales juicios criminales en los primeros meses del 70 d.C. (bajo el imperio de Vespasiano), resulta posible entender el modo en que fueron condenados tales personajes.

Muchas injusticias fueron cometidas durante el gobierno de Nerón y de Domiciano porque fueron inculpinados personajes que trataron de contrastar el despotismo imperial. Se concluye este periodo oscuro de la historia constitucional romana cuando el senado adquirió nuevamente la propia autonomía (*libertas*) bajo el breve principado de Nerva³ y posteriormente en edad de Trajano⁴; así se dice en Plin. *paneg.* 42.1 que anteriormente el fisco y el erario se habían enriquecido no únicamente en base a las leyes Voconias y Julias, sino sobretudo gracias a las inculpinaciones por lesa majestad que resultaba ser ‘el solo y único crimen de quien no había cometido algún crimen’ (*Locupletabant et fiscum et aerarium non tam Voconiae et Iuliae leges quam maiestatis singulare et unicum crimen eorum, qui crimine vacarent...*).

2. LA CARTA DE PLINIO A VOCONIO ROMANO

El estudio inicia con una carta escrita por Plinio y dirigida a su estimado amigo Voconio Romano⁵, en donde le cuenta las causas por las que Plinio tenía odio en contra del

3 Dio Cass. 68.1.2: Nerva también liberó a todos los que estaban en juicio por el crimen de lesa majestad e hizo regresar a la patria a los exiliados.

4 Trajano destruyó desde las raíces el miedo que causaba ser inculpinado por lesa majestad, así en Plin. *ep.* 10.82(86).1 el emperador respondió a una carta de Plinio, especificando que el escritor era perfectamente al corriente de su intención de no producir respeto a su persona mediante miedo, terror de la gente o imputaciones de lesa majestad: *Potuiſti non haerere, mi Secunde carissime, circa id, de quo me consulendum existiſtasti, cum propositum meum optime noſſes non ex metu nec terrore hominum aut criminibus maiestatis reverentiam nomini meo adquire.*

5 Otras cartas escritas por Plinio a Voconio Romano se encuentran en *ep.* 2.1, en donde le cuenta de la muerte de Virginio Rufo; en *ep.* 3.13 explica al destinatario la dificultad de la redacción del panegírico a Trajano, autorizándolo para efectuar anotaciones y corregir el escrito; en *ep.* 6.15 mete en duda la salud mental del jurista Javoleno; en *ep.* 6.33 solicita al amigo la revisión de un discurso en defensa de Acia Viriola que, desheredada por el padre, había iniciado un juicio frente a los centumviro para anular el testamento; en *ep.* 8.8 cuenta al amigo de su visita a las fuentes del Clitumno; en *ep.* 9.7 describe también a Voconio sus mansiones que se encuentran en las orillas del lago de Como; en *ep.* 9.28 indica de haber recibido tres cartas de Voconio. Datos biográficos de tal personaje fueron indicados por el mismo Plinio en dos cartas de recomendación: la primera, dirigida al jurista Neracio (en su papel de cónsul como jefe de un *exercitus amplissimus*) en *ep.* 2.13, para que pudiera obtener un empleo público y la

abogado M. Aquilio Régolo⁶, celebre acusador bajo el gobierno de Nerón y de Domiciano en Plin. *ep.* 1.5.1:

1. *Vidistine quemquam M. Regulo timidior, humiliorem post Domitiani mortem? Sub quo non minora flagitia commiserat quam sub Nerone, sed tectiora. Coepit vereri, ne sibi irascere; nec fallelatur, irascebar.*

segunda al emperador Trajano en *ep.* 10.4, para obtener la dignidad senatoria que el escritor había pedido anteriormente al emperador Nerva. En tal carta le escribe que Voconio Romano tenía un patrimonio que le permitía vivir cómodamente y que le permitiría hacer frente a un tipo de vida adecuada a la dignidad deseada (4.000 000 HS). El padre pertenecía a la clase social de los *equites*, la madre era una noble mujer casada una segunda vez con un hombre que Voconio estimaba. El amigo de Plinio había tenido el cargo de *Flamen* en *Hispania Citerior* y fue su compañero de estudios de retórica en Roma. Voconio al mismo modo que Plinio era un escritor brillante (había revisado los borradores de sus obras antes de ser publicadas) y además era hábil en la práctica legal. Voconio Romano, como era padre de tres hijos, obtuvo por parte del emperador los privilegios correspondientes al *ius trium liberorum*. Además, gracias a *ep.* 9.28.1 sabemos que el amigo de Plinio escribió una carta a Plotina, esposa de Trajano, entregada por el mismo Plinio, sin que conozcamos su contenido. Sobre Voconio Romano y un particular análisis de las cartas indicadas ver: S. MONTI, «Studio sul problema cronologico di Plin. *Ep.* 2.13», *AFLN* 6 (1956), pp. 69-106; A. LIPPOLD, «S.V. Voconius Romanus», *RE* IX-A (1961), pp. 698-704. Ver además: Spart. *Hadr.* 4.10; Dio Cass. 69.10 y Apul. *Apol.* 11 en donde el autor afirma que en su tumba se encontraba escrito: *Lascivus versu, mente pudicus erat*.

- 6 Además del texto tratado tendremos ocasión de mencionar pasajes de Plinio que tratan de *M. Aquilius Regulus*; por ejemplo, en *ep.* 6.2 el autor recuerda la gran calidad de Régolo como orador, si bien en *ep.* 4.7.3-4, afirma lo contrario sin meter en duda su tenacia: *...Imbecillum latus, os confusum, haesitans lingua, tardissima inventio, memoria nulla...*; en *ep.* 2.20.13 habla de su riqueza obtenida mediante actos infames recordando diferentes episodios en *ep.* 2.20.2-11. El personaje había cometido actos directos para alterar la regular manifestación de voluntad del testador (sobre tal aspecto debemos recordar que en edad adrianea serán considerados como casos de indignidad los hechos de tal tipo, como ya tratamos en una anterior investigación Y. GONZÁLEZ ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari, 2014, pp. 266-267); en *ep.* 2.11.22 narra la intervención de Régolo en el proceso en contra de Mario Prisco; en *ep.* 4.2 cuenta del dolor de Régolo por la pérdida del hijo; en *ep.* 4.7 de los actos hechos por Régolo *ad memoriam* del hijo; en *ep.* 1.20.14,15 Plinio explica la diferencia de método que existía en la actividad oratoria entre él y Régolo aplicado también frente al tribunal de los centumviro en *ep.* 1.5.11. En Tac. *hist.* 4.42 (texto que será analizado a continuación) se narra de la propuesta en senado de instaurar un proceso criminal en contra de Régolo por su participación como acusador de ilustres personajes de edad neroniana. Tac. *dial.* 15 cita Régolo (sin indicar su nombre) mientras platica con el hermano Vipstano Messalla. Además aspectos de su vida en Mart. 2.74.2.3 (respecto a su impacto en la sociedad); 1.12.82 y 7.31 (sobre su mansión); 6.10 (sobre su arcaísmo y su vida conservadora); 6.38 (sobre el afecto que tenía por su hijo). Ver sobre tales textos F. GREWING, *Martial. Buch VI (Ein Kommentar)*, Göttingen, 1997, pp. 269-270; 1.11.1.2 (sobre su muerte); 4.16.6, 5.28.6, 5.63.4, 6.64.11 (sobre su capacidad como orador); 6.38 (como abogado frente al tribunal de los centumviro); 2.93, 5.10.3, 5.21.1; Dio Cass. 63.13.2 (como personaje reconocido por Otón). Sobre el argumento: P. V. ROHDEN, «S.V. M. Aquilius Regulus», *RE* II-1 (1895), p. 331; E. GROAG, «S.V. M. Aquilius Regulus», *Prosopographia imperii romani*, I, Berlin-Lipsia, 1933, pp. 196-197; R. SYME, *Tacitus*, I, Oxford, 1958, pp. 100-111; J. HEURGON, «Les sortilèges d'un avocat sous Trajan», *Hommages à Marcel Renard*, I, Bruxelles, 1969, pp. 443-448 con particular atención a Plin. *ep.* 6.2.2; R.J.A. TALBERT, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton, 1984, pp. 504-505; L. FANIZZA, *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, Roma, 1988, pp. 13-15; V. RÜDICH, *Political dissidence under Nero. The price of dissimulation*, London-New York, 1993, pp. 201-206.

¿Ya te diste cuenta como M. Régolo se volvió tímido y humilde después de la muerte de Domiciano? Bajo tal emperador su ignominia no fue de menor nivel que bajo Nerón sino menos evidente. El piensa que yo lo odie y no se equivoca, lo aborrezco.

La carta pliniana, redactada después de la muerte de Domiciano (96 d.C.) y probablemente en el breve periodo del gobierno del emperador Nerva cuando el senado readquiere su propia *libertas* perdida anteriormente⁷, contiene la referencia a la nueva situación en que se encontraba uno de los más importantes acusadores en el tiempo del despotismo imperial. Régolo se había vuelto temeroso y presentaba un comportamiento humilde que contrastaba con sus momentos de gloria, periodo en el que estaba listo para denunciar a cualquier persona que hubiera manifestado comportamientos subversivos, contrarios a la *maiestas* imperial. El escritor presenta dos momentos históricos, claramente identificables, en donde se atribuyen a Régolo torpes y deshonorables acciones que inician en los últimos años de la edad neroniana (67-68 d.C.)⁸ y que se representan en edad domicianea (81-96 d.C), subrayando que con el último Flavio, sua ignominia habría sido al mismo nivel de gravedad que en el periodo anterior pero más escondida (*sed tectiora*), situación por la que el acusador (*delator*) habría tenido el fundado temor de ser odiado por Plinio (*coepit vereri*), como efectivamente sucedía (*nec fallebatur, irascebar*).

El estado psicológico de Régolo no era debido al simple hecho de no ser estimado por Plinio; tal *odium* podía transformarse en un motivo para una eventual solicitud al senado de instaurar un proceso criminal en contra de él. Efectivamente encontramos noticias en Plin. *ep.* 9.13.4 que después de la muerte de Domiciano fueron justiciados varios personajes del régimen anterior por causa de enemistad (*inimicitia*):

Ac primis quidem diebus redditae libertatis pro se quisque inimicos suos, dumtaxat minores, incondito turbidoque clamore postulaverat simul et oppresserat...

Desde el momento en que se regresó a la libertad cada quien había acusado bajo un desordenado y confuso clamor los propios enemigos limitándose a los que tenían un nivel inferior y después los eliminaba...

En esta frase se recuerda que desde el momento en que tomó el poder Nerva (*Ac primis quidem diebus redditae libertatis*) cada quien había acusado (*postulaverat*) bajo un desordenado y confuso clamor los propios enemigos, limitándose a aquellos

7 Un epígrafe que se encontraba en el Capitolio (en CIL VI, 472) indicaba: *Libertati ab imp. Nerva Caesare Augusto...restitutae S.P.Q.R.* La fecha exacta sería el mes de enero del 97 d.C, porque, como indica A.N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny*, Oxford, 1966, p. 93, en la misma carta se menciona la ceremonia con la que el pretor inauguraba su magistratura (§11).

8 Consideramos que la intervención de Régolo como acusador inició en los dos últimos años del gobierno de Nerón porque, en los anales de Tácito, llegados a nosotros hasta el 66 d.C, el *delator* no se encuentra mencionado no obstante los *crimina* en donde había intervenido (los de Craxo y de Orfito). Tales procesos encuentran referencias en Tac. *hist.* 4.42, pasaje que recuerda una sesión del senato efectuada en edad de Vespasiano, periodo en donde Régolo todavía era un joven cuestor.

de nivel inferior y, al mismo tiempo los eliminaba (*et oppresserat*), notándose así la instauración de juicios criminales sumarios sin indicaciones en las fuentes que a los imputados se les hubiera dada la posibilidad de presentar abogados para sus defensas.

Respecto a tal episodio Dio Cass. 68.1.3 narra que el cónsul Frontone se quejó por la situación que se vivía en este momento; mientras en edad domicianea no era lícito hacer nada a nadie (sin el consentimiento del *princeps*), ahora resultaba peor porque con el nuevo emperador se podía hacer de todo a todos. Después de tal queja Nerva suspendió los procedimientos criminales como habían sido desarrollados hasta ese momento.

Plinio en tal periodo se encontraba en un momento difícil bajo el aspecto familiar: su segunda mujer había muerto y prudentemente prefería esperar que se calmaran las aguas para formular posteriormente acusaciones en contra de sus propios enemigos según las reglas del *ius senatorium*, probablemente no en contra de Régolo⁹, que no obstante el odio que le tenía le reconocía valor como orador (*ep.* 6.2), sino en contra de un personaje que seguramente odiaba más, Certo, el acusador de Elvidio¹⁰.

3. LA ACUSACIÓN EN CONTRA DE RÉGOLO DESPUÉS DE LA CAÍDA DE NERÓN

Para entender lo que hizo Régolo, hombre pobre e insignificante según las palabras de Plinio, *ep.* 2.20.12 (*Adspice Regulum, qui ex paupere et tenui...*), para transformarse en un importante abogado, debemos regresar en el tiempo para comentar una sesión del senado efectuada en el 70 d.C. (fecha en que el imperio volvió a la calma gracias a Vespasiano después de ser derrocado Nerón), bajo el segundo consulado de Vespasiano y de Tito. La convocatoria a los senadores fue hecha por Domiciano que asumió la carga de pretor urbano en ausencia del nuevo *princeps* y de su primogénito; en tal ocasión el senado, bajo la iniciativa de los senadores más respetados, formuló un juramento

9 Al final del texto de Plin. *ep.* 1.5.15 el escritor reconoce que Régolo no es fácil de castigar, ya que es muy rico y peleonero (*locuples, factiosus*), homenajeado por muchos y temido todavía por muchos más. No obstante tales dificultades el escritor habría meditado sobre la posibilidad de acusarlo pero después que Plinio hubiera hecho una consulta al senador Junio Maurico, personaje célebre por su prudencia.

10 En Plin. *ep.* 9.13.4 el escritor menciona: *Ego et modestius et constantius arbitratus immanissimum reum non communi temporum invidia, sed proprio crimine urgere, cum iam satis primus ille impetus defremuisset et languidior in dies ira ad iustitiam redisset, quamquam tum maxime tristis amissa nuper uxore...* (Con mayor modestia y valentía consideré que de acuerdo al propio crimen el acusador debería de sufrir la pena, sin deshonestidad ni maldad común de los tiempos; por esto, cuando mi primer ímpetu se había tranquilizado y el enojo día a día se calmaba, decidí dar espacio a la justicia. En aquellos días me encontraba adoloradísimo por la reciente pérdida de mi esposa...) Podemos indicar que el proceso que estaba organizando Plinio en contra de Certo, hombre potente, no llegó a buen fin como se recuerda en *ep.* 9.13.6-26; esto sucedió porque parece que Nerva juró que ya no se volvería a condenar a muerte a ningún senador que hubiera colaborado con el régimen anterior como acusador en materia de *maiestas* (Dio Cass. 68.2.3); así, en la misma carta de Plin. *ep.* 9.13.7 un senador, sin indicar su nombre, habría dicho: *salvi simus, qui supersumus* (no se condene a ninguno más de los que quedamos en vida).

para que sus miembros prometieran, invocando la divinidad como testigo, el hecho de no haber obtenido un *praemium* o un cargo público como consecuencia de la ruina de un ciudadano. Los senadores culpables de tal ruina juraron en falso (Tac. *hist.* 4.41¹¹).

En la misma sesión del senado se cuenta en Tac. *hist.* 4.42, de la propuesta de instaurar un proceso criminal en contra de *Regulus* ya que en su papel de cuestor se encontraba envuelto como acusador de ilustres personajes de edad neroniana.

1. *Magnam eo die pietatis eloquentiaeque famam Vipstanus Messalla adeptus est, nondum senatoria aetate, ausus pro fratre Aquilio Regulo deprecari. Regulum subversa Crassorum et Orfiti domus in summum odium extulerat: sponte accusationem suscepisse iuvenis admodum, nec depellendi periculi sed in spem potentiae videbatur. et Sulpicia Praetextata Crassi uxor quattuorque liberi, si cognosceret senatus, ultores aderant.*

Aquel día obtuvo una grande fama de amor fraternal y de elocuencia Vipstano Mesala, el cual, sin tener todavía la edad para intervenir en el senado, osó defender al hermano Aquilio Régolo. La ruina de la casa de los Craxos y de Orfito había causado el odio más feroz en contra de Régolo. Se decía que todavía cuando era muy joven se asumió la parte de acusador y no por alejarse de algún tipo de peligro, sino por hambre de poder. Si el senado hubiera instruido el proceso se encontrarían listos a exigir su propio derecho Sulpicia Pretextata, mujer de Craxo y sus cuatro hijos.

Vipstano Mesala¹², joven hermanastro de Régolo, interviene en su defensa y su discurso le otorgó una grande fama por su *pietas* y *eloquentia* al interceder a favor del hermanastro. El hecho criminoso de Régolo era muy grave, porque había llevado a la

11 *Senatus inchoantibus primoribus ius iurandum concepit, quo certatim omnes magistratus, ceteri, ut sententiam rogabantur, deos testes advocabant nihil ope sua factum, quo cuiusquam salus laederetur, neque se praemium aut honorem ex calamitate civium cepisse...* (El senado, bajo iniciativa de sus miembros más importantes, formuló un juramento por el que todos los magistrados y todos los demás integrantes eran interrogados e, invocando a los dioses como testigos, declaraban que no por causa propia se había hecho del mal a algún ciudadano obteniéndose por tal hecho una recompensa o una carga pública...)

12 Probablemente unido por parentesco al famoso militar y escritor de edad augustea *M. Valerius Messalla Corvinus* y probablemente hijo de *Vipstanus Messalla* cónsul sufecto en el 48 d.C., la madre había contraído matrimonio dos veces, la primera con un *Aquilius* de donde nació su hermanastro mayor Aquilio Régolo como indica R. HANSLIK, «S.V. Vipstanus Messalla», *RE IX-A* (1961), pp. 170-172. Personaje admirado por Tácito como se demuestra en Tac. *hist.* 3.9.3; en tal texto se cuenta la guerra civil después de la caída de Nerón. Vipstano Mesala en su papel de *tribunus militum* comandaba la legión séptima Claudia y sobre él Tácito afirma: *claris maioribus, egregius ipse et qui solus ad id bellum artes bonas attulisset...* (Hombre de ilustres antepasados, óptima persona la cual afrontó la guerra con un comportamiento honesto). Tal personaje fue la fuente directa de Tácito sobre el presente argumento; por ello en Tac. *hist.* 3.25 se recuerda un hecho narrado por Vipstano Mesala a Tácito, un hijo mató a su propio padre en batalla en el periodo de la guerra civil después de la caída de Nerón: *Eo notabilior caedes fuit, quia filius patrem interfecit. Rem nominaque auctore Vipstano Messalla tradam*; en otro episodio el escritor comenta que la información la obtuvo de Vipstano Mesala en Tac. *hist.* 3.28: *Hormine id ingenium, ut Messalla tradit...* Sobre la presente guerra civil ver SYME 1, o.c. (n.6), pp. 176-190. Por último el *Dialogus de oratoribus* de Tácito incluye como interlocutores Vipstano Messalla (a partir

ruina a dos importantes familias de nobles orígenes como aquellas representadas por los cónsules del 64 d.C. *Marcus Licinius Crassus Frugi*¹³ y del 51 d.C. *Servius Cornelius Scipio Salvidienus Orfitus*¹⁴, causando a los senadores un odio terrible. Su ambición era excesiva, afrontaba las acusaciones no obstante la joven edad con la esperanza de obtener poder sin ningún fundamento. Sobre este punto vienen en mente las palabras de Plin. *ep.* 9.13.2 que, sin citar Régolo, manifiesta su escándalo que un senador sin haber llegado todavía a la cima del *cursus honorum* fuera capaz de atacar un cónsul: ... *Porro inter multa scelera multorum nullum atrocius videbatur, quam quod in senatu senator senatori, praetorius consulari, reo iudex manus intulisset* (Ahora, de entre tantas atrocidades ninguna me parece más detestable que en senado un senador hubiera usado violencia en contra de otro senador, un pretor en contra de un cónsul, un imputado en contra de un juez).

En el texto debemos considerar también al cónsul *suffectus* del 46 d.C., *Q. Sulpicius Camerinus*¹⁵, padre de Sulpicia Pretextata y esposa de Craxo, procesado y condenado por el mismo motivo de Craxo y Orfito en el 67 d.C. con la intervención de Régolo,

del texto 14) en donde afirma la tesis que existe una gran diferencia de calidad entre la oratoria republicana y la actual.

- 13 *Marcus Licinius Crassus Frugi*, cónsul ordinario junto a *C. Laecanius Bassus* en el 64 d.C. (*C.I.L.* 16.5), era noble por doble ascendencia ya que era el hijo del cónsul del 27 d.C. M. Crasso y de Escribonia y había tenido tres hermanos y dos hermanas (Octavia y Antonia) entre los cuales se encontraba Pisón (que había apoyado Galba y después había sido asesinado por los seguidores de Otón), Magno (asesinado por Claudio como se lee en Tac. *hist.* 1.14 y 1.48) y de Craxo Escriboniano (condenado a muerte en el 70 d.C. bajo el gobierno de Vespasiano). Craxo se había casado con Sulpicia Pretextata y habían generado cuatro hijos. Sobre el argumento ver: E. GROAG., «S.V. Frugi», *RE*, VII-1, Stuttgart, 1910, p. 121; A. STEIN., «S.V. Crassus», *Prosopographia imperii romani*, II, Berlin-Lipsia, 1936, p. 383; SYME 1, *o.c.* (n.6), p. 385-386; L. PETERSEN, «S.V. M. Licinius Crassus Frugi», *Prosopographia imperii romani*, V.1, Berlin, 1970, pp. 39-40; P.A. GALLIVAN, «Comments on the Fasti for the Reign of Nero», *The Classical Quarterly* 24 (Dec. 1974), p. 292. RUDICH, *o.c.* (n.6), p. 202-203 presenta la tesis de unir la condena de Craxo con la de *Sulpicius Camerinus Phythicus*, padre de su esposa, pero, como el autor subraya, tal hipótesis resulta ser una simple especulación.
- 14 *Ser. Cornelius (Scipio) Salvidienus Orfitus* fue cónsul ordinario junto a Claudio en el 51 d.C. (Tac. *ann.* 12.41) y propuso en edad neroniana de cambiar el nombre del mes de junio en Germánico como se lee en Tac. *ann.* 16.12. La causa de la acusación fue probablemente el alquiler de tres *tabernae* de su casa cercana al foro a los representantes de la ciudad, como se recuerda en Svet. *Ner.* 37 (y, sin la indicación de su nombre en Dio Cass. 62.27.1), pero no tenemos ninguna información para determinar la *ratio* por la que tal hecho fue considerado una ofensa al príncipe. Dentro de sus descendientes encontramos un cónsul del 149 d.C. bajo el gobierno de Antonino Pío, y otro *vir clarissimus* en edad de Diocleciano. Sobre el argumento ver: E. GROAG., «S.V. Ser. Cornelius (Scipio) Salvidienus Orfitus», *Prosopographia imperii romani*, II, Berlin-Lipsia, 1936, pp. 357-358 y RUDICH, *o.c.* (n. 6), p. 199.
- 15 Sobre el argumento ver F. MILTNER, «Q. Sulpicius Camerinus», *Prosopographia imperii romani*, IV-A-1, Stuttgart, 1931, pp. 745-746. Q. Sulpicio Camerino fue procónsul de la provincia de Africa en el 56 o 57 d.C. y después fue denunciado por los provinciales a causa de sus actos crueles en el 58 d.C, pero Nerón absolvió al imputado ya que eran pocos los denunciantes (Tac. *ann.* 13.52). Según M.T. GRIFFIN, *Nero. The End of a Dynasty*, London, 1984, p. 252 n. 89, Tacito no mencionó nada sobre la culpabilidad de Camerino porque el escritor se 'ablandó' (softened) por motivo de la sentencia a muerte; pero según nosotros no fue así, el narrador claramente explica que la acusación tuvo poca fuerza ya que el grupo de provinciales que la presentó era poco numeroso.

como se encuentra descrito en Plin. *ep.* 1.5.3¹⁶. Tenemos noticia de este proceso en Dio Cass. 62.18.2 que, sin citarse a Régolo, se afirma que habría sido un liberto de nombre *Helius*, administrador de los bienes del príncipe en Asia (Tac. *ann.* 13.1), a causar la muerte de Camerino y del hijo, ya que no habían renunciado al propio título de *Pythicus* heredado por sus antepasados. La ofensa a Nerón habría sido causada porque en tal fecha el príncipe había viajado a Grecia para participar en varios concursos, obteniendo el mismo título gracias a sus victorias ‘pythicas’¹⁷. Probablemente Tácito con los términos *domus Crassorum* incluía también a Camerino padre de Sulpicia Pretextata, la cual, si el senado hubiera dado inicio al juicio, habría participado junto a sus cuatro hijos, nietos de Camerino, como parte afectada. De todos modos debemos subrayar que la acusación en contra del cónsul fue hecha por *Helius* y, no obstante Régolo habría exigido la condena a muerte, su papel en este preciso juicio no fue el de *delator*, sino de coadyuvante en el juicio.

Fue demasiada la ambición de éxito de Régolo y, en el caso en que hubiera sido condenado, se habría podido rehabilitar la memoria de *Crassus*, *Camerinus* y *Orfitus* causando como efecto que los bienes confiscados que pertenecieron a estos personajes¹⁸ fueran restituídos a sus herederos; sobre tal punto se recuerda que la viuda de Craxo, Sulpicia, y los cuatro hijos estaban listos para participar (obviamente mediante sus abogados) como parte afectada a la *cognitio senatus: et Sulpicia Praetextata Crassi uxor quattuorque liberi, si cognosceret senatus, ultores aderant*.

Continuando el análisis de Tac. *hist.* 4.42, se observa que Curcio Montano¹⁹ intervino mediante una *oratio* pretendiendo la *cognitio* del senado para castigar los actos hechos por Régolo, motivados por el deseo de obtener poder:

16 *Agnoscis eloquentiam Reguli. Lacerat Herennium Senecionem tam intemperanter quidem, ut dixerit ei Mettius Carus: «quid tibi cum meis mortuis? Numquid ego Crasso aut Camerino molestus sum?» Quos ille sub Nerone accusaverat.* (Reconoces el tipo de elocuencia de Régolo. Despedazó a Erenio Senecione en modo tan fuerte que Mecio Caro le dijo: ¿Tu qué problema tienes con mis muertos? ¿Me pongo a molestar a Craxo o a Camerino? Individuos que Régolo había acusado bajo Nerón).

17 Quint. *inst. orat.* 1.6.31 explica que el análisis etimológico de las palabras de origen griega necesita de una grande erudición, incluyendo como ejemplo de tal dificultad el término *Pythicus*: *Continet autem in se multam eruditionem, sive ex Graecis orta tractemus...Pythici?*. Sobre el argumento ver N. ALMAZOVA, «When was the Pythian Nome Performed?», *Hyperboreus* 20(2014), pp. 56-91. Probablemente las victorias ‘pyticas’ de Nerón indicadas por Cassio Dión corresponden al momento histórico en que el príncipe se encontraba en Grecia; efectivamente en el 67 d.C. se recuerda su participación en los juegos Istmicos (Svet. *Ner.* 24) y seguramente en los juegos pyticos ya que, como se indica en Svet. *Ner.* 23, el emperador ordenó de celebrar en el mismo año todas las competencias que se tienen en diferentes años: *Nam et quae diversissimorum temporum sunt, cogi in unum annum, quibusdam etiam iteratis...*

18 La condena por el *crimen maiestatis* era la muerte y la confiscación del patrimonio (*ademptio bonorum*). Sobre el argumento ver V. GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*³, Napoli, 1993, pp. 142-143; pero, en el caso en que hubieran sido rehabilitadas las memorias de las víctimas del régimen anterior, se podía conceder como indica FANIZZA, *o.c.* (n.6) p. 28, la *gratia* o la *restitutio in integrum* y además habrían sido castigados los delatores.

19 Curcio Montano solicitó al senado que fuera celebrada la memoria de Lucio Calpurnio Pisón Frugi Liciniano que había apoyado Galba en la guerra civil (68-69 d.C.) después de la caída de Nerón en Tac.

2.igitur Messalla non causam neque reum tueri, sed periculis fratris semet opponens flexerat quosdam. occurrit truci oratione Curtius Montanus, eo usque progressus, ut post caedem Galbae datam interfectori Pisonis pecuniam a Regulo adpetitumque morsu Pisonis caput obiectaret.

Por todo ello Mesala no tenía grande espacio para apoyar o defender al culpable, pero había tratado de defender al hermano protegiéndolo como si fuera con el propio cuerpo de los peligros que lo amenazaban y esto había conmovido a algún senador. Pero encontró una durísima oposición en el discurso de Curcio Montano que llegó al punto de recriminarle a Régolo de haber dado dinero, después de la muerte de Galba, al asesino de Pisón y de haberle mordido la cabeza.

Ciertamente Mesala al defender al hermanastro habría tenido una tarea difícil²⁰, indicándose en el texto que no atendía el problema del procedimiento o defendía al imputado, sino que se oponía al juicio de Régolo, como si fuera el mismo tratando de convencer al senado de su falta de culpabilidad; pero la intervención de Curcio Montano mediante una dura *oratio* se referirá a hechos sucedidos inclusive después de la caída de Nerón, acusándolo que, en plena guerra civil, una vez derrocado Galba (69 d.C.), Régolo entregó dinero al asesino de Pisón, hermano de Craxo (que apoyó Galba y que después fue asesinado por los colaboradores de Otón) y con rabia mordió su cabeza²¹.

Sobre tal punto podemos considerar dos llaves de lectura, la primera, que efectivamente Régolo dañó el cadáver de Pisón pero sin morderle la cabeza para evitar que el cuerpo pudiera tener un entierro correcto (*iustum sepulchrum*), causando problemas al alma del personaje y destruyendo así su memoria²² y la segunda, mayormente posible, que este último dato sea de dudosa verdad usado por el orador como estrategia para impresionar a los senadores en sentido negativo en contra de Régolo y así evitar la distracción causada por el acto de coraje de su defensor²³, pareciendo más bien un

hist. 4.40 y que había sido asesinado afuera del templo de Vesta, en donde se escondía por Sulpicio Floro (un soldado de las tropas británicas que había recibido de Galba la ciudadanía romana) y Estacio Murco (una guardia del cuerpo), mandados por Otón (episodio recordado en Tac. *hist.* 1.43). Sobre este personaje ver: GROAG., «S.V. Curtius Montanus» II, *o.c.* (n.6) p. 393 y SYME I, *o.c.* (n.6), p. 188.

- 20 Así como se lee en Quint. *inst. orat.* 3.6.20 la defensa habría debido contrastar la acusación en tres modos: *ut fecisti, non feci, aut recte feci* (lo hiciste, no lo hiciste o lo hiciste en modo legal). Como era evidente que Régolo había hecho condenar a muerte a Orfíto, *Vipstanus Messalla* únicamente habría podido defender al acusado mediante argumentos en donde se demostrara que su participación a tales juicios fue legítima, pero ninguno de los senadores que sobrevivieron a Nerón habría considerado válida tal excluyente de responsabilidad.
- 21 Seguramente Pisón odiaba Régolo por la muerte del hermano como se demuestra en Plin. *ep.* 2.20.2 respecto a un episodio que parece absurdo: Régolo se presentó a la casa de la viuda de Pisón que se encontraba a punto de morir no obstante fuera odiado por el marido (*marito inimicissimus*), para engañarla con la noticia que podía sanar por motivos astrológicos 'te encuentras en la edad climática', y así hacerse nombrar por tal motivo como legatario en un codicilo.
- 22 Sobre el argumento G. PURPURA, «La sorte del debitore oltre la morte. *Nihil inter mortem distat et sortem* (Ambrogio, De Tobia X, 36-37)», *Iuris Antiqui Historia* 1 (2009), pp. 41-60.
- 23 Efectivamente, después del discurso pronunciado por Mesala, que probablemente había causado impacto al senado por su *pietas* y *eloquentia* al interceder a favor de su hermanastro (así nos trata de convencer Tácito), era fundamental para Curcio Montano hacer cambiar opinión a los *patres*, atenuando,

episodio de horror e inverosímil usado en las escuelas de retórica para impresionar y obtener la atención del público, que recuerda, por ejemplo, la declamación pseudo-quintiliana del título *cadaveribus pasti*²⁴; tal tesis parece correcta porque el orador en su ponencia transcrita por Tácito no vuelve a hablar ni del dinero dado al asesino de Pisón (¿A cuál de los asesinos? ¿Sulpicio Floro o Estacio Murco?²⁵) y mucho menos de la mordida hecha a su cabeza, limitándose únicamente en el *exordium* de la *oratio*, para introducir los argumentos como veremos inmediatamente en el mismo pasaje de Tácito:

3.«*hoc certe*» inquit «*Nero non coegit, nec dignitatem aut salutem illa saevitia redemisti. sane toleremus istorum defensiones, qui perdere alios quam periclitari ipsi maluerunt: te securum reliquerat exul pater et divisa inter creditores bona, nondum honorum capax aetas, nihil quod ex te concupisceret Nero, nihil quod timeret.*

Habló en este modo «A menos a esto no te encontrabas obligado por Nerón y que tu acto de suma crueldad no te servía para rescatar ni tu dignidad, ni tu vida. Yo puedo inclusive soportar las excusas de aquellos que prefirieron arruinar a los otros para protegerse a sí mismos. Tu estabas tranquilo y nada de ti Nerón podía pretender o temer. Tu padre estaba en exilio y sus bienes estaban divididos por los acreedores, no tenías todavía la edad para llegar a obtener una carga pública».

disminuyendo y despreciando tal discurso. Una estrategia retórica seguida por Cicerón en la defensa de Ligario, como se lee en Quint. *inst. orat.* 4.1.38: *Dixit enim adversarius et fortasse persuasit: nobis opus est eius diversa opinione, quae mutari non potest, nisi illum fecerimus ad ea, quae dicemus, docilem et intentum. Quid ergo est? Inminuenda quaedam et levanda et quasi contemnenda esse consentio ad remittendam intentionem iudicis, quam adversario praestat, ut fecit pro Ligario Cicero.* (El contrincante habló y probablemente logró convencer; nosotros necesitamos que el juez cambie de opinión, lo que no puede suceder si no hacemos en modo que nos escuche y oiga nuestras palabras. ¿Entonces que hacemos al respecto? Cada uno de los puntos afirmados por el abogado adversario deberán ser desintegrados, disminuídos e inclusive despreciados para romper la tensión del juez, el cual tiene todavía la atención fijada en nuestro contrincante como hizo Cicerón en la defensa de Ligario.

- 24 Encontramos analogía con la declamación pseudo-quintiliana *cadaveribus pasti* en Ps. Quint. *Decl. Mai.* 12, en donde se cuenta la historia de los ciudadanos que se alimentaron de los cadáveres de la propia gente; por ejemplo en 27.1 de tal obra: *Etiam si qua alienis membris inprimunt dentem, mutuo tamen laniatu abstinent, nec est ulla supra terras adeo rabiosa belua, cui non imago sua sancta sit.* (Si bien es cierto algunos animales hunden sus dientes en otros, eviten hacerse pedazos, ni existe tal cosa en la tierra como una fiera rabiosa que no respete su misma imagen). Sobre el argumento ver A. STRAMAGLIA, [Quintiliano] *La città che si cibò dei suoi cadaveri (Declamazioni maggiori, 12)*, Cassino, 2002, pp. 13-30 y del mismo autor «Come è fatta una declamazione? Una lettura dei *cadaveribus pasti* (Ps. Quint. *Decl. Mai.* 12)» *Camene* 23 (marzo 2019), pp. 1-12.

- 25 Tac. *hist.* 1.43: *...Piso in aedem Vestae pervasit, exceptusque misericordia publici servi et contubernio eius abditus non religione nec caerimoniis, sed latebra imminens exitum differebat, cum advenere missu Othonis nominatim in caedem eius ardentis Sulpicius Florus e Britannicis cohortibus, nuper a Galba civitate donatus, et Staius Murcus speculator, a quibus protractus Piso in foribus templi trucidatur.* (Pisón se introdujo en el templo de Vesta donde fue recibido por un piadoso guardián que lo escondió en su habitación. La sacralidad del lugar no era un obstáculo para retrasar su eminente ruina. Permaneció escondido hasta que llegaron Sulpicio Floro, soldado de las tropas británicas que había recibido la ciudadanía gracias a Galba y Estacio Murco, una guardia del cuerpo. Los había enviado Otón con la finalidad de matarlo. Fue arrojado del templo y asesinado en la entrada).

El orador, entrando en materia, incorpora en su discurso un argumento retórico comparativo indicando que es preferible, en vía hipotética, la defensa de los individuos que tratan de defenderse del peligro arruinando otras personas (*sane toleremus...maluerunt*²⁶); hecho ya de por sí reprochable, y no los hechos criminales de Régulo que a causa de la joven edad todavía no podía obtener cargos públicos (*nondum honorum capax aetas*) por lo cual, sin un papel de responsabilidad, no podía tener algún miedo de Nerón. El orador se sirvió de tal argumento para demostrar en senado la urgencia de incriminar a Régulo, los hechos son conocidos por todos y no tiene ninguna excluyente de responsabilidad. No sabemos quién fue el primero de los senadores a solicitar la incriminación de Régulo (*postulatio* o *delatio*), ya que claramente la ponencia de Curcio Montano fue posterior a la intervención de Mesala, pero probablemente tal solicitud fue efectuada por el mismo Curcio Montano.

Parece que el acto de acusación no siguió las reglas del procedimiento que existían en edad neroniana y que se verán más adelante, ya que el acusador, en forma oral, proponía a los senadores (y no al príncipe) de iniciar la *cognitio* después del juramento por el cual cada uno de los integrantes del senado debía prometer de no haber causado la ruina de los compatriotas en cambio de premios y honores (Tac. *hist.* 4.41); efectivamente, después del discurso en contra de Régulo también Elvidio Prisco trató de acusar a Eprio Marcelo sin el cumplimiento de los requisitos de forma: *Tanto cum adsensu senatus auditus est Montanus, ut spem caperet Helvidius posse etiam Marcellum prosternei* (Tac. *hist.* 4.43). La razón de tal procedimiento ‘anómalo’ es debida al momento de transición vivido en el 70 d.C, después que fue obtenida la paz con Vespasiano como sucedió también al inicio del gobierno de Nerva con la muerte de Domiciano²⁷.

26 Según RUDICH, *o.c.* (n.6), pp. 204-205 en tal frase se encuentra indicada que la finalidad de la audiencia era la de perdonar a los *delatores* por un motivo de autoconservación de la misma asamblea, aceptándose la disculpa indicada por Curcio Montano, pero en el caso de Régulo no se podía aplicar tal presupuesto. No aceptamos su tesis porque, según nuestra opinión, la amnistía fue un evento premeditado con anticipación por Vespasiano, para salvarle la vida al hermano de Mesala y en este modo agradecerle por su importante participación para que obtuviera el poder, pero en total ignorancia de los *patres*; por ello, si la finalidad de los senadores hubiera sido la amnistía, no se habría podido explicar la razón por la que después del entusiasmo por la intervención de Curcio Montano se hubiera solicitado por Elvidio Prisco un proceso en contra de Eprio Marcelo.

27 Sobre el desarrollo de la *cognitio senatus* informa F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano, 1957, pp. 79-120 que presentada formalmente la acusación por medio de la *delatio*, esa debía ser aceptada por el magistrado. En las fuentes se encuentran documentados dos diferentes modos de proceder a esta *receptio inter reos*: algunas veces era discutida por todo el senado, otras veces el cónsul decidía por sí mismo sobre la admisión de la demanda. Como se verá más adelante, en el caso del *crimen maiestatis* en edad neroniana, la acusación se efectuaba por escrito y era el mismo *princeps* a decidir sobre la admisibilidad de la demanda. En tal proceso inquisitorio se procedía también gracias a la acusación de un privado; pero tal acusación revestía el carácter de una simple denuncia ya que el proceso daba lugar solo si el magistrado (en nuestro caso el príncipe), considerándola fundamentada, decidía de instaurar el juicio: en caso contrario, la acusación, por sí misma, no mete en camino el mecanismo de la persecución criminal, como indica en relación a las *cognitiones* B. SANTALUCCIA, «*Accusatio e inquisitio* nel processo penale romano di età imperiale», *Seminarios Complutenses de derecho romano* 14 (2002), pp. 179-194

Causa extrañeza que Régolo, con plena certeza que después de la caída de Nerón habría sido inculminado²⁸, no haya considerado tal circunstancia y haya encargado a un joven orador sin experiencia, para hacerse cargo de su defensa y evitar que la demanda hubiera sido considerada admisible (*receptio*): ¿Habría sido una estrategia para provocar *pietas*²⁹? Probablemente fue así, pero debemos recordar que Régolo había ya demostrado una grande inteligencia y difícilmente se habría quedado sin un plano de emergencia; queremos únicamente hacer notar que el hermanastro no se encontraba imprevisto como puede parecer, ya que había desempeñado un papel de protagonista entre el 68-69 d.C, visto que había obtenido el cargo de *tribunus militum, claris maioribus, egregius ipse et qui solus ad id bellum artes bonas attulisset* (Tac. *hist.* 3.9.3), comandante de la legión séptima Claudiana (una de las tres legiones de Mesia), pilar que permitió a Vespasiano de obtener el título de *princeps* (Tac. *hist.* 2.85).

Faltan noticias del padre de Régolo llamado *Aquilier*; sabemos únicamente que la madre contrajo un segundo matrimonio con un personaje de nobles orígenes (*Vipstanus Messalla*, cónsul sufecto en el 48 d.C. y descendiente del famoso militar y escritor de edad augustea *M. Valerius Messalla Corvinus*); sin embargo, un hombre perteneciente a la *nobilitas* como era el caso del padrastro de Régolo, ¿Se habría casado con una mujer divorciada o viuda que carecía de la misma *dignitas*, madre de un joven humilde? Tal hipótesis parece fuera de lugar, ya que, como comenta Fiori³⁰, ‘la preoccupazione dei romani è quella di bilanciare le *dignitates* dei soggetti coinvolti nel rapporto’. La madre de Régolo era una *clarissima femina* ya que el segundo marido era un *vir clarissimus*³¹, situación por la cual parece probable que el primer marido hubiera tenido la misma dignidad o al menos que formase parte de la clase ecuestre.

Si el padre de Régolo fue un *equester* debemos suponer que el abogado entró en la clase senatoria por concesión imperial gracias a su intervención como delator de Craxo y de Orfito; encontramos ejemplos en donde el *princeps* concedió tal privilegio a los acusadores de personajes de alto prestigio; como por ejemplo, cuando el caballero romano Ostorio Sabino, acusador de Sorano, obtuvo como premio un millón doscientos mil

28 Efectivamente, en el mismo texto en Tac. *hist.* 4.42 se menciona al final el hecho que después de la muerte de Nerón el senado decidió de punir a los delatores y a sus cómplices: *...nec iam ille senatus sumus, qui occiso Nerone delatores et ministros more maiorum puniendos flagitabat...*

29 No se puede excluir en su totalidad porque Régolo era un abogado y sabía que la tarea del orador es persuadir; la juventud del hermanastro habría inspirado piedad a los *patres*, influenciando la decisión a su propia ventaja, como indica Cicerón citado en Quint. *Inst. orat.* 2.15.5: *Cicero pluribus locis scripsit officium oratoris esse «dicere adposite ad persuadendum»* (Cicerón escribe en más de un texto que el trabajo del orador es «hablar en manera clara para persuader»).

30 R. FIORI, «La struttura del matrimonio romano», *BIDR* 105 (2011), p. 202.

31 Como se demuestra en D. 1.9.8 (Ulp. 6 *fideic.*): *Feminae nuptae clarissimis personis clarissimarum personarum appellatione continentur...* (las mujeres casadas con personas ‘clarísimas’ son consideradas también como ‘clarísimas’; D.1.9.1.1 (Ulp. 62 *ad edict.*): *Consulares autem feminas dicimus consularium uxores...* (llamamos mujeres consulares las esposas de los personajes consulares). Sobre el argumento F. NASTI, «Riflessioni sui matrimoni diseguali delle clarissimae feminae fra II e III sec. D.C.», en *Studi in Onore di L. Labruna*, 6, Napoli, 2007, p. 3739-3763.

HS y además el título de cuestor como se lee en Tac. *ann.* 16.33: ...*Ostorio duodecies et quaestoria insignia tribuuntur*. Tal tesis no encuentra confirmación en las fuentes; además que parece poco probable que Plinio, muy atento a destacar los aspectos negativos de Régolo, se hubiera olvidado de un dato tan importante que habría podido concederle al lector de su obra más elementos para causar desprecio hacia el acusador de Craxo y de Orfito. En conclusión, salvo prueba en contrario, resulta adecuado considerar que el padre de Régolo formara parte de la clase senatoria y que después hubiera caído en desgracia como veremos a continuación.

Gracias a la frase *te securum reliquerat exul*³² *pater et divisa inter creditores bona...* se puede comprender la razón por la que el padre de Régolo habría perdido su fortuna: había sido enviado en exilio y sus bienes fueron divididos entre los acreedores. Permanecen muchas dudas sobre el procedimiento por el que fue incriminado el padre de Régolo y sobretudo el periodo en que sucedió; podríamos considerar la hipótesis que *Aquiler* fue condenado antes que Nerón se convirtiera en príncipe (durante el gobierno de Calígula o de Claudio); en este modo sería posible encontrar respuesta al motivo por el que *Regulus*, antes de su actividad de delator, se encontraba en extrema pobreza.

Curcio Montano en la *oratio* en Tac. *hist.* 4.42 reprocha a Régolo su actividad de acusador de Craxo y de Orfito en este modo:

4.libidine sanguinis et hiatu praemiorum ignotum adhuc ingenium et nullis defensionibus expertum caede nobili imbuisti, cum ex funere rei publicae raptis consularibus spoliis, septuaginta sesterzio saginatus et sacerdotio fulgens innoxios pueros, inlustres senes, conspicuas feminas eadem ruina prosterneret, cum segnitiam Neronis incusares, quod per singulas domos seque et delatores fatigaret: posse universum senatum una voce subverti.

Nadie conocía de tu talento y tu no lo habías aplicado en alguna defensa procesal, tu quisiste ensuciarlo con sangre noble para satisfacerte de crimen y de dinero; tu robaste sobre la tumba de la república los restos consulares, te engordaste con siete millones de sestercios. Hiciste uso del prestigio de tu sacerdocio para llevar a la misma ruina jóvenes inocentes, viejos honorables, mujeres nobles. Llegaste a reprochar la lentitud de Nerón, que procediendo en contra de cada una de las familias, se cansaba el mismo y los delatores cuando con una sola palabra podía desmembrar el senado.

Que Régolo haya acusado a *Crassus* y *Orfitus* por deseo de sangre y hambre de premios que corresponden a siete millones de sestercios y que después se hubieran producido las consecuencias nefastas que le atribuye el orador, usando una elegante retórica que

32 El término *exsul* indica una condena al destierro después de un juicio criminal, como se demuestra en el caso de Nerón, que había desterrado a la primera esposa, Octavia, en la isla de Pandataria (Ventrene): ...*eaque sibi comperta edicto memorat insulaque Pandateria Octaviam claudit. Non alia exul visentium oculos maiore misericordia affecit...*

recuerda a Cicerón (*funus rei publicae*³³), lista para convencer a los senadores de la maldad de las acciones del joven cuestor, nos hace pensar que, probablemente tales actos no fueron realizados únicamente por razones económicas, si bien la indigencia en que se encontraba Régolo al inicio del principado de Nerón era seguramente una causa.

La razón de fondo por la que un joven al inicio del *cursus honorum* sin ninguna autoridad incrimina a dos importantes personajes se puede encontrar probablemente en la misma *oratio* de Curcio Montano, cuando declara «La sentencia de destierro en contra de tu padre fue ejecutada, tu Régolo, no fuiste incriminado, por esto podías estar tranquilo. Los bienes de tu padre fueron divididos entre los acreedores». Sobre este último punto debemos subrayar que antes de la edad trajanea los bienes de los desterrados venían confiscados por el fisco, como indica el mismo Trajano en un rescripto recordado en Pomp. 4 *ad Sab.* (D. 48.22.1): *Caput ex rescripto divi Traiani ad Didium Secundum: 'Scio relegatorum bona avaritia superiorum temporum fisco vindicata...'* (Capítulo del rescripto del divino Trajano a Didio Segundo 'Tengo noticias que por la avaricia de los tiempos pasados se reivindicaban para el fisco los bienes de los relegados...') pero de todos modos Régolo no se encontraba obligado frente a los acreedores del padre, ya que el patrimonio di *Aquilier* fue dividido entre ellos³⁴.

Si consideramos la hipótesis (difícil de probar) que los acusadores del padre fueron *Crassus* y *Orfitus* se presenta una explicación a la grave agresión de Régolo: sus denuncias no eran fundamentadas únicamente en su ambición, sino sobretudo eran ocasionadas por motivo del odio que tenía a los cónsules. Sobre ese punto Curcio Montano indica dos motivos de Régolo (*Libidine sanguinis et hiatu praemiorum*) pero, en relación al primo motivo, podemos preguntarnos si un hombre sediento de sangre no corresponda más que nada a una necesidad primaria de vengarse de una injusticia. Si

33 El conocimiento de Cicerón por parte del orador resulta evidente, como se encuentra demostrado en Quint. *inst. orat.* 2.5.16, los maestros de oratoria proponían a los discípulos la lectura de discursos de Cicerón y de Demóstenes. Quintiliano explica que Cicerón es muy claro y de gran interés para los principiantes en Quint. *inst. orat.* 2.5.20. Seguramente Curcio Montano, aprendiendo a memoria los textos de Cicerón, había asimilado su estilo, como sucedía normalmente en las escuelas de retórica (Quint. *inst. orat.* 2.8.3-4). Transcribimos el pasaje que consideramos más representativo de Cicerón sobre esta semejanza en Cic. *Dom.* 42: *...Video enim quosdam clarissimos viros, principes civitatis, aliquot locis iudicasse te cum plebe iure agere potuisses; qui etiam de me ipso, cum tua rogatione funere elatam rem publicam esse dicerent, tamen id funus, etsi miserum atque acerbum fuisset, iure indictum esse dicebant; quod de me civi ita de re publica merito tulisses, funus te indixisse rei publicae, quod salvis auspiciis tulisses, iure egisse dicebant...* (Me doy cuenta que algunos hombres muy prestigiosos, los primeros en la ciudad, en algunos lugares juzgaron que tu pudieras tratar legítimamente con los plebeyos; tales hombres y yo mismo, si bien afirmando que con tu solicitud se había llevado a la muerte la república, sin embargo tal funeral, triste y penoso, había sido establecido según las leyes; ellos decían también que con aquello que habías hecho respecto a mí y así en relación a la república, habías anunciado el funeral de la misma. Todo aquello que habías hecho, dejando salvados los auspicios, lo habías hecho según el derecho). Otros textos pueden ser consultados en la obra de B. WALTERS, *The Deaths of the Republic. Imagery of the Body Politic in Ciceronian Rome*, Oxford, 2020, p. 85.

34 Sobre el argumento ver: RUDICH, *o.c.* (n.6), p. 202.

fuera verdadera tal hipótesis, Vipstano Mesala en su discurso a defensa del hermanastro habría podido hablar de las desventuras pasadas por nuestro personaje después del destierro del padre, buscando así de causar pena (*commiseratio*) a los senadores y evitar en este modo que la denuncia fuera aceptada (*senatum remittere*), causando así menos odio, y, si bien, el hermanastro no pudiera negar las culpas de Régolo, al menos sus actos habrían aparecido menos graves o cometidos con una intención diferente, corregibles con el arrepentimiento, aplicándose un estratagema retórico recordado por Quintiliano³⁵.

Sólamente mediante nuestra tesis creemos que el hermanastro habría podido defender a un joven cruel, ambicioso y probablemente vengativo que obtuvo siete millones de sestercios como premio por sus actos infames, arruinando personas ilustres. Régolo se aprovecha del momento histórico en el que se encuentra, Nerón tiene una total desconfianza en los senadores que no se arrodillan a su despotismo después de la conjura de Pisón; pero debemos considerar además un hecho importante, en este periodo no bastaba una simple denuncia para hacer estallar la cólera del *princeps*, como se puede pensar. Para dar inicio a un proceso criminal se requería de una evaluación atenta de la acusación por parte del mismo Nerón, para determinar si, en su opinión, se debía proceder en contra de los imputados; así en el mismo texto se encuentra escrito que Curcio Montano dijo: *...cum segnitiem Neronis incusares, quod per singulas domos seque et delatores fatigaret: posse universum senatum una voce subverti*.

De esta frase se deduce que iniciar un proceso criminal por motivo de lesa majestad se requería antes que nada de un análisis profundo por parte del *princeps* de las pruebas presentadas por el acusador; por tal motivo Régolo se había quejado (*incusares*) de la lentitud (*segnitiem*) de Nerón, evidentemente porque antes que hubiera sido presentada la acusación (*delatio*) en senato, se necesitaba del permiso del príncipe para que fuera indagada la cuestión; además, se testifica en Tac. *hist.* 4.41 que en los archivos imperiales existían documentos mediante los cuales se podía conocer lo que cada acusador había tratado de incriminar³⁶. En este texto faltan elementos para reconstruir los procesos en contra de Craxo y Orfito, pero tenemos la narración de Tácito sobre el juicio en contra de Trasea Peto que será analizado en una ocasión posterior y que puede servir para reconstruir las fases del crimen de lesa majestad en edad neroniana.

35 Sobre este punto estamos transcribiendo un criterio retórico indicado por Quint. *inst. orat.* 4.1.45: *In iis, quae negari non potuerint, elaborandum, ut aut minora, quam dictum est, aut alia mente facta aut nihil ad praesentem quaestionem pertinere aut emendari posse paenitentia aut satis iam punita videantur...* (Respecto a las culpas de nuestro cliente que no podemos negar, debemos hacer en modo que parezcan menos graves de cuanto resulten efectivamente o cometidas con una intención diferente o extrañas al procedimiento en acto o corregibles con el arrepentimiento o bien ya suficientemente castigadas).

36 Así los senadores pidieron al hijo menor de Vespasiano de consultar los archivos imperiales, para conocer las acusaciones de los *delatores*, pero Domiciano respondió que por ser una cuestión de suma importancia se debía consultar al príncipe: *Consulendum tali super re principem respondit*.

Queremos transcribir la última parte de la *oratio* de Curcio Montano porque el orador, en su solicitud al senado de proceder con un juicio criminal en contra de Régolo, anticipa con mucha precisión aquello que sucederá en futuro:

5.«*retinete, patres conscripti, et reservate hominem tam expediti consilii, ut omnis aetas instructa sit, et quo modo senes nostri Marcellum, Crispum, iuvenes Regulum imitentur. invenit aemulos etiam infelix nequitia: quid si floreat vigeatque? et quem adhuc quaestorium offendere non audemus, praetorium et consularem visuri sumus? an Neronem extremum dominorum putatis? idem crediderant, qui Tiberio, qui Gaio superstites fuerunt, cum interim instabilior et saevior exortus est. non timemus Vespasianum: ea principis aetas, ea moderatio; sed diutius durant exempla quam imperatores. elanguimus, patres conscripti, nec iam ille senatus sumus, qui occiso Nerone delatores et ministros more maiorum puniendos flagitabat. optimus est post malum principem dies primus*».

Senadores, consideren si ustedes deben estimar a un hombre capaz de realizar planes que sirvan de lección para que personas de todas las edades aprendan de él como hicieron los ancianos al imitar a Marcelo o a Crispo, en modo que Régolo sirva como modelo a los jóvenes. Si la maldad encuentra seguidores aunque no produzca éxitos felices imagínense cuando prospera y triunfa. Y si no tenemos el interés de procesarlo ahora que apenas tiene el título de cuestor ¿Lo procesaremos cuando llegará a obtener el título de pretor o de cónsul? ¿Piensan ustedes que Nerón será el último de los tiranos? Tal situación fue creída por los que sobrevivieron a Tiberio y Calígula, hasta que no llegó al poder uno todavía más detestable y cruel. Nosotros no tememos a Vespasiano por motivo de su edad y su prudencia, pero los ejemplos tienen una vida más amplia de la buena conducta de un príncipe. Nosotros estamos perdiendo la fuerza, senadores, ya no somos aquel senado que después de la muerte de Nerón exigía de castigar a los delatores y a sus cómplices según los principios de los antepasados. Cuando concluye su gobierno un príncipe malvado el primer día después de su caída resulta ser el más bello.

El orador después de haber indicado todos los elementos necesarios para iniciar el juicio en contra de Régolo invita a los senadores a decidir respecto a su solicitud, usando los términos '*Retinete, patres conscripti*' para considerar la denuncia admisible (*receptio*) y evitar que el imputado pueda ser considerado un modelo para las nuevas generaciones, haciendo una comparación³⁷ entre el presente y el futuro: mientras las personas mayores (*senes*) tienen como modelos a Eprio Marcelo (considerado por Tácito un hombre de espinosa elocuencia en Tac. *ann.* 16.22 y uno de los acusadores de Trasea Peto) y Vibio Crispo³⁸, delatores que en el tiempo de Nerón se convirtieron en cónsules gracias a su astucia malsana, según Curcio Montano, pero que representan

37 'A piece of rhetorical sarcasm' según RUDICH, *o.c.* (n.6), p. 205.

38 Crispo había conservado la misma conducta reproachable de Eprio Marcelo bajo el gobierno de Nerón, situación por la que fue acusado (Tac. *hist.* 4.43); tenemos noticias que siguió en vida y desempeñando su papel también en el periodo de Domiciano Svet. *Dom.* 3.1.

seguramente, bien o mal, ejemplos de éxito personal gracias a la oratoria³⁹, los jóvenes (*iuvenes*), encuentran en Régolo un modelo de inspiración. Posteriormente Curcio Montano incorpora una frase sobre la maldad (*nequitia*) y, mediante una pregunta claramente retórica, concentrándose de nuevo en Régolo, considera lo que seguramente sucederá en el futuro en edad de Domiciano: el joven cuestor llegará al más alto nivel del *cursus honorum* gracias a la oratoria⁴⁰, como sucedió a los cónsules Marcelo Eprio y Vibio Crispo (*Et quem adhuc quaestorium offendere non audemus, praetorium et consularem ausuri sumus?*).

Curcio Montano reconoce que después de Nerón es posible que nuevos príncipes tiranos tomen el poder, como sucedió en pasado con Tiberio y Calígula. En tal nueva realidad Régolo podrá convertirse en un hombre potente. El orador, con la finalidad de sensibilizar al auditorio, indica que en el presente momento histórico los senadores no temen a Vespasiano por motivo de su edad (que le daría sabiduría) y de su moderación y después afirma la frase *sed diutius durant exempla quam imperatores*. Probablemente el orador quiere indicar en ella que los modelos de virtud permanecen en el tiempo y sobrepasan la vida de los mismos príncipes. Curcio Montano exhorta a los senadores a evitar de perder tiempo (*elanguimus*) y llevar acabo aquello que el senado decidió después de la muerte de Nerón, punir a los acusadores (*delatores*) y a sus cómplices de acuerdo a las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*).

La *oratio* se concluye con un epifonema que sirve como resumen del discurso en modo decisivo⁴¹: después que un príncipe déspota termina su gobierno, el día más bello será el primero, porque después del ocaso de la anterior tiranía inicia una nueva era (*Optimus est post malum principem dies primus*).

39 Parece que la opinión de Curcio Montano sobre Marcelo Eprio y Vibio Crispo no fue aceptada por Tácito, como demuestra Tac. *dial.* 8: *...Nam quo sordidius et abiectius nati sunt quoque notabilior paupertas et angustiae rerum nascentes eos circumsteterunt, eo clariora et ad demonstrandam oratoriae eloquentiae utilitatem illustriora exempla sunt...* (Ciertamente mientras más sórdido y difícil fue el origen de aquellos, mientras más evidentes son la pobreza y sus limitaciones que les estuvieron alrededor de su nacimiento, resultan más los ejemplos luminosos e idóneos para demostrar la utilidad de la auténtica oratoria).

40 En este sentido SYME 2, *o.c.* (n.6), p. 827; diferentemente SHERWIN-WHITE, *o.c.* (n.7) p. 94 considera que Régolo llegó a obtener únicamente la pretura y que siguió desempeñando tal cargo en edad de Trajano como se observa en el proceso en contra de Mario Prisco en Plin. *ep.* 11.11.22. Personalmente no vemos la razón por la que en tal sesión del senado su intervención hubiera tenido que ser en un papel de pretor y no de ex cónsul sufecto; nuestra posición parece encontrar confirmación en la parte del texto en donde se mencionan a los senadores de rango consular, Cornuto Tértulo realiza una propuesta de condena en contra de Mario, especificándose después que Régolo la habría aceptado no obstante que la sugerencia anterior de Régolo ya había sido aceptada por Pompeio Colega (Plin. *ep.* 2.2.20): *Adsen-serunt consules designati, omnes etiam consulares usque ad Pompeium Collegam*.

41 Resulta difícil de aceptar la posición de RUDICH, *o.c.* (n.6), p. 205, que Curcio Montano reconozca en la presente frase una derrota 'an implicit acknowledgement of defeat', al contrario, el senador propone evitar la repetición en el futuro de lo que sucedió en edad de Nerón.

Parece que la demanda efectivamente fue aceptada en senado porque se dice en Tac. *hist.* 4.43: *Tanto cum adsensu senatus auditus est Montanus, ut spem caperet Helvidius posse etiam Marcellum prosterni...* (Las palabras de Curcio Montano recibieron tanta aprobación en el senado que Elvidio consideró que era el momento oportuno para solicitar que fuera procesado Eprio Marcelo). La aceptación de iniciar un proceso en contra de Régolo causó tal entusiasmo que Elvidio Prisco propuso de iniciar un proceso en contra del cónsul del 62 d.C. Eprio Marcelo⁴², delator de Trasea Peto (procedimiento que trataremos en otra ocasión).

La sesión del senado se interrumpió porque los senadores no se encontraron de acuerdo respecto a la *receptio* de la demanda en contra de Eprio Marcelo y en la siguiente reunión, en donde se habría debido discutir todavía sobre la propuesta y probablemente decidir la condena en contra de Régolo, sucede algo que a nuestro parecer ya estaba premeditado para salvarle la vida y evitar además de seguir el debate en contra de Eprio Marcelo. Tomó la palabra Domiciano en su papel de pretor urbano, hijo menor de Vespasiano, un joven que en las primeras ocasiones en que se presentó al senado se sonrojaba por la timidez⁴³. El César propuso una amnistía de carácter general, como se encuentra indicado en Tac. *hist.* 4.44: *Proximo senatu inchoante Caesare de abolendo dolore iraue et priorum temporum necessitatibus...* (en la siguiente sesión del senado Domiciano tomó la palabra indicando que sería conveniente de eliminar el dolor, la ira y las consecuencias de los tiempos pasados).

Régolo ya no tiene nada que temer, Domiciano lo salvó de una condena segura y bajo su gobierno el joven cuestor podrá brillar con luz propia gracias a sus dotes de orador, como sucedió también a Marcelo Eprio y a Vibio Crispo.

4. CONCLUSIONES

La epístula pliniana en su § 1 indica, como vimos, las actividades infamantes de Régolo bajo el gobierno de Nerón, pero sin que existan datos con los que se puedan recons-

42 *T. Clodius Eprius Marcellus* nació en Capua provenía de una familia humilde pero gracias a sus conocimientos de oratoria obtuvo un patrimonio de doscientos millones de sestercios (Tac. *Dial.* 8), fue pretor peregrino en el 48 d.C., después que Silano se vió obligado a abandonar el cargo (Tac. *ann.* 12.4). Fue gobernador de Licia y Panfilia al sur de la península anatólica (entre el 53-56 d.C.), acusado por los Licios por corrupción en el 57 d.C., pero fue absuelto (Tac. *ann.* 13.33). Llegó al consulado por la primera vez en el 62 d.C. y una segunda ocasión en el 74 d.C., Elvidio Prisco trató de incriminarlo por su actividad de acusador de Trasea Peto (Tac. *hist.* 4.6), pero sin éxito (Tac. *hist.* 4.43). Fue procónsul en Asia en los años 70-73 d.C. y amigo de Vespasiano. En el 79 d.C. participó a una conjura en contra del príncipe junto a Aulo Cecina Alieno y después de haber sido condenado por el senado se mató con una navaja (Dio Cass. 65.16.3-4). Sobre el argumento A. KAPPELMACHER, «S.V. T. Clodius Eprius Marcellus», *RE VI-1*(1907), pp. 261-264; GROAG, «T. Clodius Eprius Marcellus», *Prosopographia imperii romani*, III, Berlin-Lipsia, 1943, pp. 82-84.

43 Tac. *hist.* 4.40: *Quo die senatum ingressus est Domitianus, de absentia patris fratrisque ac iuventa sua pauca et modica disseruit, decorus habitu; et ignotis adhuc moribus crebra oris confusio pro modestia accipiebatur...*

truir los procedimientos en contra de Craxo y Orfito; únicamente queremos subrayar un aspecto que no puede pasar inobservado en el pasaje, objeto de nuestra investigación, y que indica una primera diferencia de perspectiva entre la edad neroniana y la domicianea respecto al proceso criminal. Plinio afirma que las infamias de Régolo en edad domicianea no fueron menores a las cometidas bajo Nerón, sino únicamente más escondidas (*sed tectiora*); tal afirmación debería significar que, mientras en los procesos en contra de Craxo y Orfito su actividad de delator era más evidente, bajo Domiciano existió alguna diferencia respecto al periodo anterior que no habría permitido a Régolo de actuar en el proceso directamente en contra del imputado. Probablemente la explicación se encuentra en Tac. *Agric.*41:

Crebro per eos dies apud Domitianum absens accusatus, absens absolutus est. Causa periculi non crimen ullum aut querela laesi cuiusquam, sed infensus virtutibus princeps...

En aquel periodo, mientras Agricola se encontraba ausente fue muchas veces acusado frente a Domiciano. Y no obstante su ausencia fue absuelto. La causa por la que fue procesado no era un crimen cometido por él o la denuncia de alguien ofendido por sus actos, sino el mismo príncipe hostil al mérito ajeno...

El texto se refiere al periodo en que Julio Agrícola combatía en contra de los británicos como legado imperial (77-85 d.C.) y, según la indicación de Tácito, Agrícola, encontrándose ausente de Roma, habría sido frecuentemente (*crebro*) acusado frente a Domiciano y, no obstante su ausencia, habría sido absuelto. Tal frase debería significar que la acusación de los delatores debería ser realizada frente a Domiciano, pero a meterlo en *periculum* (procesado por un crimen) no serían los acusadores que denunciaban por motivo del *crimen* o la parte afectada por motivo de una querella, sino el mismo príncipe ostil a cualquier tipo de mérito ajeno (*sed infensus virtutibus princeps*). Tal dato demuestra una clara diferencia respecto al edad neroniana porque, como indicamos *supra*, en tal momento histórico se necesitaba antes que nada de un análisis profundo por parte del *princeps* de las pruebas presentadas por el acusador como en edad domicianea, pero habría sido el mismo acusador, con la autorización del príncipe, a iniciar el proceso criminal en el senado. Considerando tal criterio, se puede explicar porque Régolo actuó en edad domicianea con las mismas infamias que en edad neroniana, pero en modo menos evidente: el juicio en contra de Junio Aruleno Rustico formalmente había sido iniciada por el *princeps* y no por Régolo.

Dijimos que no tenemos noticias respecto a los procesos en contra de Craxo y Orfito, únicamente existe un dato impreciso en Svet. 37 (y sin indicarse su nombre en Dio Cass. 62.27.1) según el cual Salvidieno Orfito habría sido acusado por haber alquilado tres bodegas (*tabernae*) de la propia casa cerca del foro a los representantes de la ciudad, como lugar de convenios (...*Salvidieno Orfito obiectum est quod tabernas tres de domo sua circa forum civitatibus ad stationem locasset...*); por esto, para reconstruir el *crimen maiestatis* en edad neroniana, debemos analizar otros procesos que encuen-

tren en las fuentes más datos sobre el propio desarrollo, tarea que realizaremos más adelante.

5. FUENTES DE CONSULTA

Plinio

Epistulae

1.5.1-3,15

6.2.2

9.13.2

9.13.4,7

10.82(86).1

Panegiricus

42.1

Quintiliano

Inst. orat.

1.6.31

2.5.16

2.5.20

2.8.3-4

2.15.5

3.6.20

4.1.38

4.1.45

Ps. Quint. Decl. Mai.

12

Tácito

Agric.

41

Annales

12.4

12.8

13.52

14.3-8

14.12
14.48.2
14.57
14.60
16.21-35

Dial.

8
15

Hist.

2.85
3.9.3
3.25
3.28
4.41
4.42
4.43

Bibliografía

- DE MARINI AVONZO F, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano, 1957.
- FANIZZA L, *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, Roma, 1988.
- FIORI R, «La struttura del matrimonio romano», *BIDR* 105 (2011), pp. 197-233.
- GONZÁLEZ ROLDÁN Y, *Il diritto ereditario in età adrianea. Legislazione imperiale e senatus consulta*, Bari, 2014.
- HEURGON J, «Les sortilèges d'un avocat sous Trajan», *Hommages à Marcel Renard*, I, Bruxelles, 1969, pp. 443-448.
- NASTI F, «Riflessioni sui matrimoni diseguali delle clarissimae feminae fra II e III sec. D.C.», en *Studi in Onore di L. Labruna*, 6, Napoli, 2007, p. 3739-3763.
- RUDICH V, *Political dissidence under Nero. The price of dissimulation*, London-New York, 1993.
- SANTALUCIA B, «Accusatio e inquisitio nel processo penale romano di età imperiale», *Seminarios Complutenses de derecho romano* 14 (2002), pp. 179-194.
- SHERWIN-WHITE A.N, *The Letters of Pliny*, Oxford, 1966.
- SYME R, *Tacitus*, 1, Oxford, 1958.
- TALBERT R.J.A, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton, 1984.
- WALTERS B, *The Deaths of the Republic. Imagery of the Body Politic in Ciceronian Rome*, Oxford, 2020.

¿DISUASIÓN O DECEPCIÓN? LA PREVENCIÓN DE LOS DELITOS INTERNACIONALES EN MÉXICO.

MIRIAM HEREDIA ZERTUCHE¹

RESUMEN: El Estado mexicano, a pesar de contar con la obligación internacional de prevenir la comisión de delitos internacionales, no ha desplegado las acciones legislativas, institucionales y presupuestarias necesarias para disuadir su comisión bajo criterios de debida diligencia. Este artículo retoma los fundamentos y particularidades del derecho penal internacional, con la finalidad de conceptualizar la dimensión y alcance del concepto de jurisdicción de los Estados para prescribir y sancionar delitos, así como del principio de legalidad penal. Posteriormente, se expondrá lo que debemos entender como disuasión y prevención en el ámbito penal internacional, así como la importancia del uso de indicadores de alerta temprana para tal efecto. Por último, dichos estándares e indicadores son aplicados al caso mexicano.

PALABRAS CLAVE: delitos internacionales, disuasión, prevención, derecho penal internacional.

SUMARIO: 1. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. 1.1. Jurisdicción. 1.1.1. Jurisdicción prescriptiva o legislativa. 1.1.2. Jurisdicción coercitiva. 1.2. Principio de legalidad. 2. DISUASIÓN Y PREVENCIÓN DE LOS DELITOS INTERNACIONALES. 2.1. Indicadores de alerta temprana. 3. PANORAMA EN MÉXICO. 3.1. Jurisdicción prescriptiva. 3.2. Jurisdicción coercitiva. 3.3. Indicadores de alerta temprana. 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Si bien la concepción del derecho penal internacional y su consolidación como disciplina propia no ha estado libre de debates y controversias², hoy no existe duda de su existencia como una disciplina que cuenta con normas y principios propios; mismos que observan un desarrollo lento, gradual y complejo.

Definimos al derecho penal internacional como el cuerpo de normas designadas para prescribir ciertas categorías de conducta (crímenes de guerra, crímenes de lesa hu-

1 Maestra en Administración Pública por la Escuela de Gobierno John F. Kennedy de la Universidad de Harvard.

2 Como expone la Dra. Concepción Escobar, Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas (2017-2021): “A pesar de que la creación de un auténtico Sistema de Justicia Penal Internacional encierra un número no desdeñable de problemas, los logros han sido sumamente significativos durante la última década del siglo XX y la primera del siglo XXI. Lo que permite hablar de un Sistema de Justicia Penal Internacional emergente.” Escobar Hernández, Concepción. “Construyendo un Sistema de Justicia Penal Internacional: desarrollos recientes”, en: *Curso de Derecho Internacional*, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIX_curso_derecho_internacional_2012_Concepcion_Escobar_Hernandez.pdf, consultado el 21 de junio de 2021.

manidad, genocidio, tortura y agresión) con la finalidad de hacer penalmente responsables a las personas que las cometan (parte sustantiva)³. Tales reglas establecen la obligación de los Estados para procesar y castigar dichas conductas criminales. De igual forma, las reglas en comento regulan los procedimientos a seguir por las cortes internacionales (parte adjetiva).

El hecho de que en un principio: i) se concibieron dichas infracciones de carácter estatal y no individual, ii) que no existían especificaciones subjetivas y objetivas para cometer dichas conductas sancionadas por la costumbre internacional, y iii) que la mayoría de las conductas fueron procesadas ante tribunales locales, dificultó significativamente la consolidación de un sistema jurídico propio, es decir, uno con procripciones sustantivas y adjetivas coherentes. Por ello, en muchos casos conocidos por tribunales internacionales se ha exacerbado la dependencia al derecho consuetudinario o principios generales del derecho⁴.

Cabe recordar que el derecho penal internacional es una disciplina que pertenece al derecho internacional público, por lo que las reglas de éste emanan de las mismas fuentes (tratados, costumbre internacional, principios generales del derecho de las “naciones civilizadas” (*sic*), decisiones judiciales y doctrina⁵). Empero, como observaremos a continuación, dentro de su estudio deben quedarnos claras las particularidades y retos propios del derecho penal internacional. En este sentido es necesario familiarizarnos con las reglas internacionales sobre la jurisdicción en el contexto penal.

1.1. Jurisdicción

La jurisdicción es un atributo de la soberanía de los Estados, por lo que debemos remontarnos al concepto de soberanía. Como ya ha sido afirmado *ad nauseam*, la soberanía constituye el principio más importante del derecho internacional público, toda vez que se trata del punto de partida las relaciones internacionales.

La conceptualización internacional de la soberanía arroja tres aspectos fundamentales: i) el externo, que constituye el derecho del Estado de determinar libremente las relaciones con otros Estados, o entidades sin restricción o control por parte de otros, ii) el interno, que consiste en el derecho o la competencia exclusiva del Estado para determinar sus instituciones, promulgar sus leyes e implementar lo necesario para su funcionamiento, y iii) el territorial, el cual consiste en la autoridad completa y exclu-

3 Cassese, Antonio y Gaeta, Paola *et al*, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, Third Edition, Oxford University Press, 2013, p.3.

4 *Ibidem*, p. 4.

5 Como sabemos, las fuentes del Derecho Internacional Público se encuentran enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Al efecto, cabe destacarse que, si bien se ha discutido sobre su posible jerarquía (fuentes primarias y secundarias), los alcances en la última década dentro de las disciplinas de la protección internacional de la persona humana han puesto de manifiesto la importancia de las decisiones judiciales y la doctrina.

siva que un Estado ejerce sobre todas las personas y cosas que se encuentren, dentro, debajo o por encima de su territorio⁶.

Del concepto de soberanía derivan otros principios fundamentales del derecho internacional, como lo son el de la igualdad de los Estados y el deber de abstenerse de interferir en los asuntos exteriores e internos de otros Estados que igualmente sean soberanos. Estos principios constituyen en realidad derechos y deberes de los Estados en un sentido amplio, ya que los derechos de un Estado no constituyen otra cosa que las restricciones que tiene sobre otros que gozan de la misma calidad.

En este sentido, el derecho más importante en relación con el contexto penal es el que tiene cada Estado de ejercer jurisdicción sobre su territorio y todas las personas y cosas que se encuentren dentro de él. Este derecho a la jurisdicción exclusiva es una consecuencia directa del deber de los Estados de abstenerse de ejercer su jurisdicción en el territorio del otro Estado, excepto claro, cuando la misma se ejerza con su consentimiento⁷. De hecho, el artículo 2 (7) de la Carta de Naciones Unidas –aunque de manera imperfecta– refleja dicho derecho/principio al estipular que ninguna disposición puede entenderse como una autorización a las Naciones Unidas para intervenir en asuntos que corresponden esencialmente a la jurisdicción interna de los Estados⁸.

Empero, en virtud del carácter dinámico del derecho internacional público, hoy en día no podría afirmarse que la Carta de San Francisco o bien, el derecho consuetudinario reconoce a la soberanía de los Estados de manera absoluta, si no que el mismo impone limitaciones a la misma, principalmente, en virtud de lo prescrito por los tratados internacionales celebrados. Y, por ende, las obligaciones que deben ser cumplidas.

Expuesto lo anterior podemos definir la jurisdicción como “el conjunto de atribuciones que tiene el Estado para ejercerlas por conducto de alguno de sus órganos o por medio de árbitros, con aplicación de normas jurídicas generales e individualizadas a los diversos actos y hechos que se susciten con motivo del planteamiento de posiciones concretas en controversia”⁹. De ello, surgen tres dimensiones específicas relevantes. La jurisdicción para: i) prescribir, ii) adjudicar y iii) hacer cumplir o aplicar¹⁰.

La jurisdicción para prescribir (o legislativa) se refiere a la potestad del Estado para establecer la aplicabilidad de sus normas a ciertas personas y propiedades, sin importar si se trata de un acto materialmente legislativo. La de adjudicar, algunas veces llamada judicial, se refiere a la autoridad del Estado para llevar a cabo procedimientos judiciales

6 Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, Decimotercera reimpresión, 2012, pp. 264-266.

7 Sorensen, Max, *op. cit.*, p. 266.

8 *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco, 26 de junio de 1945, Serie de Tratados de Naciones Unidas, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>, consultado el 23 de junio 2021.

9 Arellano, Carlos, *Teoría general del proceso*, México, 3ª edición, Porrúa, 1989, p. 341.

10 O’Keefe, Roger, *International Criminal Law*, Oxford, The Oxford International Law Library, 2015, p. 4.

respecto a las personas o propiedad. Y, por último, la jurisdicción para hacer cumplir la ley constituye la potestad que tienen los Estados para ejercitar todas sus atribuciones coercitivas, ya sea a través de organizaciones policiales o tribunales¹¹. Cabe resaltar, que cuando hablemos de jurisdicción, no debe confundirse con la noción de competencia¹².

Consecuentemente, en el contexto penal podemos definir a la jurisdicción para prescribir como la autoridad estatal para determinar ciertas conductas como delitos y a la jurisdicción para aplicar la ley como la potestad de los Estados para detener, arrestar, imponer medidas cautelares y privar a personas de la libertad para prevenir o reprimir la comisión de un delito, es decir, ejercitar las medidas de persecución y judiciales propias de los sistemas de justicia penal.

Debemos subrayar que no siempre un tipo de jurisdicción va de la mano de la otra. Por ejemplo, un Estado –como sujeto de derecho internacional y ficción jurídica– tiene libertad de legislar ciertas conductas como delitos, pero no puede ejercitar actos de arresto o investigación si la persona imputada se encuentra en otro Estado. Para ello, los Estados han firmado tratados bilaterales o acuerdos para establecer las pautas comunes que deberán seguir para ejercer una jurisdicción especial respecto de una conducta delictiva. Luego entonces, es común que dos o más Estados tengan jurisdicción concurrente para prescribir conductas delictivas en relación con la misma ofensa o hecho, pero cuál Estado terminará por ejercer su jurisdicción coercitiva o para aplicar la ley dependerá de factores adicionales.

Bajo la costumbre internacional, la potestad legislativa para prescribir conductas es permisiva y no obligatoria, sin embargo, las convenciones penales internacionales obligan a los Estados Parte a otorgar competencia sobre dichos crímenes a sus cortes nacionales de conformidad con ciertas reglas procesales.

1.1.1. Jurisdicción prescriptiva o legislativa

Los principios internacionalmente reconocidos para ejercer la jurisdicción legislativa son: territorialidad, nacionalidad, personalidad pasiva y de protección¹³. El principio de territorialidad es la premisa fundamental reconocida por todos los Estados y que no se encuentra supeditada a ninguna norma permisiva¹⁴. Un Estado cuenta con todas facultades para legislar respecto de las conductas delictivas que se comentan en su territorio, como veremos a continuación, esto es particularmente relevante en el contexto penal.

11 *Idem.*

12 La competencia es lo que conocemos como *ratione loci*, *ratione personae* y *ratione materiae* en el derecho nacional.

13 O'Keefe, Roger, *op. cit.*, pp. 8-12. Es necesario hacer referencia a que existen bases sui generis para establecer dicha jurisdicción en alta mar, en aeronaves y a veteranos de las fuerzas armadas. Asimismo, la doctrina de los efectos de los crímenes y la residencia, se encuentran en discusión ya que no existe consenso aún. Véase también pp. 14-17 de dicha obra.

14 *Ibidem*, p. 9.

Por lo que concierne al nexo jurisdiccional que se desprende de la nacionalidad de la persona¹⁵ al momento de cometer una conducta criminal, podemos diferenciar entre los países de tradición jurídica del *Common Law* y romano germánica, ya que en gran medida se ejerce de conformidad con las disposiciones que indique el derecho nacional correspondiente. Los primeros no tienden a considerarla como una base general y los segundos sí.

Si bien es cierto que el principio de personalidad pasiva fue disputado en un inicio, ahora podemos decir que el mismo ha encontrado poca resistencia por parte de los Estados¹⁶. Dicho principio prescribe que un Estado puede ejercer jurisdicción legislativa sobre delitos cometidos por extranjeros si el sujeto pasivo es uno de sus nacionales. Esta es una forma permitida de ejercer jurisdicción extraterritorialmente. De hecho, el artículo 90(6)(b) del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional determina la nacionalidad de la víctima como una base aceptada para ejercer jurisdicción nacional, al igual que las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU 1816 y 1846 del 2008 y la reglamentación 2000/15 de la Administración de Transición de las Naciones Unidas para Timor Oriental¹⁷.

Por último, el principio de protección –comúnmente confundido con el de territorialidad¹⁸– es una forma de ejercer jurisdicción extraterritorial cuando un extranjero cometa una conducta delictiva que ponga en riesgo los valores o intereses fundamentales de un Estado. Tradicionalmente un ejemplo de dicha práctica la podemos encontrar en casos de falsificación de moneda cometida por un extranjero que opere fuera de su territorio. Este principio podría desarrollarse y ampliarse en próximos años en relación con conductas terroristas¹⁹.

Definido lo anterior, en este punto resulta relevante señalar que el principio de jurisdicción universal lo podemos entender como la jurisdicción legislativa respecto de delitos cometidos extraterritorialmente por extranjeros en contra de extranjeros, en donde la conducta no representa una amenaza para los valores fundamentales del Estado que ejerce su jurisdicción prescriptiva y no tiene efecto alguno en dicho territorio. Es decir, podemos conceptualizarla como una jurisdicción residual ejercida en casos en los que

15 Para examinar la jurisdicción para prescribir *inter alia* respecto de empresas y corporaciones, el nexo de jurisdicción se finca de conformidad con las leyes del Estado al que se incorporaron. Véase en el contexto de protección diplomática: *Barcelona Traction, Light and Power Co (Belgium v Spain)*, *Second Phase*, ICJ Rep, 1970, p. 70 y también *Los artículos de protección diplomática de la Comisión de Derecho Internacional* GA resolución 62/67 del 6 de diciembre de 2007.

16 Consúltese la opinión disidente conjunta de los jueces Higgins, Kooijimas y Buergenthal en *Arrest Warrant*, párr. 47, pp. 76 y 77. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-05-EN.pdf>, consultado el 1 de julio de 2021.

17 *Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences*, Sección 2.2 inciso c) de la Reglamentación, <https://www.legal-tools.org/doc/c082f8/pdf/>, consultado el 2 de julio de 2021.

18 Dondé Matute, Javier, *Derecho penal internacional*, México, Oxford University Press, 2008., p.111.

19 O'Keefe, Roger, *op. cit.*, p 12.

no se pueden circunscribir a los principios internacionalmente reconocidos²⁰. La costumbre internacional ha reconocido este tipo de jurisdicción respecto de los crímenes de piratería *jure gentium*²¹, tráfico de esclavos y crímenes cometidos bajo lo dispuesto en el derecho consuetudinario. Los crímenes determinados por el derecho consuetudinario son por definición de jurisdicción prescriptiva universal, es decir, no importa en dónde, ni por quién sean cometidos o en contra de quién, sin tomar en consideración que ponga en peligro ciertos valores fundamentales de un Estado determinado. Bajo el derecho consuetudinario, la práctica internacional actual de los Estados y la *opinio juris*, consideramos que puede afirmarse claramente que los Estados cuentan con jurisdicción permisiva para legislar sobre crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio.

1.1.2. Jurisdicción coercitiva

Este tipo de jurisdicción se refiere a la potestad de los Estados bajo el derecho internacional para ejercitar funciones de investigación, hacer cumplir la ley, o de custodia, a través de fuerzas de seguridad o tribunales y todas aquellas que se relacionen con funciones ejecutivas dentro de un contexto penal. La regla general del derecho consuetudinario internacional es que los Estados no pueden ejercitar sus potestades coercitivas en el territorio de otro Estado y sus correspondientes mar territorial y espacio aéreo. Dicha limitación axiomática se encuentra establecida en el caso “*SS Lotus*” de la Corte Permanente de Justicia Internacional²². Dicha regla general fue reiterada como punto cardinal en las opiniones disidentes conjuntas en “*Arrest Warrant*”²³.

20 *Ibidem.*, p 17.

21 La definición del delito de piratería bajo el auspicio de la costumbre internacional moderna se considera armonizado con lo dispuesto en el artículo 101 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, que al efecto dice: “Constituye piratería cualquiera de los actos siguientes: a) Todo acto ilegal de violencia o de detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada y dirigidos: i) Contra un buque o una aeronave en la alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos; ii) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado; b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata; c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el apartado b) o facilitarlos intencionalmente.”, https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf, consultado el 18 de junio de 2021.

22 “Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that-failing the existence of a permissive rule to the contrary-it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention”. El texto subrayado es propio. *Vid. France v Turkey*, Judgment No 9, PCIJ Series A No 10, pp. 18 y 19, https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf, consultado el 5 de julio de 2021.

23 *ICJ, Cases, Arrest Warrant of 11 April 2000*, Democratic Republic of the Congo v. Belgium, Separate Opinion of President Guillaume, pár.4, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans, and Buergenthal pár. 54, y Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Van Den Wyngaert, pár 49.

Entonces, a menos de que exista una regla permisiva ya sea por conducto de la costumbre internacional o convencional, la jurisdicción coercitiva la detentan los Estados dentro de su territorio de manera exclusiva. Las funciones jurisdiccionales del contexto penal las debemos asumir dentro de esta dimensión de jurisdicción. Por consiguiente, la excepción a dicha regla es cuando los Estados deciden de manera soberana ceder esa jurisdicción a un determinado Estado. Dicha potestad debe establecerse a través de medios convencionales o acuerdos interinstitucionales, misma que debe traducirse en un ejercicio soberano legítimo y alineado con el derecho internacional.

Un ejemplo de dicho ejercicio es el consentimiento vertido por los Estados en el Convenio para la aplicación del Acuerdo *Schengen* de 1990. Sus artículos 40 y 41 (1) proveen una potestad limitada y condicionada de la policía para realizar investigaciones, así como la regla permisiva para realizar persecuciones en ciertos supuestos²⁴.

Otra de las excepciones a dicho principio se materializa debido a una regla del derecho internacional consuetudinario de los conflictos armados. Las fuerzas militares de un Estado que se encuentren interviniendo en un conflicto armado internacional en el territorio de otro Estado pueden detener, capturar o mantener en su custodia, hasta en tanto el conflicto cese, a combatientes enemigos y civiles que participen directamente en las hostilidades. Incluso se permite que el Estado que custodie pueda juzgar a dichos prisioneros, no importando donde hayan sido capturados, por los delitos en que el derecho internacional haya permitido ejercer jurisdicción prescriptiva. Las reglas que han codificado lo anterior se encuentran establecidas en los Convenios de Ginebra III y IV²⁵, por lo que se sobreentiende que sean compatibles con el derecho consuetudinario.

De lo anteriormente expuesto, podemos observar entonces que las reglas internacionales respecto de jurisdicción en materia penal no son difíciles de entender, bajo la especificación de que existen ciertas distinciones, siendo la más notable, la jurisdicción para legislar y la jurisdicción para hacer cumplir la ley.

1.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad²⁶ –comúnmente referido en la máxima del latín *nullum crimen nulla poena sine lege*– en el contexto penal constituye una de sus piedras angu-

24 De igual forma podemos ejemplificar el artículo 17 del Segundo Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal del 2001, relativo a las disposiciones de vigilancia transfronteriza.

25 Véase el artículo 85 del III Convenio de Ginebra relativo al trato debido de prisioneros de guerra de 1949 y particularmente los artículos 64, 66, 68, 70, 76 y 77 del IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida de personas civiles en tiempos de guerra. Respecto al derecho consuetudinario internacional consúltese cómo se desprende en el artículo 43 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre anexo de la Cuarta Convención de la Haya de 1907.

26 El principio de legalidad general lo podemos encontrar establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 7o.), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

lares, por lo que es necesario exponer su articulación específica en el derecho penal internacional.

Primeramente, es importante mencionar que el principio de legalidad no es aplicado de manera uniforme por todos los países. Recordando que el derecho penal internacional se ha nutrido principalmente por naciones de tradición romano-germánica y de *Common Law*, podemos observar la aplicación de distintas doctrinas (estricta legalidad y sustancialismo penal) de conformidad con sus diversas etapas de evolución.

La doctrina de estricta legalidad utilizada en países de tradición romano-germánica postula que una persona únicamente puede ser juzgada penalmente y castigada, si al momento de la comisión de la conducta, la misma se encontraba establecida como delito en el derecho vigente²⁷. La misma contiene cuatro nociones básicas: los delitos deben encontrarse establecidos en una ley (asociado con el contrapeso que representa el poder legislativo al ejecutivo y judicial), debe obedecer al principio de especificidad, no pueden establecerse disposiciones retroactivas y se encuentra prohibida la aplicación de la analogía a conductas delictivas²⁸. En suma, la doctrina de estricta legalidad es un postulado a *favor rei* en oposición al *favor societatis*.

Por su parte, el sustancialismo penal utilizado mayormente en la tradición del *Common Law*, considera prioritario el interés de defender a la sociedad en contra de cualquier conducta que pueda causar un daño o poner en riesgo el sistema social y legal²⁹. Algunas variaciones de dicha doctrina las podemos encontrar en denominada fórmula Radbruch de 1946. Él sostuvo la noción que considera al derecho positivo como contrario a la justicia y por ende no debería de ser aplicado, cuando las inconsistencias entre la legislación y justicia sean de un calado intolerable³⁰.

En el derecho penal internacional prevaleció inicialmente la doctrina del sustancialismo penal³¹, pero en años recientes, ha sido remplazada gradualmente con la doctrina de estricta legalidad penal, con algunas calificaciones especiales. Recordemos que mu-

(artículos V y XXV), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6o., 9o. y 14), el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 5o., 6o. y 7o.), la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (artículos 6o. y 7.2) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9o.).

27 Como referente el artículo 9o. de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* establece que: "Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.", San José, Costa Rica, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, consultado el 10 de julio de 2021.

28 Cassese, Antonio, *op. cit.*, p. 24.

29 *Ibidem.*, p. 22.

30 *Idem.*

31 Esta doctrina fue aplicada en un gran número de casos, entre los cuales podemos citar *Peleus*, *Burghlos* y *Eichmann* de la Suprema Corte de Israel.

chos de los Estados no se encontraban listos para suscribir tratados que establecieran normas penales, por lo que, en la práctica, únicamente existían reglas de la costumbre internacional que prohibían y castigaban crímenes de guerra, aunque fuese en una manera rudimentaria. De hecho, el Tribunal Militar Internacional de Núremberg claramente hizo referencia a dicha doctrina en *Görling and others*³², caso en el que la defensa alemana esgrimió fuertes argumentos respecto a la falta de competencia de dicho tribunal para aplicar una ley *ex post facto* en relación con crímenes contra la paz, principio que se encontraba establecido en el derecho alemán (y en países de tradición romano-germánica) antes y después del periodo Nazi.

Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial, el sustancialismo penal perdió fuerza principalmente debido a dos factores. Primeramente, porque un número importante de Estados ratificaron tratados internacionales de derechos humanos, en donde se estableció claramente la obligación de respetar el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, por todos los órganos de los Estados y también se estableció en la Tercera y Cuarta Convención de Ginebra de 1949, relativas a los prisioneros de guerra y civiles, respectivamente. En segundo término, debido a que los tratados que contenían disposiciones penales comenzaron a expandirse, como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, las convenciones de desaparición forzada y de terrorismo, amalgamadas de la acumulación de jurisprudencia.

El principio de estricta legalidad lo podemos observar en el artículo 22 del Estatuto de Roma³³, empero es importante mencionar que se enmarca en las reglas y provisiones que gobiernan a la Corte Penal Internacional y no al derecho penal internacional general. Dicho fenómeno lo podemos observar más claramente en las disposiciones 20.1.1 y 12 (3) del mismo Estatuto, en las que se faculta al Consejo de Seguridad para remitir a la Corte y solicitar que ejerza jurisdicción sobre actos cometidos por nacionales o personas que se encuentren en el territorio de un Estado que no haya ratificado el tratado, o bien que un Estado que no es miembro decida aceptar la competencia en retrospectiva mediante una declaración *ad hoc*. En dichos supuestos el argumento respecto de la falta de estricta legalidad podría esgrimirse.

32 "International Military Tribunal, The United States of America, The French Republic, The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the Union of Soviet Socialist Republics against Hermann Wilhelm Görling and others", en: *Trial of the Major War Criminals before International Military Tribunal, Volume I*. https://www.loc.gov/r/rfd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf, consultado el 7 de julio de 2021.

33 "Artículo 22. *Nullum crimen sine lege*. 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto". *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf), consultado el 16 de julio de 2021.

Finalmente, el principio de estricta legalidad se basa en los siguientes corolarios:

- 1) Especificidad. Corolario que establece que las normas deberán ser tan detalladas como sea posible y claramente indicar la conducta que se encuentra prohibida, tanto en sus elementos objetivos como subjetivos³⁴,
- 2) No retroactividad. Las normas no podan ser aplicadas retroactivamente, a menos que sean reglas más favorables para el acusado,
- 3) Prohibición de la analogía o interpretación expansiva. Corolario que no prohíbe la interpretación o clarificación de las reglas penales siempre que sean conformes a lo establecido en los principios del derecho penal internacional y que puedan ser razonablemente inferidas por el acusado³⁵,
- 4) *Favor rei*. Principio que vigoriza la prohibición de analogía, al establecer que cuando se enfrenten interpretaciones en conflicto respecto de una norma, debe aplicarse la que beneficie al acusado,
- 5) Legalidad de las penas³⁶. no hay una postura consolidada al respecto en el derecho penal internacional, ya que hay opiniones divergentes respecto a la gravedad de los crímenes y las consecuencias de las penas privativas de libertad. Sin embargo, el artículo 77 del Estatuto de Roma limita las penas de prisión hasta treinta años como regla general, a la vez que reconoce la cadena perpetua excepcionalmente, de conformidad con la gravedad del delito cometido, prohibiendo implícitamente la pena de muerte.

2. DISUASIÓN Y PREVENCIÓN DE LOS DELITOS INTERNACIONALES

El derecho penal internacional al igual que el derecho penal nacional mantiene interrogantes propias del discurso jurídico penal. Por ello no sorprende entonces que en este plano también se debatan sus propósitos, los efectos de las penas, y los mecanis-

34 Este corolario aún se encuentra muy lejos de poder consolidarse. El derecho penal internacional aún cuenta con muchos conceptos indeterminados. Dicho fenómeno lo podemos observar presente desde el Acuerdo de Londres de 1945 y replicado en otros tratados, en los que se dispone como conducta delictiva “otros actos inhumanos”. De igual forma, la definición de violación, persecución, tortura, no es unitaria. De ahí la importancia en que los tribunales llenen dichos vacíos. Véase el caso *Furundzija* del Tribunal para la Ex Yugoslavia y *Tarnek* resuelto por la Corte de Tel Aviv. Cassese, Antonio, *op. cit.*, p. 28.

35 Estas nociones han sido desarrolladas de manera más robusta por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Cantoni v. Francia*, en la que se establece la necesidad de cumplir con los parámetros de accesibilidad e inferencia por los acusados. Por ejemplo, podemos recurrir a la adaptación que realizó el Tribunal para la Ex Yugoslavia en el caso *Tadic* y *Hadzihasanovic y otros* en relación a la responsabilidad en la cadena de mando.

36 En las familias de tradición jurídica romano-germánica deben establecerse los rangos de penalidad de conformidad con la conducta delictiva y grado de participación, para asegurar una aplicación uniforme por los tribunales y para emplear un método disuasivo más tangible.

mos de prevención o disuasión general o especial. Así pues, en el preámbulo del Estatuto de Roma³⁷, así como en la jurisprudencia en casos resueltos por el Tribunal Internacional de la Antigua Yugoslavia³⁸, Tribunal Internacional de Ruanda³⁹ y la Corte Penal Internacional⁴⁰ se apunta a que la disuasión y el justo castigo de la comisión de delitos internacionales, son algunos de los principales objetivos de las penas e incluso se destaca el efecto disuasivo potencial de los esfuerzos de denuncia y educativos de dichos tribunales.

Cabe destacar, que si bien hay algunos estudiosos que no distinguen entre la prevención y disuasión, para efectos del diseño e implementación de una política criminal es sumamente importante resaltarla.

La disuasión debe ser entendida como el cálculo racional que realizan los individuos respecto de los costos y beneficios antes de cometer una conducta, pudiendo ser categorizada de cuatro maneras:

- 1) General, cuando se refiera a una intimidación o miedo de ser castigado por aquellos que no han cometido una conducta delictiva,
- 2) Específica, cuando se refiere al desaliento de comisión por individuos que ya han cometido delitos,
- 3) Focalizada, cuando se pretenda dirigir a cierta calidad de individuos o grupos dentro de una sociedad; y
- 4) Restrictiva, cuando se refiera pretenda minimizar la conducta criminal, en lugar de procurar su abandono⁴¹.

La capacidad de los Estados para disuadir conductas es el resultado de tres variables relacionadas con el castigo o sanción: certeza⁴², celeridad y proporcionalidad. Por supuesto, no debemos soslayar la complejidad que representa corroborar este fenómeno

37 “Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes...”. México, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 2005.

38 International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalic et. al.*, Trial Chamber, Judgment, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, par. 1234.

39 International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecutor v. Georges Rutaganda*, Trial Chamber, Judgment, ICTR-96-3-T, 6 de diciembre de 1999, par. 455.

40 International Criminal Court, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et. al.*, Trial Chamber, Judgment, ICC-01/05-01/13-2123, 8 de marzo 2018, par 19.

41 Bosco, David, “The International Criminal Court and Crime Prevention: Byproduct or Conscious Goal?”, *Michigan State International Law Review*, 2013, vol. 19, no. 2, pp.163.

42 King, Kimi L. y D. Meernik, James. “Assesing the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Balancing International and Local Interests While Doing Justice”, en Swart, Bert, Zahar, Alexander y Sluiter, Göran (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp.7-44.

social en el discurso penal. Es decir, probar un hecho negativo: “ese crimen internacional que no se cometió” gracias a un determinado factor. Ello se debe en gran medida a que en una sociedad determinada intervienen una multiplicidad de factores, lo que no permite llegar a afirmar una causalidad. Algunos de los factores que los estudios en la materia⁴³ enuncian como punto de partida en la discusión son: a) los internos o que se enmarcan en un escenario judicial y b) los externos o basados en el contexto:

Basados en los juicios	Basados en el contexto
Certeza y probabilidad de castigo Tiempos de juicio Severidad del castigo Transparencia y sensibilización Capacidad policial y de investigación Legitimidad del tribunal Recursos humanos, técnicos y materiales del tribunal Ubicación del tribunal⁴⁴	Rol de las élites y dinámicas de grupos sociales Apertura a mecanismos multilaterales (derechos humanos, cooperación económica, etc.) Cultura de impunidad Propaganda e ideología Legitimidad de las instituciones nacionales Rol de la comunidad internacional

Por su parte, la prevención de los delitos incluye a todas las políticas y medidas realizadas por los gobiernos, programas comunitarios e iniciativas que reduzcan la incidencia de factores de riesgo correlacionados con la participación criminal y la tasa de victimización, así como cambiar las perspectivas sociales que llevan a la comisión de crímenes. Las acciones preventivas pueden materializarse en tres niveles. El primario se enfoca en factores individuales y familiares, el secundario, en situaciones de riesgo en las que el individuo de una sociedad pudiese encontrarse inmerso y promoción de programas sociales que los reduzcan, y el terciario será implementado cuando ya sucedió un delito y quiere evitarse la comisión de sucesivos⁴⁵. Por tanto, la prevención implica la implementación de acciones más amplias que la disuasión, como la rehabilitación, inhabilitación y educación. En términos generales, la prevención tiene como objetivo el cambio del ecosistema social en el cual el individuo comete delitos.

Ahora bien, los Estados tienen la obligación internacional de prevenir la comisión de delitos internacionales y de establecer todos aquellos mecanismos y medidas necesarias para disuadir su comisión de conformidad con el preámbulo de la Carta de San Francisco, la responsabilidad de proteger, su obligación de prevenir con-

43 Schense, Jennifer y Carter, Linda (eds.), *Two Steps Forward, One Step Back: The Deterrent Effect of International Criminal Tribunals*, Brussels, Nuremberg Academy Series No. I. TOAEP E Publisher, 2017, p. 9.

44 El hecho de remover a un tribunal de un escenario de violencia puede tener un serio detrimento en estrategias de disuasión.

45 Schense, Jennifer y Carter, Linda, *op. cit.* p. 26.

flictos y violaciones a derechos humanos, la costumbre internacional y normas de *jus cogens*⁴⁶.

Asimismo, dicha obligación se cristaliza de manera más nítida a través de la suscripción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, toda vez que se puede desprender de sus párrafos pre-ambulares que uno de los objetivos comunes es: poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes y a contribuir a la prevención de nuevos crímenes (genocidio, lesa humanidad, de guerra y agresión). Al respecto, debe dilucidarse que dichos deberes siempre deben comprenderse a través del principio de complementariedad⁴⁷ de las jurisdicciones penales nacionales, por lo que no escapa que, como lo determinó la Corte Internacional de Justicia en el caso Bosnia v. Serbia: “*the greatest power to prevent crimes or deter perpetrators are States*”⁴⁸. Consecutivamente, dicho tribunal establece que la obligación en cuestión (de prevenir) debe ser comprendida como de medios y no resultados, por lo que los Estados deben emplear todos los medios razonablemente disponibles para prevenir la comisión de genocidio, de ello que la responsabilidad internacional se materialice cuando el Estado falle manifiestamente en tomar todas las medidas para prevenirlo. Prosigue la Corte, expresando que “en este sentido, la noción de “*due diligence*” llama a una evaluación en el caso concreto”. Para ello, expone ciertos parámetros aplicables, enunciando entre ellos la capacidad de efectivamente influenciar la conducta de personas que bajo una sospecha razonable pudiesen o que se encuentren cometiendo genocidio⁴⁹. Al efecto condiciona el término “capacidad de influenciar” con elementos geográficos de incidencia real, fuerza dentro de la voluntad política, las estructuras operativas de la autoridad y marcos jurídicos existentes⁵⁰. El hecho de que se establezca un marco bajo la “razonabilidad” nos refuerza la idea que dicha obligación se ajustará a las circunstancias específicas de cada Estado.

Lo anterior implica entonces, que los Estados tienen una serie de obligaciones positivas (de hacer) que cumplir, aún ante la falta de certeza sobre la comisión de genocidio. Así, si los Estados no cuentan con elementos materiales y legales contundentes que permitan establecer la alta probabilidad de la comisión de un delito internacional, deben establecer indicadores⁵¹ y producir la información que sea necesaria para que

46 Sin duda, dicha obligación será perfeccionada por la práctica internacional, interacciones con organismos no gubernamentales, expertos, académicos y por la *opinio juris*.

47 Vid. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Preámbulo y su Artículo 1., [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf), consultado el 7 de julio de 2021.

48 International Criminal Court, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)*, Judgment, 11 July 1996.

49 *Idem*. Par. 430.

50 Schense, Jennifer y Carter, Linda, *op. cit.* p. 33.

51 Si bien existen múltiples definiciones, por lo menos deben ser entendidos como datos en bruto y mediciones que nos puedan ayudar a comprender fenómenos sociales complejos. Es indispensable que para su determinación y diseño, se haga a través de un proceso colectivo en donde los actores de incidencia se encuentren incluidos. Kevin E. Davis, Benedict Kingsbury y Sally Engle Merry, “Introduction: Global

bajo criterios de razonabilidad y debida diligencia les permita desplegar las acciones para evitar una falla manifiesta. Ello puede complementarse con la doctrina de riesgo empleada ampliamente en el derecho internacional de los derechos humanos⁵², la responsabilidad de proteger en el derecho internacional humanitario, así como el proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU.⁵³

Un posible esquema que nos permita analizar si un Estado “X” falló en su deber de prevención podría conceptualizarse de la siguiente manera:

2.1. Indicadores de alerta temprana

Los indicadores contruidos sobre la base de alertas tempranas pueden ser de gran apoyo para concebir una “manera razonable” de evaluar si en un Estado hay elementos que apunten a la posibilidad de la comisión de delitos internacionales⁵⁴. Podemos observar este tipo de esquemas en el campo de la prevención del conflicto armado, prevención de violaciones a derechos humanos, prevención de enfermedades y prevención del delito⁵⁵. Es particularmente importante observar los vasos comunicantes entre violaciones graves a derechos humanos y delitos internacionales⁵⁶. Por ejemplo, pensemos en las obligaciones estatales bajo el derecho internacional de los derechos humanos, para la tipificación de conductas penales como la tortura y desaparición forzada, los estándares de debida diligencia en las investigaciones, el análisis de contexto, el derecho al debido proceso y defensa adecuada, entre otros.

De igual forma, los estudios de prevención del delito contienen grandes aportaciones. Cuando estudiamos la comisión de delitos internacionales el contexto en el que se comenten se circunscribe a una cultura de impunidad, en la cual violaciones a derechos humanos son ignoradas e incluso alentadas. La falta de respeto a los derechos humanos es un indicador clave para la comisión de delitos internacionales. Recordemos la teoría

Governance by Indicators”, en: Kevin E. Davis, *et. al.*, *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp.6-7.

52 Asdrúbal Aguiar, A., “La responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos”. Serie *Estudios de Derechos Humanos Tomo I*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf>, consultado el 1 de julio de 2021.

53 United Nations Audio Library of International Law, *Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf, consulta: 21 de junio de 2021.

54 La prevención y manejo del conflicto, contribuye grandemente al concepto de alerta temprana, ya que tiene su base en la Carta de San Francisco y soporte en la Unión Africana, la Unión Europea, la Comisión Carnegie sobre Prevención del Conflicto Mortal, el Instituto Clingendael y el Foro para Alertas Temprana y Respuestas, entre otros. *Cfr.* Schense, Jennifer y Carter, Linda, *op. cit.* p. 42.

55 *Ibidem.* pp. 39-45.

56 Babbitt, Eileen y Lutz, Ellen, *Human Rights and Conflict Resolution in Context: Colombia, Sierra Leone, and Northern Ireland*, New York, Syracuse University Press, 2009.

de las ventanas rotas de George Kelling y Catherine Cole⁵⁷, en la que las ventanas rotas que dan testimonio de la negligencia y abandono de las autoridades que hacen cumplir la ley, motiva a que se cometan mayores actos de vandalismo. Estas ventanas rotas son una señal clara de que dichas personas cometen estos actos bajo un manto de impunidad. En este sentido, las violaciones a derechos humanos son las ventanas rotas de los delitos internacionales, en donde la diferencia, en realidad, es más legal que práctica⁵⁸.

Los indicadores de alerta temprana sobre la posible comisión de delitos internacionales son:

- Violaciones a derechos humanos registradas
- Nivel de impunidad
- Efectividad del sistema de justicia y su replicación
- El rol de las elites
- Propaganda de ataque y negación del fenómeno en el discurso público
- El rol que han jugado las ordenes de aprehensión y evidencia en los juicios

Cuando nos encontremos con la presencia de alguno de ellos, –altos niveles de impunidad, numerosas violaciones a derechos humanos, negación del fenómeno, falta de efectividad del sistema de justicia– existe una fuerte advertencia que delitos internacionales están a punto de cometerse, si no es que ya comenzaron a materializarse.

3. PANORAMA EN MÉXICO

3.1. Jurisdicción prescriptiva

México es uno de los países que mayor número de tratados internacionales de derechos humanos ha ratificado. De igual forma, es un Estado Parte del Estatuto de

57 Kelling, George y Coles, Catherine, *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, New York, Martin Kessler Books, 1996, p.9.

58 Jurídicamente la responsabilidad estatal nacional constituye la obligación que tiene un Estado con otro de responder mediante una reparación adecuada por la violación de una regla de derecho internacional, y la responsabilidad penal individual, constituye la obligación que tiene el individuo de responder, mediante una pena y resarcimiento de los daños causados, por las conductas delictivas que haya cometido. Cabe señalar que como hemos afirmado, dichas responsabilidades de ninguna manera deben de entenderse como excluyentes, ya que una misma conducta puede caracterizarse como una violación al derecho internacional o como una violación a los derechos humanos y de manera paralela como una conducta penalmente responsable en el ámbito internacional. Al efecto, la Corte Internacional de Justicia en el caso *Bosnia-Herzegovina vs. Serbia-Montenegro*, determinó que, aunque la Convención para Prevenir y Sancionar el Crimen de Genocidio tiene como objetivo establecer la responsabilidad penal individual del crimen genocidio, en la misma también se desprende la posibilidad del Estado de ser sujeto de responsabilidad por el mismo crimen. Véase, Dondé Matute, Javier, *op.cit.*, p. 56.

Roma de la Corte Penal Internacional. Ello genera una gama de obligaciones diversas para cumplir dichas disposiciones de buena fe. Además, de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podemos extraer mayores especificaciones y estándares de debida diligencia en cuanto a obligaciones de medios y no resultados, como se enmarcarían aquellas relativas al contexto de investigación y sanción penal. Es importante hacer dicha mención toda vez que en el presente artículo se asumirá una definición expansiva de delitos internacionales, misma que reconoce el proceso de consolidación del derecho penal internacional⁵⁹.

En cuanto a la ratificación de México del Estatuto de Roma, debemos aclarar que de conformidad con el artículo 120 no admite reserva alguna. Sin embargo, podemos observar que el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en el artículo 21 constitucional⁶⁰, se materializa como el primer obstáculo⁶¹ *de iure* que atenta contra las mismas disposiciones del Estatuto y su sistema de reservas⁶². Se trata de una aceptación condicionada de la competencia de la Corte Penal Internacional, ya que se determina la aceptación de “caso por caso, bajo la aprobación del Senado”. Dicha incertidumbre jurídica es gravísima, ya que, como podemos apreciar en el preámbulo del Estatuto, el espíritu en la creación de un tribunal permanente como la Corte Penal Internacional, es que los crímenes⁶³ más graves de trascendencia para la comunidad internacional no queden sin castigo y poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes –lo que contribuye, además, a la prevención de nuevos crímenes–. Dicho obstáculo constitucional, es el primer golpe contundente a los efectos disuasivos que se pretenden lograr para prevenir estos delitos.

59 Sus elementos son: 1) Que consistan violaciones tanto a la costumbre internacional como a las obligaciones establecidas vía tratado internacional, 2) Que dichas reglas se encuentren estipuladas bajo el objetivo de proteger valores de la comunidad internacional, 3) Que exista un interés universal en su represión y, 4) Que el perpetrador se encuentre impedido de solicitar inmunidad si actuó *de iure* o *de facto* en su capacidad como oficial del Estado. Por ende, tortura como delito intrnacional autónomo –y no únicamente como modalidad de los delitos de lesa humanidad– se enmarcaría dentro esta categoría. *Vid.* Cassese, Antonio, *op. cit.*, p. 20.

60 “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, México, Decreto por el que se reforma el artículo 21, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de junio de 2005.

61 Únicamente podemos observar la iniciativa de reforma constitucional planteada por la Sen. Angélica de la Peña Gómez en 2012 https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/38512, consultado el 18 de julio de 2021, así como la de la Sen. Antares Guadalupe Vázquez Alatorre de fecha 25 de abril de 2019, https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/94751, consultado el 18 de julio de 2021.

62 Artículo 120, México, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 2005. En este mismo sentido el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

63 El término delito y crimen serán términos utilizados indistintamente, aún reconociendo los matices, diferencias e implicaciones existentes en las tradiciones jurídicas romano-germánicas y del *common law*. *Cfr.* O’ Keefe, Roger, *op. cit.*, pp. 48-50.

Adicionalmente, no se ha apreciado ningún esfuerzo sustantivo y real, respecto de la discusión de la ley o normativa secundaria que regirá la cooperación con dicho tribunal. Lo anterior, indica de manera preliminar que el Estado Mexicano tiene una significativa tarea prescriptiva –legislativa– pendiente por ejecutar. Complementariamente, atendiendo a los principios de estricta legalidad en materia penal y debido proceso⁶⁴, deberán tipificarse todas las conductas criminales con sus respectivas modalidades y penas en el Código Penal Federal –o bien, en las múltiples propuestas de Código Penal Nacional–. Hay algunos autores que consideran que, al ratificar el Estatuto de Roma, dichos delitos se encuentran “automáticamente” incorporados en la legislación nacional. Empero, atendiendo a los corolarios anteriores, dicha línea de pensamiento no es materializable sin adecuaciones en el ámbito penal. Además, se dejan de lado otro tipo de delitos internacionales –como la tortura como conducta autónoma–, que no se encuentran establecidos en el Estatuto de Roma.

Como manifestamos en el primer apartado, la consolidación de dicho principio ha sido uno de los grandes cuestionamientos respecto de la jurisdicción del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, ya que deben verse satisfechos los criterios de: especificidad, no retroactividad, prohibición de la analogía o interpretación expansiva, *favor rei* y la legalidad de las penas⁶⁵.

Por último, queda pendiente un elemento medular: modificar la legislación para que los tribunales federales puedan conocer sobre la comisión de dichos delitos. La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación en su artículo 51 establece la competencia de los jueces federales para conocer de los delitos del orden federal, siendo: “los previstos en leyes federales y tratados internacionales”⁶⁶. ¿Se refiere únicamente a los contenidos en el Estatuto de Roma o se encuentran comprendidos los tipos penales contenidos en tratados internacionales de derechos humanos? ¿Entenderíamos que se cumple con el principio de estricta legalidad? Mi respuesta inmediata es que, al menos no se cumple con el corolario de especificidad y da lugar a interpretaciones expansivas.

Lo anterior confirma la inminente necesidad de armonizar nuestra legislación secundaria, tanto en materia de cooperación internacional, de tipificación y competencial. Lo anterior constituye pues, el segundo golpe contundente en materia de disuasión, ya que para los posibles responsables de la comisión de los delitos internacionales, dentro de su cálculo racional en el que evalúen las probabilidades de ser procesado y sancionado, apreciaran sin duda alguna, que son nimias o nulas. Las garantías primarias o de legislación, no se encuentran instauradas.

64 Cassese, Antonio *op. cit.*, pp. 22-36.

65 *Vid.* Supra notas 34-36.

66 Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, *Diario Oficial de la Federación*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPJF_070621.pdf, consultado el 27 de julio de 2021.

3.2. Jurisdicción coercitiva

Después de tomar en consideración el reto constitucional y prescriptivo, analicemos ahora los retos en materia de investigación y sanción de delitos internacionales.

Los delitos internacionales, dada su alta complejidad, requieren de recursos técnicos, humanos, materiales y presupuestarios específicos. El elemento sistémico en la comisión de este tipo de delitos es vital para realizar una investigación diligente y para lograr las órdenes de aprehensión correspondientes. Es necesario entender el sistema y como sus componentes dan lugar para que estas conductas puedan materializarse, invitando al mismo tiempo a que otros individuos, que normalmente no cometerían tales actos, participen⁶⁷. En este punto, es relevante resaltar una vez más, la importancia de la obligación de prevenir estos delitos, ya que la misma no se agota hasta la captura y juicio de los responsables, sino instaurar las medidas necesarias para que no vuelva a pasar. De igual forma, el hecho de que se puedan materializar dichas conductas pone de relieve que no existen fuerzas opositoras que impidan su comisión. Es aquí cuando el rol de las élites y los discursos públicos sobre “el enemigo” pretenden legitimar dichas atrocidades y eliminar cualquier intento de investigación.

Adicionalmente, si no se cuenta con personal suficiente y capacitado para desarrollar la investigación, procedimientos eficaces para procesar cualitativa y cuantitativamente la evidencia, informes e indicadores con los que se cuenten, métodos de trabajo en los que se privilegie una estrategia de persecución y así se priorice un actuar expedito, se erosiona la legitimidad de las instituciones encargadas de la investigación en su actuar, motiva a revigorizar el ciclo de impunidad y desgasta la certeza de la sanción.

En México la institución encargada de realizar dicha investigación ante el marco jurídico actual sería la Fiscalía General de la República, la cual de manera preliminar tendría que contar al menos, con un área especializada en la investigación de este tipo de delitos. Asimismo, dicha área tendría que contar con el presupuesto necesario para llevar a cabo las investigaciones de manera diligente, así como con el personal adecuado para ello. Paralelamente, esta prioridad tendría que encontrarse plasmada en los documentos programáticos y administrativos, es decir, el Plan de Persecución Penal, las estrategias de despresurización interna y protocolos de actuación. Así también, debemos pensar el rol que tendrían las corporaciones policiales y su coordinación con el Ministerio Público. Con esta pieza faltante, se termina por dar el último golpe, o beso de la muerte, a los mecanismos de disuasión en México para prevenir la comisión de delitos internacionales.

67 “Above all, Martha Huggins emphasizes and encourages criminologists to deal with serious crimes like torture from a social organization perspective, and that such scholarship would envision torture as systemic and resulting from the normal operation of various types of state, bureaucratic and social organization. The system is not only normal but self-perpetuating, almost literally takes life of its own. In this case the removal from a few individuals from the system may not be sufficient to change it.” *Vid.* Schense, Jennifer y Carter, Linda, *op. cit.* pp. 45-49.

3.3. Indicadores de alerta temprana

Múltiples informes de mecanismos internacionales de derechos humanos y de nuestro sistema no jurisdiccional de defensa de los derechos humanos, en sus labores de monitoreo han señalado sendas preocupaciones por las violaciones a derechos humanos cometidas en el país. El presente espacio no alcanzaría para mencionar cada uno, pero podemos destacar que, de conformidad con el Sistema para el Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en Materia de Derechos Humanos, que actualmente contamos con 76 recomendaciones que al menos de manera expresa –ya que en total existen 3,549 recomendaciones– retoman el acceso a la justicia y el combate a la impunidad en nuestro país⁶⁸. Vale destacar que la mayoría de las recomendaciones no reporta ninguna acción de implementación por parte del Estado Mexicano⁶⁹.

Paralelamente, el Sistema Nacional de Alerta de Violación a los Derechos Humanos de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) reporta como hechos violatorios de mayor incidencia en el año 2020: negligencia médica⁷⁰, detención arbitraria, trato cruel, inhumano o degradante, tortura, desaparición de personas y privación de la vida⁷¹. Si desglosamos por entidad federativa, observamos que Chihuahua es el estado en el que se registra un mayor índice de detenciones arbitrarias y Jalisco como el que registra mayor número de quejas de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por otra parte, la CNDH registra 7,931 expedientes de queja de carácter individual y 1,477 de carácter colectivo. Habrá que realizar un análisis más profundo en las formas de conclusión de las quejas, para obtener mayores elementos respecto de las fallas sistémicas en el ámbito de procuración de justicia y seguridad.

A lo anterior, podemos adicionarle los principales resultados de la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) del INEGI del 2020⁷². En México tenemos aproximadamente 23 millones de víctimas del delito y en 2019 se cometieron cerca de 30 millones de delitos, de los cuales el 92% no se denunciaron. De las carpetas de investigación iniciadas en el 44% de los casos no pasó nada y sólo en el 3% de los casos se puso el imputado a disposición del juez. Además, en cuestión de percepción la encuesta señala que las razones principales para no denunciar son 1) porque la gente lo considera una pérdida de tiempo, 2) tiene desconfianza en la

68 *Sistema para el Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en Materia de Derechos Humanos*, Gobierno de México, <https://seridh.sre.gob.mx/publico/filtros>, consultado el 21 de julio de 2021.

69 *Idem*.

70 Tengamos en consideración que en el año 2020 la pandemia COVID-19 impactó severamente, poniendo de relieve las deficiencias estructurales en la atención médica y el derecho a la salud.

71 Comisión Nacional de Derechos Humanos, Sistema Nacional de Alerta de Violación a Derechos Humanos, https://appweb2.cndh.org.mx/SNA/ind_HV_SM.asp?Id_ViolaUni=478&p=1, consultado el 23 de julio de 2021.

72 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública* del año 2020, Resultados Principales, https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2020/doc/envipe2020_presentacion_nacional.pdf, consultado el 12 de julio de 2021.

autoridad y 3) los considera como trámites largos y difíciles. Corroborando lo anterior, el Índice Global de Impunidad 2020 categoriza a México dentro de los once países con índice de impunidad “muy alta”, con el lugar 60 de 69 países analizados⁷³.

De estos informes, podemos inferir de manera preliminar que en México se podrían actualizar al menos, los siguientes indicadores de alerta temprana:

- Las órdenes de aprehensión tienen un impacto negativo en términos de disuasión, toda vez que sólo el 3% del 8% de los delitos que se denuncia, son puestos a disposición del juez.
- Existe una enorme falta de confianza y legitimidad en las instituciones de seguridad y justicia.
- Existen investigaciones cuantitativas que indican un índice de impunidad muy alto.
- Existen numerosas quejas de violaciones a derechos humanos e información que apunta a tendencias y situaciones de riesgo específicas.
- En el discurso público se ha reiterado por diversas autoridades, la negación de los índices de violencia, aumento de índice delictivo, masacres y niveles de inseguridad⁷⁴.

Lo anterior evidentemente, deberá ser corroborado con mayores indicadores e informes, que cómo expusimos en líneas anteriores, los Estados están obligados a producir bajo los estándares de la protección internacional de la persona humana, así como otros deberes constitucionales como lo es la transparencia y rendición de cuentas. Desafortunadamente, podríamos proyectar entonces, que en el territorio nacional hay una fuerte sospecha que apunta a que delitos internacionales están en vías de cometerse, si no es que ya se encuentran en curso, razón por la que es inminente impulsar a que se realicen los cambios legislativos, presupuestarios e institucionales necesarios y así cumplir con nuestro deber de prevención de delitos internacionales.

73 Universidad de las Américas Puebla, *Indices Globales de Impunidad*, <https://www.udlap.mx/cesij/files/indices-globales/0-IGI-2020-UDLAP.pdf>, consultado el 23 de julio de 2021. En este estudio se hace un estudio multidimensional de la impunidad bajo tres dimensiones: seguridad, justicia y derechos humanos. Asimismo, se mide la impunidad desde dos criterios centrales: la funcionalidad de los sistemas de seguridad, justicia y protección de los derechos humanos, y la capacidad estructural o instalada con la que cuentan los países.

74 Expansión, “El gobierno niega repunte en delitos y presenta sus propias cifras”, <https://politica.expansion.mx/presidencia/2019/01/03/el-gobierno-niega-repunte-en-delitos-y-presenta-sus-propias-cifras>, consultado el 22 de julio de 2021, Animal Político, “México es controlado por el crimen organizado; AMLO lo niega”, <https://www.animalpolitico.com/2021/03/30-35-mexico-controlado-crimen-organizado-amlo-niega/>, consultado el 22 de julio de 2021, y El país, “López Obrador se aferra a su estrategia de seguridad”, <https://elpais.com/mexico/2021-07-16/lopez-obrador-se-aferra-a-su-estrategia-de-seguridad-pese-a-la-violencia-desbordada-por-todo-mexico.html>, consultado el 22 de julio de 2021.

4. CONCLUSIONES

Es esencial que en México comprendamos la importancia de la prevención de los delitos internacionales, no solamente por tener la obligación internacional de hacerlo al máximo posible de las capacidades del Estado y bajo estándares de debida diligencia, si no por las graves afectaciones que estos delitos generan al tejido social.

La negación de la situación a la que apuntan diversos indicadores de alerta temprana en nuestro país permite que los perpetradores materiales y las élites políticas que han dado lugar a tales conductas queden en el anonimato. El manto de impunidad que los cubre, termina por potenciar aún más los efectos de auto perpetuación de nuestro sistema de justicia ineficaz y roto.

Para que las acciones del Estado tengan un efecto disuasivo real, deben venir acompañadas de legitimidad y contundencia. Para lograrlo es necesario reconocer que la respuesta no debe venir únicamente de exigencias de la comunidad internacional o de la Corte Penal Internacional, sino en primer término de nuestras autoridades nacionales. Si suscribimos el Estatuto de Roma, pero lo incorporamos a nuestro marco jurídico con reservas incompatibles, no establecemos la legislación secundaria necesaria para desplegar las acciones de una política criminal coherente y no lo consideramos como prioridad programática y presupuestaria, no estamos logrando más que animar a que los individuos cometan dichas atrocidades. Reconozcamos pues, las facultades de establecer nuestra jurisdicción prescriptiva y coercitiva, bajo las premisas del derecho penal internacional y de una vez por todas, construyamos instituciones sólidas que representen una amenaza creíble a los perpetradores.

BIBLIOGRAFÍA

- Animal Político, “México es controlado por el crimen organizado; AMLO lo niega”, <https://www.animalpolitico.com/2021/03/30-35-mexico-controlado-crimen-organizado-amlo-niega/>, consultado el 22 de julio de 2021.
- Asdrúbal Aguiar, A., “La responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos”. Serie *Estudios de Derechos Humanos Tomo I*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf>, consultado el 1 de julio de 2021.
- Arellano, Carlos, *Teoría general del proceso*, México, 3ª edición, Porrúa, 1989, p. 341.
- Asher Jana, Banks, David and Scheuren, Fritz J., *Statistical Methods for Human Rights*, Springer, New York, 2008.
- Babbitt, Eileen y Lutz, Ellen, *Human Rights and Conflict Resolution in Context: Colombia, Sierra Leone, and Northern Ireland*, New York, Syracuse University Press, 2009.
- Barcelona Traction, Light and Power Co (Belgium v Spain), Second Phase*, ICJ Rep, 1970, pár. 70 y también *Los artículos de protección diplomática de la Comisión de Derecho Internacional* GA resolución 62/67 del 6 de diciembre de 2007.
- Bosco, David, “The International Criminal Court and Crime Prevention: Byproduct or Conscious Goal?”, *Michigan State International Law Review*, 2013, vol. 19, no. 2, pp.163.

Carta de las Naciones Unidas, San Francisco, 26 de junio de 1945, Serie de Tratados de Naciones Unidas, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>, consultado el 23 de junio 2021.

Cassese, Antonio y Gaeta, Paola *et al*, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford, Third Edition, Oxford University Press, 2013, p.3.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Sistema Nacional de Alerta de Violación a Derechos Humanos*, https://appweb2.cndh.org.mx/SNA/ind_HV_SM.asp?Id_ViolaUni=478&p=1, consultado el 23 de julio de 2021.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm, consultado el 10 de julio de 2021.

Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf, consultado el 18 de junio de 2021.

Dondé Matute, F. Javier, *Derecho penal internacional*, Oxford University Press, México, 2008.

El país, “López Obrador se aferra a su estrategia de seguridad”, <https://elpais.com/mexico/2021-07-16/lopez-obrador-se-aferra-a-su-estrategia-de-seguridad-pese-a-la-violencia-desbordada-por-todo-mexico.html>, consultado el 22 de julio de 2021.

Escobar Hernández, Concepción. “Construyendo un Sistema de Justicia Penal Internacional: desarrollos recientes”, en: *Curso de Derecho Internacional*, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIX_curso_derecho_internacional_2012_Concepcion_Escobar_Hernandez.pdf, consultado el 21 de junio de 2021.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 2005.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf), consultado el 16 de julio de 2021.

Expansión, “El gobierno niega repunte en delitos y presenta sus propias cifras”, <https://politica.expansion.mx/presidencia/2019/01/03/el-gobierno-niega-repunte-en-delitos-y-presenta-sus-propias-cifras>, consultado el 22 de julio de 2021.

France v Turkey, Judgment No 9, PCIJ Series A No 10, pp. 18 y 19, https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf, consultado el 5 de julio de 2021.

ICJ, *Cases, Arrest Warrant of 11 April 2000*, Democratic Republic of the Congo v. Belgium, Separate Opinion of President Guillaume, pár.4, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans, and Buergenthal pár. 54, y Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc Van Den Wyngaert, pár 49.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública* del año 2020, Resultados Principales, https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2020/doc/envipe2020_presentacion_nacional.pdf, consultado el 12 de julio de 2021.

International Criminal Court, *Case Concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)*, Judgment, 11 July 1996.

- International Criminal Court, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo et. al.*, Trial Chamber, Judgment, ICC-01/05-01/13-2123, 8 de marzo 2018, par 19.
- International Criminal Tribunal for Rwanda, *Prosecutor v. Georges Rutaganda*, Trial Chamber, Judgment, ICTR-96-3-T, 6 de diciembre de 1999, par. 455.
- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Zejnil Delalic et. al.*, Trial Chamber, Judgment, IT-96-21-T, 16 de noviembre de 1998, par. 1234.
- Kelling, George y Coles, Catherine, *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, New York, Martin Kessler Books, 1996, p.9.
- Kevin E. Davis, Benedict Kingsbury y Sally Engle Merry, "Introduction: Global Governance by Indicators", en: Kevin E. Davis, *et. al.*, *Governance by Indicators: Global Power through Quantification and Rankings*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp.6-7.
- King, Kimi L. y D. Meernik, James. "Assesing the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Balancing International and Local Interests While Doing Justice", en Swart, Bert, Zahar, Alexander y Sluiter, Göran (eds.), *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp.7-44.
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, *Diario Oficial de la Federación*, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LOPJF_070621.pdf, consultado el 27 de julio de 2021.
- O' Keefe, Roger, *International Criminal Law*, Oxford University Press, New York, 2015,
- opinión disidente conjunta de los jueces Higgins, Kooijimas y Buergenthal en *Arrest Warrant*, párr. 47, pp. 76 y 77. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/121/121-20020214-JUD-01-05-EN.pdf>, consultado el 1 de julio de 2021.
- Reforma constitucional planteada por la Sen. Angélica de la Peña Gómez en 2012 https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/38512, consultado el 18 de julio de 2021.
- Reforma constitucional planteada por la Sen. Antares Guadalupe Vázquez Alatorre de fecha 25 de abril de 2019, https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado/documento/94751, consultado 18 de julio de 2021.
- Regulation No. 2000/15 on the Establishment of Panels with Exclusive Jurisdiction over Serious Criminal Offences*, <https://www.legal-tools.org/doc/c082f8/pdf/>, consultado el 2 de julio de 2021.
- Schense, Jennifer y Carter, Linda (editoras), *Two Steps Forward, One Step Back: The Deterrent Effect of International Criminal Tribunals*, Nuremberg Academy Series No. I. TOAEP EPublisher, Bruselas, 2017.
- Schense, Jennifer y Carter, Linda (eds.), *Two Steps Forward, One Step Back: The Deterrent Effect of International Criminal Tribunals*, Brussels, Nuremberg Academy Series No. I. TOAEP E Publisher, 2017, p. 9.
- Sistema para el Seguimiento y Atención de Recomendaciones Internacionales en Materia de Derechos Humanos*, <https://seridh.sre.gob.mx/publico/filtros>, consultado el 21 de julio de 2021.
- Sorensen, Max, *Manual de derecho internacional público*, México, Fondo de Cultura Económica, Decimotercera reimpresión, 2012, pp. 264-266.

Trial of the Major War Criminals before International Military Tribunal, Volume I. https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_Vol-I.pdf, consultado el 7 de julio de 2021.

United Nations Audio Library of International Law, *Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, https://legal.un.org/avl/pdf/ha/rsiwa/rsiwa_s.pdf, consulta: 21 de junio de 2021.

Universidad de las Américas Puebla, *Indices Globales de Impunidad*, <https://www.udlap.mx/cesij/files/indices-globales/O-IGI-2020-UDLAP.pdf>, conusltado el 23 de julio de 2021.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PROHIBICIÓN DE DICTAR MANDAMIENTO DE EJECUCIÓN O PROVIDENCIA DE EMBARGO EN CONTRA DE LA FEDERACIÓN

ADRIÁN MAGALLANES PÉREZ
MANUEL MEZA GUZMÁN

RESUMEN: La prohibición legal para dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo en contra de las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública Federal es inconstitucional en virtud de que viola los derechos humanos de acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencias e igualdad procesal.

ABSTRACT: The prohibition of issuing a judicial resolution of enforcement or attachment against institutions, organizations and agencies of the Federal Public Administration is unconstitutional because it violates the human rights of access to justice in its dimension of resolution enforcement and procedural equality.

PALABRAS CLAVE: Inembargabilidad, ejecución, bienes, Federación, inconstitucional.

KEY WORDS: Exempt from attachment, enforcement, goods, Federation, unconstitutional.

SUMARIO: GLOSARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. MARCO NORMATIVO. 2.1. Código Federal de Procedimientos Civiles. 2.2. Ley General de Bienes Nacionales. 2.3. Finalidad de la prohibición. 2.4. Interpretación judicial. 3. ESCRUTINIO DE LA MEDIDA. 3.1. Test de proporcionalidad. 3.2. Contenido de los derechos fundamentales de acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencia y de igualdad en su vertiente procesal. 3.2.1. Acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencia. 3.2.2. Igualdad en su vertiente procesal. 3.2.3. Incidencia de la medida en los derechos fundamentales de acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencias e igualdad en su vertiente procesal. 3.2.4. Idoneidad. 3.5. Necesidad. 4. ÓRGANOS REGULADORES COORDINADOS Y EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

GLOSARIO

CFE	Comisión Federal de Electricidad.
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles.
DOF	Diario Oficial de la Federación.
LGBN	Ley General de Bienes Nacionales.
PEMEX	Petróleos Mexicanos.
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación.

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente, los bienes de las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas no pueden ser objeto de mandamiento de ejecución ni de providencia de embargo.

Conforme al Diccionario Jurídico Mexicano, por “*ejecución*” se entiende el cumplimiento o satisfacción de una obligación.¹ En el Derecho Mexicano, la ejecución de las sentencias puede realizarse de manera voluntaria o forzosa (artículo 420 CFPC).

En el caso de la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales, el CFPC establece distintos mecanismos en función de su contenido obligacional (artículo 421, 423 y 424 CFPC):

- Si se trata de un hecho personal del obligado, y no pudiere prestarse por otro, se debe ordenar el pago de daños y perjuicios.
- Si se trata de un hecho personal del obligado y pudiere prestarse por otro, se debe nombrar a persona que lo ejecute a costa del obligado, u ordenar el pago de daños y perjuicios.
- Si se trata del otorgamiento de un documento, debe hacerlo el tribunal, en rebeldía del ejecutado.
- Si se trata de la entrega de alguna cosa, se deben usar los medios de apremio.
- Si se trata de una obligación de no hacer, se debe notificar al ejecutado para que se abstenga de hacer lo que se le prohíba
- En los demás casos *–incluidos aquellos en los que se trata de obligaciones de pago de cantidades líquidas–*, se debe ordenar el requerimiento de pago al deudor y, de no pagar, se deben embargar bienes suficientes y, en su caso, rematarlos para satisfacer la reclamación.

Para efectos del presente artículo, tiene especial importancia la ejecución forzosa de sentencias condenatorias al pago de cantidades líquidas, es decir, aquellas en las que procede el embargo de bienes.

El embargo “*es una afectación sobre un bien o un conjunto de bienes, en cuanto somete dicho bien o bienes a las resultas de un proceso pendiente (embargo cautelar) o la satisfacción de una pretensión ejecutiva, regularmente fundada en una sentencia de condena (embargo definitivo)*”.²

1 Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 4ª edición. México. Porrúa. 1991. P. 1232.

2 Ib. P. 1249

El embargo puede trabarse respecto de bienes consignados como garantía, dinero, créditos, alhajas, frutos y rentas de toda especie, otros bienes muebles o inmuebles, sueldos o pensiones y derechos (artículo 436 CFPC).

La ley enlista excepciones a la posibilidad de dictar providencia de embargo en razón de la especial naturaleza de los bienes, como lo son (i) aquellos que constituyen el patrimonio de familia; (ii) el lecho cotidiano, los vestidos y los muebles de uso ordinario del deudor, de su cónyuge o de sus hijos, no siendo de lujo; (iii) los instrumentos, aparatos y útiles necesarios para el arte u oficio a que el deudor esté dedicado; (iv) la maquinaria, instrumentos y animales propios para el cultivo agrícola; (v) los libros, aparatos, instrumentos y útiles de las personas que ejerzan o se dediquen al estudio de profesiones liberales; (vi) las armas y caballos que los militares en servicio activo usen; (vii) los efectos, maquinaria e instrumentos propios para el fomento y giro de las negociaciones mercantiles e industriales; (viii) las mieses, antes de ser cosechadas; (ix) el derecho de usufructo; (x) los derechos de uso y habitación; (xi) los sueldos y emolumentos de los funcionarios y empleados públicos; y (xii) las servidumbres; (xiii) la renta vitalicia, (xiv) los ejidos de los pueblos y la parcela individual (artículo 434 CFPC).

Asimismo, existen diversas leyes que establecen supuestos de excepción a la posibilidad de dictar providencia de embargo en razón de la naturaleza de los bienes.

Con independencia de la constitucionalidad de cada una de las excepciones a la procedencia del embargo establecidas por la ley en razón de la naturaleza de los bienes, la prohibición absoluta de ordenar el embargo de bienes en razón del sujeto constituye un obstáculo al acceso a la justicia y un trato desigual que carece de justificación.

La finalidad del presente artículo es analizar la constitucionalidad de la prohibición de dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo en contra de las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación, específicamente en las relaciones de coordinación que establece la Federación con los particulares, a la luz de los derechos humanos de igualdad en su vertiente procesal y acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencias.

2. MARCO NORMATIVO

2.1. Código Federal de Procedimientos Civiles

El artículo 4º del CFPC prohíbe dictar mandamientos de ejecución y providencias de embargo en contra de las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas:

“ARTICULO 4º.- Las *instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas*, tendrán dentro del procedimiento judicial, en cualquier forma en que intervengan, la misma situación que otra parte cualquiera; pero *nunca podrá dictarse, en su contra, manda-*

miento de ejecución ni providencia de embargo, y estarán exentos de prestar las garantías que este Código exija de las partes.

Las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes, dentro de los límites de sus atribuciones.

La intervención que, en diversos casos, ordena la ley que se dé al Ministerio Público, no tendrá lugar cuando, en el procedimiento, intervenga ya el Procurador General de la República o uno de sus Agentes, con cualquier carácter o representación.”

Dicho artículo no ha sido reformado desde que se publicó el CFPC en el DOF;³ únicamente su tercer párrafo fue objeto de una fe de erratas en marzo de 1943.

El CFPC fue producto de una iniciativa del Ejecutivo Federal presentada en diciembre de 1942. En la exposición de motivos, se señaló que la prohibición referida se justifica en que 1) no es posible que los órganos del poder se coaccionen a sí mismos, y 2) no es posible que, dentro del Estado, haya un poder superior al mismo poder estatal:

“La única excepción a la regla de la igualdad es la contenida en el artículo 4o., que dispone que nunca podrá dictarse en contra de la Federación o de las entidades federativas mandato de ejecución ni providencia de embargo, así como que esas entidades de derecho público están exentas de prestar las garantías que en el Código se exigen de las partes. *Esta excepción se justifica porque no es posible que los órganos del poder se coaccionen a sí propios, y es posible, dentro del Estado, que haya un poder superior al mismo poder estatal;* y, respecto de las garantías, se juzga que el Estado siempre es solvente, pues es un principio general del derecho público, y en especial, del derecho fiscal, que el Estado debe obtener, de los habitantes del país, los ingresos indispensables para cumplir sus fines, de manera que está siempre en posibilidad de contar con un patrimonio que le permita responder, en general, de sus obligaciones, sin necesidad de una garantía especial.”⁴

Los antecedentes históricos de la legislación procesal civil federal vigente son el Código de Procedimientos Federales, vigente a partir de enero de 1897, y el Código Federal de Procedimientos Civiles, en vigor a partir de febrero de 1909.⁵

El Código de Procedimientos Federales, en sus artículos 566 y 603, prohibía dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo contra la “Hacienda pública de la Federación o de los Estados”:

“Artículo 566. Si se tratare de *sentencias contra la Hacienda pública de la Federación o de los Estados*, la autoridad judicial las notificará directamente al Gobierno

3 Publicado en el DOF el 24 de febrero de 1943.

4 Exposición de motivos del CFPC publicado en el DOF el 24/02/1943 <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=HyhCeKoVXreNENmlWqWmGT7u9ka-Y8E8ynJkmFitRNN5GWx8j/BW4zMkRRPB9OZ3lgtspi32O4zYkXEuzPU8rQ==>

5 Del Refugio, M. “Los nuevos comienzos en la historia del Derecho en México (1810-1917)”. En A. Mayer. *México en tres momentos: 1810-1910-2010*. Primera edición. México. Universidad Nacional Autónoma de México. P. 180

respectivo, para que, dentro de la órbita de sus facultades, proceda a cumplirlas; sin que *en ningún caso pueda librarse mandamiento de ejecución o providencia de embargo.*”

“Artículo 603. Quedan únicamente exceptuados de embargo:

I. Las rentas y demás bienes de la Federación y de los Estados, conforme a lo dispuesto en el artículo 566; (...)”

Por su parte, el Código Federal de Procedimientos Civiles, en sus artículos 464 y 502, establece la referida prohibición en idénticos términos:

“Artículo 464. Si se tratare de *sentencias contra la Hacienda pública de la Federación o de los Estados*, la autoridad judicial las notificará directamente al gobierno respectivo, para que, dentro de la órbita de sus facultades proceda a cumplirlas, sin que *en ningún caso pueda librarse mandamiento de ejecución o providencia de embargo.*”

“Artículo 502. Quedan únicamente exceptuados de embargo:

I. Las rentas y demás bienes de la Federación y de los Estados, conforme a lo dispuesto en el artículo 464; (...)”

En la exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos, el legislador reconoció la influencia del Derecho Español y justificó la prohibición en que 1) no pueden decretarse gastos que no estén previstos en el presupuesto de egresos o en ley posterior, y 2) si el Poder Judicial pudiera decretar gastos con cargo al Presupuesto existiría una conglobación de atribuciones de los poderes públicos, una usurpación de facultades al Legislativo y Ejecutivo y una obstrucción a los servicios administrativos.

“Brevemente voy a justificar esta prerrogativa, que tiene por precedentes todas las leyes que rigen en las naciones civilizadas y en las que se profesa mayor respeto a los derechos de los particulares.

Son tan conocidas las leyes que en otros pueblos, y principalmente en *España*, concedían absoluta inmunidad al Tesoro Público contra toda ejecución judicial, que me creo excusado de citarlas.

Entre nosotros, la ley de 17 de abril de 1850, prohibió al embargo de las rentas nacionales destinadas a sufragar los gastos del servicio público.

Esa disposición, que respondía a las necesidades de la época, emanó de la Constitución de 1824, que había encomendado exclusivamente al Poder Legislativo todo el mecanismo económico de la República, por el medio constitucional de la expedición de los Presupuestos de egresos y de ingresos.

Y la razón es obvia, pues dado que *sólo al Congreso de la Unión corresponde decretar los gastos que deben hacerse*, si el Poder Judicial pudiera, por medio de una ejecución sobre el Fisco, obligar al Gobierno a que hiciera una erogación no autorizada por el Presupuesto o por una ley posterior, el sistema constitucional quedaría profundamente trastornado, *imperaría lamentable conglobación en las atribuciones de los poderes públicos, y la justicia federal usurparía las facultades del Legislativo y del Ejecutivo.*

La *Constitución* de 1857 reprodujo de una manera más clara y explícita el precepto de la de 1824 que acabo de referir, pues *prohíbe terminantemente se haga un pago que no esté designado en el Presupuesto de egresos o autorizado por un decreto posterior; y como no se exceptuaron de tal prohibición los pagos ordenados por sentencia de los Tribunales federales*, la citada ley de 17 de Abril de 1850 continuó en todo su vigor hasta que el Código de Procedimientos la refundió en los artículos de que vengo tratando, extendiéndola por paridad de razón a la Hacienda pública de los Estados.

Queda ya inmune e inviolable la soberanía de la Unión, y también la de las entidades federativas; *ni la vida de éstas ni la de aquélla se verá amenazada por la crisis económica que pudiera surgir si los Jueces tuvieran la facultad de ocupar los fondos públicos, haciendo con esto imposibles los servicios administrativos y trastornando el orden social*”.⁶

2.2. Ley General de Bienes Nacionales

En congruencia con el artículo 4º del CFPC, la LGBN establece que los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación son inembargables:

“Artículo 13.- *Los bienes sujetos al régimen de dominio público de la Federación son inalienables, imprescriptibles e inembargables* y no estarán sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional, o alguna otra por parte de terceros.”

Aparentemente, la LGBN no establece una prohibición general como el CFPC, dado que limita la inembargabilidad a los bienes de la Federación que estén sujetos al régimen de “dominio público”; sin embargo, el artículo 4º en relación con el 3º, fracción III, de la Ley establece que los bienes muebles e inmuebles de la Federación están sujetos al régimen de dominio público o a la regulación específica que señale la ley aplicable.⁷

En otras palabras, por regla general, los bienes muebles e inmuebles de la Federación son inembargables dado que están sujetos al régimen de dominio público; por excepción, si existe una ley especial que establezca un régimen distinto que permita dictar providencia de embargo, tales bienes son susceptibles de embargo.

En el mismo sentido, la exposición de motivos de la LGBN establece que “[u]no de los puntos más relevantes de la iniciativa, es el relativo a reconocer únicamente el régimen de dominio público de la Federación, de tal manera que los bienes nacionales estarían

6 Enciclopedia Jurídica Mexicana VI. *Código de Procedimientos Civiles Federales*. Segunda edición. México. Herrero Hermanos, Editores. 1904. Recuperado en: <http://cdigital.dgb.uanl.mx/la/1020013934/1020013934.PDF>. P. 121-123.

7 Artículo 4.- Los bienes nacionales estarán sujetos al régimen de dominio público o a la regulación específica que señalen las leyes respectivas.

Artículo 3.- Son bienes nacionales: (...)

III.- Los bienes muebles e inmuebles de la Federación; (...)

sujetos a dicho régimen, con excepción de aquellos que tengan una regulación específica establecida en las leyes especiales que fueren aplicables.”⁸

Por tanto, la LGBN establece para la Federación una regla inversa a la aplicable al resto de las personas: *para la Federación la regla general es la inembargabilidad de sus bienes y la excepción la embargabilidad.*

Asimismo, la citada exposición de motivos estableció que la justificación de la inembargabilidad estriba en la necesidad de que los bienes del Estado se destinen a cumplir los fines públicos que tiene a su cargo:

“Ahora bien, el Ejecutivo federal a mi cargo concibe que un Estado moderno debe contar con los bienes que requiera para cumplir adecuadamente sus funciones en beneficio de la sociedad, ya sea que los utilice en la prestación de servicios o en el desempeño de las actividades propias de las instituciones públicas.

De esta manera, el Estado no debe mantener otro tipo de bienes que estén ociosos o desaprovechados, cuyo control, vigilancia, mantenimiento, conservación y protección generan altos costos, en detrimento de los recursos económicos del propio Estado y, en consecuencia, de la debida atención de las necesidades colectivas de interés general.

En este sentido, *todos los bienes que conserve el Estado deben destinarse a cumplir los fines públicos que tiene a su cargo, para lo cual el Gobierno Federal debe contar con la potestad necesaria que le permita conservar, proteger, administrar y aprovechar sus bienes de manera adecuada, siendo el régimen de dominio público el que brinda los elementos jurídicos necesarios para tal efecto.*

Este régimen jurídico otorga a los bienes el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables; hace imposible que sean reivindicados por terceros mientras estén sujetos a dicho régimen; no pueden ser objeto de acción posesoria definitiva o provisional; otorga un carácter especial a los aprovechamientos de los mismos bienes que puede permitírseles realizar a los particulares, y brinda la potestad a las autoridades para dictar las disposiciones que demanden su conservación, protección, vigilancia y aprovechamiento (artículos 13; 14; 25, fracciones II, V, VI y XIV, y 106).

Precisamente son estos elementos los que requiere el Estado para que sus bienes puedan ser utilizados sin obstáculo alguno, en el cumplimiento de sus fines públicos, de tal forma que los bienes que no sean aptos para cumplir estos fines, tendrían que desincorporarse del régimen de dominio público y enajenarse.”

En el mismo sentido, la doctrinal ha justificado la inembargabilidad de los bienes del dominio público en la necesidad de que el Estado pueda cumplir con las obligaciones a su cargo.⁹

8 Exposición de motivos de la LGBN publicada en el DOF el 20/05/2004. <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=jH6QLtI9Ee0Bh7liOfC77MxqKK-FPNT68D2noz3xwFU94A0pojMuqncIU7FNmPGWP7JRXqMdsHHqQ5KGRJ1OBVw==>

9 Véase Martínez R. *Derecho administrativo 3er. y 4o. cursos*. 3ª edición. México. Oxford University Press. 2000. P. 32-33.

2.3. Finalidad de la prohibición

Conforme a los motivos expuestos por el legislador histórico para justificar la prohibición de dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo en contra de las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas, las finalidades de la medida legislativa son las siguientes:

- 1) Evitar que los órganos del poder se coaccionen a sí mismos.
- 2) Evitar que, dentro del Estado, haya un poder superior al mismo poder estatal.
- 3) Evitar que existan gastos no previstos en el presupuesto ni en ley posterior.
- 4) Evitar una conglobación de atribuciones de los poderes públicos.
- 5) Evitar que el Poder Judicial ejerza facultades materialmente legislativas y ejecutivas.
- 6) Evitar que los bienes del Estado se destinen a fines distintos a los públicos que éste tiene a su cargo.

2.4. Interpretación judicial

El criterio jurisprudencial vigente de la SCJN es que si una autoridad administrativa se rehúsa a dar cumplimiento voluntario a una resolución judicial, dicha omisión constituye un acto de autoridad para efectos del amparo, puesto que la prohibición de dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo en su contra (i) la coloca en un plano de desigualdad frente al particular, (ii) deriva de la ley, (iii) su uso indebido afecta la esfera del particular porque le impide obtener la prestación reclamada, y (iv) coloca al particular en estado de indefensión ante la imposibilidad de lograr el acceso a la justicia por las vías ordinarias.

Dichos razonamientos se encuentran plasmados en la jurisprudencia común 2a./J. 85/2011, aprobada el 04 de mayo de 2011 y publicada en el Semanario Judicial con el número de registro 161652, del tenor siguiente:

“DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL O DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. LA OMISIÓN EN DAR CUMPLIMIENTO A UNA SENTENCIA CONDENATORIA DICTADA EN UN JUICIO EN EL QUE FIGURARON COMO DEMANDADAS, CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL AMPARO (ARTÍCULO 4o. DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES). La excepción al principio de igualdad procesal consagrado en el artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Civiles a favor de las dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas al disponer que nunca podrá dictarse en su contra mandamiento de ejecución ni providencia de embargo, no significa

la posibilidad de incumplimiento a una sentencia condenatoria por parte de los órganos estatales, sino que parte de que la entidad estatal cumplirá voluntariamente, por lo que es innecesario acudir a la vía de apremio, lo que así se señala en el segundo párrafo de dicho precepto, al establecer que las resoluciones dictadas en su contra serán cumplimentadas por las autoridades correspondientes, dentro de los límites de sus atribuciones. Sin embargo, en caso de que tal cumplimiento voluntario no se dé, dicha omisión constituye un acto de autoridad que puede combatirse en el juicio de amparo, pues se surten las condiciones para considerar al ente estatal como autoridad en virtud de que: a) Se encuentra colocado en un plano de desigualdad frente al particular, atendiendo precisamente a su calidad de órgano del Estado, pues se le otorga el privilegio de no ser sujeto a ejecución forzosa; b) Tal prerrogativa deriva de la ley, pues ésta responde al cumplimiento voluntario del órgano estatal; c) El uso indebido de ese beneficio implica transgredir la obligación legal de cumplimiento voluntario y afecta la esfera legal del particular porque le impide obtener la prestación que demandó en el juicio en que se dictó sentencia a su favor; y d) La actitud contumaz de la autoridad coloca al particular en estado de indefensión ante la imposibilidad de lograr por las vías ordinarias la justicia que mandata el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

En diciembre de 2016, al resolver la contradicción de tesis 44/2015, la Primera Sala estableció que la prohibición de dictar mandamiento de ejecución y providencia de embargo en contra de las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas establecida expresamente en el CFPC, debe hacerse extensiva a la Administración Pública Municipal, particularmente, a los Ayuntamientos, derivado de una interpretación evolutiva de la norma (tesis 1a./J. 43/2017 (10a.), con número de registro 2014918):

“AYUNTAMIENTOS COMO ENTES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MUNICIPAL. DEBEN CONSIDERARSE COMPRENDIDOS EN LAS HIPÓTESIS DE EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL, PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 4o. DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. El citado precepto establece una regla general de igualdad de las partes en los juicios regidos bajo las normas de ese Código, al señalar que las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación y de las entidades federativas tendrán, en cualquier forma en que intervengan en el procedimiento judicial, la misma situación que otra parte cualquiera; pero acota esa regla general con dos excepciones específicas, a saber: 1) que no se podrá dictar mandamiento de ejecución ni providencia de embargo en contra de los entes públicos allí referidos; y 2) que éstos estarán exentos de prestar las garantías señaladas en el propio ordenamiento. Ahora bien, ese dispositivo no hace mención expresa como destinatarios de esas excepciones a los entes de la Administración Pública Municipal, particularmente, a los Ayuntamientos; sin embargo, esa imprevisión de la norma encuentra explicación en el hecho de que, el Código Federal de Procedimientos Civiles fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1943, y su artículo 4o. no ha tenido cambio alguno desde su expedición; siendo que, en la época de su creación, el sistema federal mexicano se encontraba concentrado en una organización de estructuras y competencias

bajo dos órdenes de gobierno: el federal y el estatal, y los municipios estaban subordinados a este último; y ha sido conforme a la evolución constitucional que ha tenido el Municipio, a través de reformas al artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que éste se ha consolidado como un orden de gobierno y no sólo de administración, con autonomía jurídica y competencia específica en la prestación de determinados servicios públicos. Por tanto, advirtiéndose que la anterior es la razón por la cual el artículo 4o. referido no hace mención expresa del orden municipal, distinguiéndolo del federal y el estatal, se concluye que los entes de la Administración Pública Municipal, entre ellos, los Ayuntamientos, deben considerarse comprendidos en el supuesto jurídico de ese precepto, pues actualmente el Municipio cuenta con los caracteres que lo colocan como nivel autónomo de gobierno que ejerce una administración pública propia y distinta de la que realiza la entidad federativa a la que pertenezca.”

No obstante, la Segunda Sala estableció mediante jurisprudencia que el incumplimiento de un laudo por parte de los Ayuntamientos no constituye un acto de autoridad para efectos del amparo, cuando en la legislación estatal existan procedimientos para lograr su ejecución (tesis: 2a./J. 34/2018 (10a.), con número de registro 2016588):

“AYUNTAMIENTOS. EL INCUMPLIMIENTO A UN LAUDO PRONUNCIADO EN UN JUICIO LABORAL EN EL QUE FIGURARON COMO PARTE DEMANDADA NO CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO, CUANDO EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL RESPECTIVA EXISTA UN PROCEDIMIENTO PARA EJECUTARLO. De la interpretación armónica de las jurisprudencias 2a./J. 85/2011, 2a./J. 31/2014 (10a.) y 2a./J. 79/2014 (10a.), de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, deriva que el incumplimiento a un laudo por parte de los Ayuntamientos no constituye un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo, cuando en la legislación estatal se desarrollen los procedimientos respectivos para ejecutarlo a través de los instrumentos legales que correspondan a ese fin, porque en estos casos las partes en el juicio se ubican en un plano de coordinación que caracteriza a las relaciones laborales, y a la igualdad procesal que subyace en ellas, que se extiende al ámbito de la ejecución de los laudos, sin que obste a lo anterior el hecho de que no se prevean el embargo ni el auxilio de la fuerza pública, porque éstos no son los únicos mecanismos para garantizar la plena ejecución de las resoluciones jurisdiccionales.”

Es decir, de manera implícita la SCJN reconoció que la referida prohibición no es inherente al patrimonio público ni es una regla general y absoluta; tan no lo es que el legislador local puede válidamente excluirla.

Recientemente el Segundo Tribunal Colegiado en Materia del Trabajo en el Séptimo Circuito determinó que la Ley de Bienes del Estado de Veracruz, al establecer la inembargabilidad de los bienes propiedad del Estado, no viola el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque establece una salvedad a dicho privilegio consistente en que los bienes “propios o privados” del Estado sí son embargables. *A contrario sensu*, si no existe una salvedad análoga en la legislación federal, ésta resulta violatoria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Dichos razonamientos se publicaron en el Semanario Judicial de la Federación el 19 de enero de 2019, en la tesis VII.2o.T.196 L (10a.), con número de registro 2018996:

“BIENES DE DOMINIO PÚBLICO Y CUENTAS BANCARIAS APERTURADAS A NOMBRE DE LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DEL ESTADO DE VERACRUZ. EL ARTÍCULO 7o. DE LA LEY RELATIVA, AL DISPONER SU INEMBARGABILIDAD, NO VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 25, NUMERAL 2, INCISO C), DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. El artículo 7o. citado, al establecer que los bienes muebles o inmuebles que son propiedad del Estado, por regla general, son inembargables, y que no puede emplearse la vía de apremio ni dictarse acto de ejecución para hacer efectivas las sentencias dictadas a favor de los particulares, no vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, previsto en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 25, numeral 2, inciso c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues no impide la plena ejecución de un laudo dictado contra las dependencias y entidades estatales, ya que permite su cumplimiento, mediante el embargo de bienes propios o privados previstos en el numeral 4o. de la ley referida; es decir, siempre que no se trate de bienes de dominio público enlistados en el artículo 3o., o de las cuentas bancarias aperturadas a nombre de las dependencias y entidades, cuyos recursos se destinen al pago de obligaciones asumidas en ejercicio del presupuesto estatal. Lo anterior obedece a que el Estado es quien tiene encomendado el servicio público, es decir, satisfacer las necesidades de carácter general cuyo cumplimiento es preeminente y constituye una limitación al interés particular.”

3. ESCRUTINIO DE LA MEDIDA

3.1. Test de proporcionalidad

La SCJN, en la tesis 1a. CCLXIII/2016 (10a.), estableció que el examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse en dos etapas:

La primera etapa consiste en determinar si la medida legislativa limita un derecho fundamental, para lo cual debe precisarse su contenido. De existir una limitación a un derecho fundamental, entonces se debe pasar a la segunda etapa del examen.

En la segunda etapa del examen se debe analizar si existe alguna justificación constitucional para que la medida legislativa limite el derecho fundamental; para ese fin, se debe examinar de forma sucesiva (*i*) si la medida persigue un fin constitucionalmente válido; (*ii*) de ser así, si la medida es idónea para satisfacer el fin constitucional (idoneidad); (*iii*) posteriormente, que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr el fin constitucional pero menos lesivas al derecho fundamental (necesidad); y (*iv*) sólo en caso de que la medida supere el tamiz de necesidad, se debe ponderar si el grado de realización del fin constitucional es mayor al grado de afectación del derecho fundamental (proporcionalidad).

“TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL. El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho en otros términos, debe establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas prima facie o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección prima facie del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.”¹⁰

3.2. Contenido de los derechos fundamentales de acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencia y de igualdad en su vertiente procesal

3.2.1. Acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencia

En el estrato nacional, el artículo 17 constitucional consagra el derecho humano de acceso a la justicia. Derivado de la reforma constitucional publicada en el DOF el 17 de marzo de 1987, el párrafo séptimo del referido artículo reconoce el derecho humano a la plena ejecución de las resoluciones judiciales:

“Artículo 17. (...)

10 Tesis 1a. CCLXIII/2016, con número de registro 2013156.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. (...)

En el mismo sentido, la SCJN ha establecido que el derecho humano de acceso a la justicia comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos:¹¹

1. Etapa previa al juicio, a la que corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción.
2. Etapa judicial, a la que corresponde el derecho al debido proceso.
3. Etapa posterior al juicio, a la que corresponde la ejecución de las resoluciones emitidas.

Asimismo, la SCJN ha destacado que la etapa posterior al juicio tiene relevancia por su instrumentalidad para que la justicia administrada se convierta en una realidad; de otra manera, las sentencias se tornarían ilusorias o terminarían por negar al derecho que se había reconocido (tesis 1a. CCXXXIX/2018 (10a.), con número de registro 2018637):

“DERECHO A LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS, COMO PARTE DE LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA. En el artículo 17, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reconoce el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el cual comprende tres etapas, a las que corresponden determinados derechos: (i) una previa al juicio, a la que corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción; (ii) una judicial, a la que corresponden las garantías del debido proceso; y (iii) una posterior al juicio, que se identifica con la eficacia de las resoluciones emitidas con motivo de aquél. Ahora bien, el derecho a la ejecución de sentencias, como parte de la última etapa, es relevante por su instrumentalidad para que la justicia administrada se convierta en una realidad, evitando que las sentencias se tornen ilusorias o terminen por negar al derecho que se había reconocido. Lo anterior se advierte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los casos Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, y Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú, en los que se consideró que “la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia”, sino que se requiere, además, que el Estado consagre normativamente recursos para ejecutar esas decisiones definitivas y garantice la efectividad de esos medios. Posteriormente en los casos Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) Vs. Perú, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Furlan y Familiares Vs. Argentina, y del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos agregó que “la efectividad de las sentencias depende de su eje-

11 Véase la tesis de jurisprudencia 1a./J. 103/2017 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el número de registro 2015591, de rubro “DERECHO DE ACCESO EFECTIVO A LA JUSTICIA. ETAPAS Y DERECHOS QUE LE CORRESPONDEN”.

cución”, de modo que ésta se establece como un componente fundamental de la protección efectiva de los derechos declarados o reconocidos.”

Por tanto, conforme al marco constitucional, el derecho de acceso a la justicia no se limita a la facultad de someter una controversia al conocimiento de los tribunales y que la misma se tramite conforme a las garantías procesales, sino que también comprende la posibilidad de que la sentencia dictada se convierta en una realidad, mediante su ejecución.

En el ámbito internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25, párrafo 2., inciso c), y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2, párrafo 3, inciso c), ordenan a los Estados garantizar el cumplimiento de toda decisión en la que se haya estimado procedente un recurso:

“Artículo 25. Protección Judicial

(...)

2. Los Estados Partes se comprometen: (...)

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Artículo 2

(...)

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: (...)

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órgano encargado de aplicar e interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹² en la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2003, en el Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, estableció que “*la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia*” sino que “[s]e requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas”.¹³

Posteriormente, al resolver el caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) Vs. Perú, agregó que la obligación del Estado de garantizar los medios para ejecutar las decisiones y sentencias emitidas por las autoridades competentes se funda en que “*una sentencia con carácter de cosa juzgada otorga certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto y, por ende, tiene como uno de sus*

12 Véase el artículo 1º del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

13 Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, Párrafo 79.

Dicho criterio fue reiterado en el caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú (Corte IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, Párrafo 216).

efectos la obligatoriedad o necesidad de cumplimiento” y que “[l]o contrario supone la negación misma del derecho involucrado”.¹⁴

Dicho criterio fue reiterado en las sentencias que resolvieron los casos (i) Mejía Idrovo Vs. Ecuador,¹⁵ (ii) Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador¹⁶ y (iii) Furlan y Familiares Vs. Argentina.¹⁷

3.2.2. Igualdad en su vertiente procesal

El derecho humano a la igualdad inspira el texto constitucional y se constituye como un imperativo implícito para todo el territorio nacional.¹⁸ Los fundamentos constitucionales para su aplicación a los procedimientos judiciales son los artículos 13, 14 y 17,¹⁹ los cuales establecen que:

14 Corte IDH. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198, Párrafo 72

15 Corte IDH. Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, Párrafo 104

16 Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafo 263

17 Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, Párrafo 209.

18 Véase Arteaga E. *Derecho constitucional*. 4ª edición. México. Oxford. P.48.

19 Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

- I. Las autoridades deben procurar la igualdad entre las partes en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio (artículo 17, tercer párrafo).
- II. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales.
- III. Nadie puede tener fuero (artículo 13).
- IV. Nadie puede ser privado de sus derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho (artículo 14).
- V. Los tribunales deben emitir sus resoluciones de manera imparcial (artículo 17, segundo párrafo).

En relación con el derecho humano de igualdad procesal, la Primera Sala de la SCJN estableció que éste ordena *(i)* que las normas procesales procuren la equiparación de oportunidades para las partes y *(ii)* que el Juez, como director del proceso, mantenga esa igualdad al conducir las actuaciones (tesis 1a. CCCXLVI/2018 (10a.), con número de registro 2018777):

“PRINCIPIO DE IGUALDAD PROCESAL. SUS ALCANCES. El derecho al debido proceso, reconocido por los artículos 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha sido entendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como el necesario para que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. En ese sentido, la igualdad procesal de las partes, inmersa en el derecho al debido proceso, está íntimamente relacionada con el derecho de contradicción y constituye el núcleo fundamental del derecho de audiencia que consiste, en esencia, en que toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, se comunique a la contraria para que ésta pueda prestar a ella su consentimiento o formular su oposición. Así, por el principio de igualdad procesal, se procura la equiparación de oportunidades para ambas partes en las normas procesales, pero también se erige como una regla de actuación del Juez, el cual, como director del proceso, debe mantener, en lo posible, esa igualdad

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

Nadie puede ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil.

al conducir las actuaciones, a fin de que la victoria de una de las partes no esté determinada por su situación ventajosa, sino por la justicia de sus pretensiones. Ahora bien, dicho principio no implica una igualdad aritmética o simétrica, por la cual sea exigible la exactitud numérica de derechos y cargas para cada una de las partes, sino que lo que este principio demanda es una razonable igualdad de posibilidades en el ejercicio de sus pretensiones, de modo que no se genere una posición sustancialmente desventajosa para una de ellas frente a la otra; de ahí que las pequeñas desigualdades que pueda haber, requeridas por necesidades técnicas del proceso, no quebrantan el principio referido.”

Por su parte, el Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito, mediante la tesis de jurisprudencia I.14o.T. J/3 (10a.),²⁰ estableció que en virtud de la igualdad procesal las partes deben contar con “*las mismas oportunidades*”.

En el foro internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 10, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, párrafo 1, establecen que todas las personas tienen derecho a ser tratadas con igualdad por los tribunales:

“Artículo 10

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

“Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. (...)”

En resumen, el derecho humano de igualdad procesal se presenta como un mandato doble: por una parte, al legislador para que en el diseño normativo procure la equiparación de oportunidades para las partes y, por otra parte, al juzgador para que mantenga esa igualdad de la ley al dirigir los procedimientos.

3.2.3. Incidencia de la medida en los derechos fundamentales de acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencias e igualdad en su vertiente procesal

La prohibición legal de que los jueces dicten providencias de embargo en contra de las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública Federal impide que las resoluciones judiciales se ejecuten de manera forzosa. Asimismo, constituye una excepción a la igualdad que debe existir entre las partes en los procedimientos ju-

20 Dicha tesis se publicó en el Semanario Judicial de la Federación el 22 de febrero de 2019, con el número de registro 2019394 y el rubro “TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. SU RELACIÓN CON LOS FORMAS- LISMOS PROCESALES.”

risdccionales; el propio artículo 4º del CFPC establece que dentro del procedimiento judicial las partes estarán en la misma situación con la salvedad de la posibilidad de dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo.

Por tanto, la medida legislativa analizada restringe el contenido de los derechos humanos de acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencias y de igualdad en su vertiente procesal.

3.2.4. *Idoneidad*

Una vez que se ha establecido el contenido de los derechos humanos de acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencias e igualdad en su vertiente procesal, así como la incidencia restrictiva de la medida en su contenido, el siguiente paso es determinar si la medida persigue un fin constitucionalmente válido y, de ser así, si ésta es idónea para satisfacerlo.

Evitar que los órganos del poder se coaccionen a sí mismos. Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua, coaccionar es “[e]jercer coacción sobre alguien”,²¹ y coacción, en el contexto jurídico, es el “[p]oder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento o prevalecer sobre su infracción”.²²

Bajo ese entendimiento, la finalidad de la medida es evitar que los órganos del poder ejerzan recíprocamente el poder legítimo del derecho para imponer su cumplimiento. Dicha finalidad no encuentra sustento constitucional.

El artículo 49 de la Constitución consagra el principio de división de poderes, el cual ordena que entre éstos exista “una coordinación o colaboración para lograr un equilibrio de fuerzas y un control recíproco que garantice la unidad política del Estado”.²³

El control que ejercen los órganos de poder entre sí los lleva a emitir actos obligatorios dirigidos a hacer cumplir la Constitución y las leyes; la Constitución regula los diversos mecanismos de control que ejercen recíprocamente los órganos de poder. Por ejemplo:

- 1) El Poder Legislativo tiene facultades para destituir e inhabilitar ministros de la Suprema Corte, magistrados de Circuito, jueces de Distrito, Secretarios de despacho, entre otros servidores públicos, mediante juicio político, con motivo de

21 Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado en: <https://dle.rae.es/?w=coaccionar>

22 Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado en: <https://dle.rae.es/coacci%C3%B3n?m=form>

23 Tesis P./J. 78/2009, con número de registro 166964 y rubro “DIVISIÓN DE PODERES. EL QUE ESTE PRINCIPIO SEA FLEXIBLE SÓLO SIGNIFICA QUE ENTRE ELLOS EXISTE UNA COLABORACIÓN Y COORDINACIÓN EN LOS TÉRMINOS ESTABLECIDOS, PERO NO LOS FACULTA PARA ARROGARSE FACULTADES QUE CORRESPONDEN A OTRO PODER, SINO SOLAMENTE AQUELLOS QUE LA PROPIA CONSTITUCIÓN LES ASIGNA.”

los actos u omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho (artículo 109 fracción I y 110 de la Constitución).

- 2) El Poder Ejecutivo puede ejecutar las leyes frente a los otros poderes (artículo 81 fracción I de la Constitución).
- 3) El Poder Judicial puede declarar la invalidez de actos del Poder Ejecutivo o del Congreso de la Unión que constituyan una invasión a las competencias constitucionales de otro órgano de poder (artículo 105 fracción I de la Constitución).

Así queda claro que la finalidad aducida por el legislador no sólo carece de sustento constitucional, sino que, aún peor, es absolutamente contraria al sistema de equilibrio de fuerzas y control recíproco entre los órganos de poder.

Por si lo anterior no fuera suficiente, la propia Constitución faculta a los Tribunales de la Federación para proceder a la ejecución forzosa de sus resoluciones de amparo que sean incumplidas por razones injustificadas. Así, el artículo 107 constitucional, en su fracción XVI, establece que en tales casos el juzgador procederá a separar de su cargo al titular de la autoridad responsable y a consignarlo ante el Juez de Distrito; y que las mismas providencias se tomarán respecto del superior jerárquico de la autoridad responsable si hubiese incurrido en responsabilidad, así como de los titulares que, habiendo ocupado con anterioridad el cargo de la autoridad responsable, hubieran incumplido la ejecutoria.

Evitar que, dentro del Estado, haya un poder superior al mismo poder estatal. En efecto, el artículo 49 constitucional, al consagrar el principio de división de poderes, busca preservar una relación de equilibrio entre los órganos de poder de manera que ninguno se coloque por encima de los otros; asimismo, el artículo 133 establece que la supremacía corresponde a la Constitución y las autoridades deben dirigir su actuación de conformidad con la misma.²⁴

No obstante que se trata de una finalidad constitucionalmente válida, la medida legislativa no logra “*en algún grado los fines perseguidos por el legislador*”,²⁵ es decir, no aprueba el examen de idoneidad.

El hecho de que el Poder Judicial pueda dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo en contra de las instituciones, servicios y dependencias de la Adminis-

24 Recordemos que Hans Kelsen sostiene que “[c]ada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción de derecho, frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior”. Kelsen, H. “*La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*”. Kelsen H. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (justicia constitucional)*. Recuperado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/31/tc.pdf>

25 Tesis 1a. CCLXVIII/2016, con número de registro 2013152 y rubro “*SEGUNDA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA IDONEIDAD DE LA MEDIDA LEGISLATIVA.*”

tración Pública de la Federación, no lo coloca en un plano de supra a subordinación frente al resto de los poderes, puesto que actúa en un esquema de pesos y contrapesos, en el que se requiere la instancia de las partes y la intervención de los otros órganos de poder para hacer cumplir sus determinaciones.

Los órganos jurisdiccionales requieren de una ley emitida por el Congreso de la Unión que establezca con precisión la forma en la que deben proceder al dictar mandamientos de ejecución o providencias de embargo y, además, requieren de la asistencia de las autoridades administrativas para materializarlos, por ejemplo, de la Policía (artículo 432 del CFPC) o del Registro Público de la Propiedad (artículo 477 del CFPC).

Además, concluir lo contrario implicaría que tanto el Poder Ejecutivo como el Legislativo se colocaran en un plano de supra a subordinación respecto del Poder Judicial, en los supuestos en los que aquéllos actúan como contrapeso de éste, lo cual es desacertado; el hecho de que la Cámara de Diputados apruebe el Presupuesto de Egresos del Poder Judicial (artículo 74, fracción IV, de la CPEUM) o de que el Ejecutivo proponga las ternas para la designación de Ministros de la SCJN (artículo 89, fracción XVIII, de la CPEUM), no implica que el Poder Judicial se encuentre subordinado a dichos órganos de poder.

Evitar que existan gastos no previstos en el presupuesto ni en ley posterior. Esta finalidad tiene sustento constitucional en el artículo 126 constitucional, el cual prohíbe que se realicen pagos que no estén comprendidos en el presupuesto de egresos o determinados por una ley posterior:

“Artículo 126. No podrá hacerse pago alguno que no esté comprendido en el Presupuesto o determinado por la ley posterior.”

Además, la medida es apta para cumplir dicha finalidad constitucional, puesto que la prohibición general de dictar providencia de embargo contra los bienes del Estado incluye al dinero público de la Federación cuyo destino se encuentra determinado por el Presupuesto de Egresos o por leyes posteriores.

En el Derecho Español, Luis Ángel Ballesteros Moffa, considera que el “principio de legalidad presupuestaria” en comento tiene como finalidad controlar el gasto público que ejercen los órganos administrativos, de manera que no puedan realizar pagos de forma arbitraria.

Sin embargo, el referido autor señala que dicho principio no resulta aplicable a las providencias de embargo puesto que constituyen actos relativos a la función judicial, las cuales se encuentran fuera de la órbita administrativa.²⁶

26 Véase Ballesteros L. *La Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Privilegio de Inembargabilidad de los Bienes y Derechos Públicos (Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio)*. Recuperado en: [file:///D:/Downloads/1999_148_195%20\(5\).pdf](file:///D:/Downloads/1999_148_195%20(5).pdf).

Y agrega que “[a]l hilo de esta misma idea, puede afirmarse incluso que del propio fundamento de la legalidad presupuestaria se deriva la exigencia de la ejecución judicial. Si aquélla atiende al objetivo de control del gasto público, puede defenderse que así como la institución presupuestaria resulta operativa a estos efectos en aquellos supuestos de actuación administrativa de gasto, debe ser la ejecución judicial la que entre en juego cuando la Administración no actúe cuando, sin embargo, deba hacerlo. Es decir, frente a lo que siempre se entiende como un adecuado control del gasto público, el que la iniciativa administrativa a este respecto cuente con respaldo presupuestario, a veces se olvida que el garantizar la satisfacción de aquellos gastos obligados en los supuestos en que la Administración no lo hace también supone un correcto y necesario control de los mismos.”²⁷

En el Derecho Mexicano esta postura tiene un obstáculo importante puesto que el texto constitucional establece expresa y claramente la prohibición de efectuar pagos no comprendidos en el presupuesto ni en ley posterior de manera genérica, aunado a que los jueces constitucionales no han limitado dicha prohibición a la función administrativa. Por tanto, la finalidad en estudio supera la primera etapa del examen de constitucionalidad.

Evitar una conglobación de atribuciones de los poderes públicos. El texto constitucional no establece ninguna prohibición para que los poderes públicos ejerzan las atribuciones de forma conjunta.²⁸ Incluso, el Pleno de la SCJN ha reconocido que “en varios casos se da una concurrencia de poderes, como ocurre, por ejemplo, en la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en que participan el Poder Legislativo, a través de la Cámara de Senadores, que hace la designación, y el presidente de la República, titular del Poder Ejecutivo, que presenta ternas para que de ellas se seleccione a quienes se designe”.²⁹

Aún más, el texto constitucional prevé supuestos en los que exactamente la misma atribución puede ser válidamente ejercida por más de un órgano de poder. A manera de ejemplo, tanto el Presidente de la República como los Diputados y Senadores del Congreso de la Unión tienen atribuciones para iniciar leyes (artículo 71 fracciones I y II de la Constitución); asimismo, el Presidente de la República, el Pleno de la SCJN y el Senado, pueden designar integrantes del Consejo de la Judicatura Federal (artículo 100 de la Constitución).

En conclusión, evitar la conglobación de atribuciones no es una finalidad constitucionalmente válida.

27 Véase Ib. P. 221.

28 Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, conglobar significa “[u]nir, juntar cosas o partes, de modo que formen un conjunto o montón”. Consúltase: <https://dle.rae.es/conglobar>

29 Tesis: P. CLVIII/2000, con número de registro 191089 y rubro “PODERES DE LA FEDERACIÓN. LAS ATRIBUCIONES DE UNO RESPECTO DE LOS OTROS SE ENCUENTRAN LIMITATIVAMENTE PREVISTAS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS LEYES QUE A ELLA SE AJUSTAN.”

Evitar una usurpación de facultades al Legislativo y Ejecutivo. El sistema de división de poderes previsto en el texto constitucional no es de carácter rígido sino flexible; es decir, “admite excepciones expresamente consignadas en la Carta Magna, mediante las cuales se permite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo o el Poder Judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponden a la esfera de atribuciones de otro poder”.³⁰

Por tanto, no existe fundamento constitucional que prohíba que el Poder Judicial ejerza facultades materialmente legislativas o ejecutivas.

Evitar que los bienes del Estado se destinen a fines distintos a los públicos que éste tiene a su cargo. Conforme al artículo 134 constitucional, los recursos económicos de la Federación deben administrarse de manera que satisfagan los objetivos a los que están destinados:

“Artículo 134. *Los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.*
(...)”

Esto significa que por mandato constitucional los bienes del Estado deben destinarse a satisfacer las finalidades públicas que éste tiene a su cargo que son “las necesidades colectivas o sociales, o los servicios públicos”.³¹

Ahora cabe preguntarse si mediante el pago de obligaciones líquidas derivadas de una resolución judicial dictada en un procedimiento en el que el Estado se sitúa en un plano de coordinación, se satisfacen las finalidades públicas que éste tiene a su cargo.

Tal y como lo señala Luis Ángel Ballesteros Moffa citando a Martín Bassols Coma, “el fenómeno de la inejecución o retraso en la ejecución no sólo perjudica a los particulares afectados, sino que también perjudica financieramente a los intereses públicos –al tener que abonar cuantiosos intereses de demora– y constituye un atentado al principio de eficiencia y economía del gasto público (art. 31 de la Constitución) y al principio de buena administración (...)”.³²

Además, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, la Constitución reconoce el pago de la indemnización como una cuestión inherente a la prestación de los servicios públicos que el Estado tiene a su cargo.

30 Tesis con número de registro 237686 y rubro “*DIVISION DE PODERES. SISTEMA CONSTITUCIONAL DE CARACTER FLEXIBLE*”.

31 Jurisprudencia con número de registro 388026 y rubro “*GASTO PUBLICO, NATURALEZA CONSTITUCIONAL DEL*”.

32 Ballesteros L. Op cit. P. 216.

El jurista mexicano Álvaro Castro Estrada sostiene que, dado que la colectividad se beneficia de la actividad administrativa del Estado, es la misma colectividad quien debe contribuir a la reparación de los daños que cause dicha actividad.³³

Sobre la misma línea, la exposición de motivos de la reforma constitucional publicada en el DOF el 14 de junio de 2002, retoma las ideas de Álvaro Castro Estrada en su obra “Responsabilidad Patrimonial del Estado”,³⁴ y reconoce que no se busca convertir el patrimonio público en una especie de “aseguradora universal”, ni menos aún, entorpecer la actividad de las funciones públicas; sino que implementa un mecanismo de distribución de las cargas públicas.³⁵

Es decir, el propio texto constitucional reconoce que mediante el pago de las indemnizaciones derivadas de la responsabilidad en la que incurre el Estado con motivos de su actuación lícita o ilícita, sea en la prestación de servicios públicos o en la satisfacción de necesidades colectivas o sociales, se satisfacen las finalidades públicas que el Estado tiene a su cargo.

Esto tiene absoluta lógica pues lo contrario implicaría concluir que, por una parte, la prestación de servicios o la satisfacción de necesidades colectivas o sociales como tal, son actividades con finalidades públicas; pero que todos los actos realizados para lograr dicha prestación o satisfacción no tienen finalidades públicas.

Bajo análogas consideraciones, el pago de obligaciones líquidas derivadas de resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos en los que el Estado se sitúa en un plano de coordinación satisface las finalidades públicas que éste tiene a su cargo.

Aún más, si este argumento se lleva a sus últimas consecuencias, se cae en el absurdo de decir que el Estado tiene prohibido destinar sus bienes para cumplir –incluso voluntariamente– las sentencias dictadas en su contra.

Por tanto, la medida legislativa no es apta para evitar que los bienes del Estado se destinen a fines distintos a los públicos que éste tiene a su cargo.

3.5. Necesidad

Derivado del examen de idoneidad, tenemos que la medida supera el tamiz de idoneidad únicamente en relación con la finalidad constitucional de evitar que existan gastos no previstos en el presupuesto ni en una ley posterior, derivada del artículo 126 constitucional.

33 Castro A. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. 1ª edición. México. Editorial Porrúa. 1997. P. 301.

34 “Tal iniciativa, sin citar ninguna fuente doctrinal, se fundamenta primordialmente en las tesis defendidas por el Jurista Avaro Castro Estrada en su obra *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, editorial Porrúa, primera edición, 1997, y la propuesta de los legisladores de adicionar un segundo párrafo al artículo 113 de nuestra Ley Suprema, es exactamente la misma que hace el prenombrado jurista.”

35 EXPOSICION DE MOTIVOS. CAMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS. EXPOSICION DE MOTTIVOS. México, D.F., a 22 de abril de 1999. INICIATIVA DE DIPUTADOS (GRUPO PARLAMENTARIO DEL PRI).

El siguiente paso es analizar si existen medidas alternativas que, siendo igualmente idóneas para alcanzar dicha finalidad constitucional, sean menos lesivas al derecho fundamental de acceso a la justicia e igualdad.

En efecto, existen medidas alternativas para evitar que existan gastos no previstos en el presupuesto ni en ley posterior y que también se pueda lograr el cumplimiento forzoso de sentencias dictadas en contra de las instituciones servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación.

En primer lugar, la medida es sobre inclusiva puesto que se refiere a todo tipo de bienes y, por el contrario, el artículo 126 constitucional únicamente se refiere a dinero.

Por tanto, una medida alternativa sería limitar la prohibición general de dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo únicamente para el dinero público de la Federación. En este escenario el privilegio no se establece en razón del sujeto sino del objeto.

Y, aun más, en el caso del dinero público de la Federación, ordenar que se establezcan partidas presupuestales específicas destinadas exclusivamente al cumplimiento forzoso de sentencias dictadas en contra de las instituciones servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación.

Dicha medida no es ajena al ordenamiento jurídico mexicano. La propia Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en su artículo 47, establece que los órganos de poder que ejerzan gasto público deben cubrir las obligaciones derivadas de resoluciones definitivas emitidas por autoridad competente con cargo a sus respectivos presupuestos.³⁶ En ese sentido, los ejecutores del gasto deben prever dichos egresos en sus proyectos de presupuesto de egresos. En congruencia con lo anterior, el artículo 5° de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, impone a los entes públicos federales la obligación de prever partidas presupuestales por concepto de responsabilidad patrimonial.³⁷

Además, en el caso en que los recursos monetarios presupuestados para dichos fines no sean suficientes, la propia ley debe prever mecanismos para que las autoridades

36 Artículo 47.- Los ejecutores de gasto, con cargo a sus respectivos presupuestos y de conformidad con las disposiciones generales aplicables, deberán cubrir las contribuciones federales, estatales y municipales correspondientes, así como las obligaciones de cualquier índole que se deriven de resoluciones definitivas emitidas por autoridad competente. (...)

37 Artículo 5.- Los entes públicos federales cubrirán las indemnizaciones derivadas de responsabilidad patrimonial que se determinen conforme a esta Ley, con cargo a sus respectivos presupuestos. Los pagos de las indemnizaciones derivadas de responsabilidad patrimonial se realizarán conforme a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio fiscal correspondiente, sin afectar el cumplimiento de los objetivos de los programas que se aprueben en el Presupuesto de Egresos de la Federación. En la fijación de los montos de las partidas presupuestales deberán preverse las indemnizaciones que no hayan podido ser pagadas en el ejercicio inmediato anterior, según lo dispuesto en los artículos 8 y 11 de la presente Ley.

se alleguen de los recursos necesarios. Actualmente existe la posibilidad de realizar adecuaciones presupuestarias, en los términos del artículo 57 y siguientes de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

En el mismo sentido, el Pleno de la SCJN estableció que “aunque las diversas autoridades vinculadas al cumplimiento del fallo protector pueden solicitar al órgano legislativo competente (...) la ampliación del presupuesto respectivo, también tienen la obligación de instrumentar los mecanismos de transferencias o adecuaciones de las partidas que integran el presupuesto previamente autorizado”.³⁸

La medida legislativa vigente impide de manera genérica que se dicte mandamiento de ejecución o providencia de embargo en contra de los bienes de la Federación; en cambio, la medida alternativa propuesta limita dicha prohibición al dinero público de la Federación que no se encuentre afecto al cumplimiento de sentencias conforme al Presupuesto de Egresos o leyes posteriores, permitiéndose la ejecución de todos los demás bienes de la Federación sin dejar de considerar las limitantes particulares establecidas en razón del objeto por el propio CFPC (artículo 434 CFPC).

Por tanto, toda vez que existen medidas alternativas que siendo igualmente idóneas para cumplir la finalidad constitucional resultan menos restrictivas a los derechos humanos de acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencias e igualdad procesal, es inconstitucional la medida prevista en el artículo 4º del CFPC y 13 de la LGBN.

Dado que ya quedó demostrada la inconstitucionalidad de la medida, se torna innecesaria la evaluación de su proporcionalidad.

No obstante, cabe subrayar que la medida tampoco supera el examen de proporcionalidad pues, por un lado, los derechos humanos de acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencias e igualdad procesal, se restringen de forma absoluta ya que la ejecutorias se tornan inoperantes para los justiciables; y, por otro el lado, la realización de la finalidad constitucional en análisis es mínima dado que en la mayoría de los casos la ejecución podría despacharse sobre bienes distintos al dinero.

4. ÓRGANOS REGULADORES COORDINADOS Y EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO

Mediante reforma constitucional publicada en el DOF el 20 de diciembre de 2013, se crearon los órganos reguladores coordinados en materia energética, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía. Asimismo,

38 Tesis P./J. 5/2011, con número de registro 162469 y rubro “*SENTENCIAS DE AMPARO CUYO CUMPLIMIENTO IMPLICA UN PAGO. AUN CUANDO LAS AUTORIDADES PUEDAN SOLICITAR UNA AMPLIACIÓN DEL PRESUPUESTO PARA ACATARLAS TAMBIÉN ESTÁN OBLIGADAS A INSTRUMENTAR SIMULTÁNEAMENTE, PARA ESE FIN, MECANISMOS DE TRANSFERENCIAS Y ADECUACIONES DE LAS PARTIDAS QUE LO INTEGRAN.*”

PEMEX y CFE pasaron de ser a organismos descentralizados a ser empresas productivas del Estado.

La prohibición de dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo analizada se establece respecto de las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública de la Federación.

Conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, los órganos reguladores coordinados en materia energética son dependencias de la administración pública federal centralizada.³⁹ Por tanto, se ubican dentro de la prohibición establecida en los artículos 4º del CFPC y 13 de la LGBN, cuya inconstitucionalidad se puso de manifiesto a lo largo del presente análisis.

No sucede lo mismo con las empresas productivas del Estado; conforme al criterio de la Segunda Sala de la SCJN, dichas entidades forman parte de la administración pública paraestatal.

Asimismo, la Segunda Sala estableció que las empresas productivas del Estado tienen un régimen jurídico distinto a la lógica tradicional de controles y jerarquía administrativa, en virtud del cual, en lo no previsto por su ley, reglamento y disposiciones, aplica el derecho civil y mercantil. Esto, con la finalidad de que puedan competir con flexibilidad y autonomía en las industrias que se les encomiendan.

El referido criterio de la Segunda Sala es del tenor siguiente:

“EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO. SU NATURALEZA. El régimen transitorio de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de energía, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 20 de diciembre de 2013, ordenó la transformación de Petróleos Mexicanos y de la Comisión Federal de Electricidad en empresas productivas del Estado. De los preceptos reformados y los objetivos perseguidos se advierte que dichos entes son empresas públicas de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con el mandato constitucional de crear valor económico a fin de incrementar los ingresos de la Nación, con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental. Por otro lado, y como el artículo 90 constitucional señala que la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal, se concluye que *las empresas productivas del Estado son una nueva categoría de entidades paraestatales con un régimen jurídico especial y diferenciado, alejado de la tradicional lógica de controles y jerarquía administrativa, basado en principios de gobierno corporativo. Por ello y a pesar de que el fundamento de su creación son normas de derecho público, su operación se rige, en lo no previsto por su ley, reglamento y disposiciones que de*

39 Artículo 20.- En el ejercicio de sus atribuciones y para el despacho de los negocios del orden administrativo encomendados al Poder Ejecutivo de la Unión, habrá las siguientes dependencias de la Administración Pública Centralizada:

III. Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética a que hace referencia el artículo 28, párrafo octavo, de la Constitución.

*éstos emanen, por el derecho civil y mercantil. Con este régimen diferenciado se pretende que las empresas productivas del Estado puedan competir con flexibilidad y autonomía en las industrias que se les encomiendan y así cumplir con su mandato constitucional.*⁴⁰

En esas condiciones y atendiendo al principio pro persona,⁴¹ las empresas productivas del estado no tienen el carácter de instituciones, servicios ni dependencias de la Administración Pública de la Federación, por lo que no les aplica la prohibición general de dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo en su contra.⁴²⁴³

Sin embargo, las leyes reglamentarias de dichas empresas productivas del Estado establecen la inembargabilidad de los bienes inmuebles que les correspondan a ellas y a sus empresas subsidiarias, de conformidad con la LGBN:

Ley de Petróleos Mexicanos

“Artículo 88.- Los bienes inmuebles de Petróleos Mexicanos y de sus empresas productivas subsidiarias estarán sujetos al régimen de dominio público de la Federación conforme a las disposiciones que para tal figura jurídica establecen la Ley General de Bienes Nacionales y esta Ley. (...)”

40 Tesis 2a. LXXX/2018 (10a.), con número de registro 2017897.

41 El principio pro persona mandata interpretar las normas que impongan limitaciones a los derechos humanos de la manera más restrictiva posible. Dado que la prohibición de dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo limita los derechos humanos de acceso a la justicia e igualdad, deben interpretarse de manera restringida, sin incluir más sujetos que los expresamente previstos en la prohibición.

42 Recientemente, el Tribunal Colegiado en Materias de Trabajo y Administrativa del Décimo Tercer Circuito, al resolver el recurso de queja 216/2017 de su índice, determinó –a nuestro parecer de manera equivocada– que todos los bienes de Petróleos Mexicanos, incluidas sus cuentas bancarias, “*están sujetos al régimen de dominio público de la Federación y son inembargables, en términos de lo dispuesto por el artículo 25, párrafo cuarto, de la Constitución Federal, numerales 1o. y 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y los artículos 3, fracciones III y IV, 7, fracción XX y 13 de la Ley General de Bienes Nacionales*”.

Véase la tesis aislada XIII.I.T.A.13 L (10a.), con número de registro 2015963, de rubro “*EMBARGO DE CUENTAS BANCARIAS PROPIEDAD DE PETRÓLEOS MEXICANOS, DECRETADO Y TRABADO EN EJECUCIÓN DE LAUDO. CONSTITUYE UN ACTO DE IMPOSIBLE REPARACIÓN, DENTRO DE DICHA ETAPA, QUE HACE PROCEDENTE EL JUICIO DE GARANTÍAS INDIRECTO, EN TÉRMINOS DE LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 107 DE LA LEY DE AMPARO*”.

43 En la propia exposición de motivos de la Ley de Petróleos Mexicanos se reconoce que la inembargabilidad sólo se reconoce respecto de los bienes inmuebles: “*Así, se establece que los actos relativos a la disposición, uso y disfrute de los bienes de Petróleos Mexicanos y sus empresas subsidiarias se regirán por la legislación común, por lo que no será aplicable la Ley General de Bienes Nacionales. El matiz que se hace respecto a lo señalado en el párrafo anterior, radica en que únicamente los bienes inmuebles de Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias seguirán sujetos al régimen de dominio público (inalienables, imprescriptibles e inembargables)*”.

Véase Exposición de Motivos de la Ley de Petróleos Mexicanos, recuperada el 13 de febrero de 202 en: <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=pwUhdN-vCSySjs8D73SRJEG4qjaENfAnRK+1FFPXDPkd9lMMVsk3OhGo1Ers+r4q/4wygVkDfNCs2vXYC-Twsa0A==>

Ley de la Comisión Federal de Electricidad

“Artículo 90.- Los bienes inmuebles de la Comisión Federal de Electricidad y de sus empresas productivas subsidiarias estarán sujetos al régimen de dominio público de la Federación conforme a las disposiciones que para tal figura jurídica establecen la Ley General de Bienes Nacionales y esta Ley. (...)”

Conforme a lo expuesto al analizar la constitucionalidad de la prohibición general de dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo, los artículos 88 y 90 transcritos son inconstitucionales en virtud de que no existe razón de orden constitucional que justifique la inembargabilidad de los bienes inmuebles de dichas empresas.

5. CONCLUSIONES

- El artículo 4º del CFPC y 13 de la LGBN establecen una prohibición en razón del sujeto para dictar mandamiento de ejecución o providencia de embargo en contra de los bienes de las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública Federal.
- La SCJN ha establecido que dicha prohibición sitúa a las instituciones, servicios y dependencias de la Administración Pública Federal en un plano de superioridad frente al particular que lo legitima para acudir al amparo en caso de que no exista cumplimiento voluntario de una sentencia.
- Recientemente, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia del Trabajo en el Séptimo Circuito determinó que la Ley de Bienes del Estado de Veracruz, al establecer la inembargabilidad de los bienes propiedad del Estado, no viola el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque establece una salvedad a dicho privilegio: los bienes “propios o privados” del Estado sí son embargables. *A contrario sensu*, si no existe una salvedad análoga en la legislación federal, ésta resulta violatoria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.
- La prohibición referida impide que las resoluciones judiciales se ejecuten de manera forzosa. Asimismo, constituye una excepción a la igualdad que debe existir entre las partes en los procedimientos jurisdiccionales. Por tanto, incide en forma restrictiva en los derechos humanos de acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencias e igualdad procesal.
- La prohibición persigue una finalidad constitucionalmente válida: evitar que existan pagos no comprendidos en el presupuesto ni en ley posterior, en los términos del artículo 126 constitucional.
- La prohibición no es necesaria toda vez que existen medidas alternativas que siendo igualmente idóneas para alcanzar la finalidad constitucional mencionada, son menos restrictivas a los derechos humanos de acceso a la justicia en su vertiente de ejecución de sentencias e igualdad procesal. Por ejemplo, limitar la

prohibición al dinero público y establecer la obligación de presupuestar partidas especialmente destinadas al cumplimiento forzoso de sentencias.

- La prohibición incluye todos los bienes de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y a la Comisión Reguladora de Energía debido a que tienen la naturaleza de entidades de la administración pública federal; misma que resulta inconstitucional.
- La prohibición no incluye todos los bienes de PEMEX y de CFE puesto que no tienen la naturaleza de instituciones, servicios ni dependencias de la administración pública federal; sin embargo, sus leyes especiales establecen la inembargabilidad de los bienes inmuebles que les corresponden, la cual resulta inconstitucional debido a que no existe ninguna norma ni principio constitucional que la justifique.

6. BIBLIOGRAFÍA

Arteaga E. Derecho constitucional. 4ª edición. México. Oxford. P.48.

Ballesteros L. La Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el Privilegio de Inembargabilidad de los Bienes y Derechos Públicos (Comentario a la STC 166/1998, de 15 de julio). Recuperado en: [file:///D:/Downloads/1999_148_195%20\(5\).pdf](file:///D:/Downloads/1999_148_195%20(5).pdf).

Castro A. Responsabilidad Patrimonial del Estado. 1ª edición. México. Editorial Porrúa. 1997. P. 301.

Del Refugio, M. “Los nuevos comienzos en la historia del Derecho en México (1810-1917)”. En A. Mayer. México en tres momentos: 1810-1910-2010. Primera edición. México. Universidad Nacional Autónoma de México. P. 180.

Kelsen H. La garantía jurisdiccional de la Constitución (justicia constitucional). Recuperado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/31/tc.pdf>

Martínez R. Derecho administrativo 3er. y 4o. cursos. 3ª edición. México. Oxford University Press. 2000. P. 32-33.



DECIDIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. PROPUESTA DE UN TEST PARA DETERMINAR CUÁNDO LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON DISPONIBLES EN LAS DEMOCRACIAS

PABLO FRANCISCO MUÑOZ DÍAZ*

A don Carlos Müggensburg Rodríguez Vigil

RESUMEN: El presente artículo analiza el papel de los derechos fundamentales como un posible límite sustancial de la democracia, la cual debe conceptualizarse en dos aspectos –sustancial y formal–. Así, a partir de cómo nuestro Máximo Tribunal ha resuelto ciertos casos relevantes, se propone un test para determinar cuándo una mayoría instaurada mediante un sistema democrático puede decidir o no sobre los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, democracia, test de decidibilidad.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES (LA POSIBILIDAD DE DECIDIR SOBRE ELLOS). 2.1. El territorio inviolable. 2.2. El «coto vedado». 2.3. La «esfera de lo decidible» y la «esfera de lo indecidible». III. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA DECIDIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 3.1. Caso Gelman v. Uruguay (2011). 3.2. Caso Hirst v. Reino Unido. IV. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL TEST DE DECIDIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO UNA PROPUESTA ENTRE LO DECIDIBLE Y LO NO DECIDIBLE. V. CONCLUSIONES. VI. FUENTES DE CONSULTA.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad no debería de existir la duda o, al menos, todos podemos coincidir en que es imposible imaginar un Estado moderno sin democracia. Pues sólo a partir de ésta se puede concebir un modelo de Estado constitucional, en el cual se garantizan los derechos fundamentales, existe un equilibrio de poderes y se limita el actuar gubernamental a través de medios de control de constitucionalidad, tanto de leyes como de actos.

Ahora bien, el problema conceptual que conlleva fincar a la democracia como pilar del Estado contemporáneo no es trivial, ya que ello presupone la existencia de una mayo-

* Profesor de la materia de Ética y Argumentación Jurídica en la Escuela Libre de Derecho

ría que se considerará legitimada para representar la llamada «soberanía popular» y zanjar, no sólo la generalidad de las decisiones gubernamentales, sino también hará posible la existencia de leyes y, sobre todo, de cambios constitucionales.

Así, dicha mayoría instaurada por un sistema democrático y representante de la «soberanía popular» asumirá en la toma de decisiones aquello que se considere, en términos coloquiales, como «lo mejor para todos»; establecerá o modificará el ordenamiento jurídico de acuerdo con su visión de mayorías y conforme a su proyecto político, lo cual muchas veces tendrá un costo cargado a las minorías y proporcionalmente un beneficio a la colectividad.

Es importante tener en cuenta que la expresión de «soberanía popular» ha sido utilizada como un fundamento del Derecho y para establecer –o bien, pretender resolver el problema clásico de la política– quién debe mandar en un Estado determinado. De igual forma, con dicha expresión se ha pretendido denotar un acuerdo fundamental suscrito por «el pueblo», el cual ejerce la soberanía y decide sobre casi todos los aspectos a través de una Constitución. Asimismo, el término de «soberanía popular» se utiliza también para señalar la titularidad del poder político, lo que en términos constitucionales implicaría, no sólo la titularidad del poder constituyente, sino también el ejercicio de los poderes constituidos.¹

En tal contexto, la soberanía popular siempre ha tenido un papel vital para la comprensión de aquello que configura un sistema democrático: como gobierno del pueblo por el pueblo y para el pueblo –en la mejor retórica de Abraham Lincoln–, aunque las maneras de organización y funcionamiento sean diversas en cada país². El consenso como línea fundamental de la actividad política, la representación política para el funcionamiento de aquélla y la reglamentación del poder a través del voto y de los derechos fundamentales, son los tres vértices que continúan generando una prolífica discusión académica y así como dificultades reales en la actualidad del Estado democrático o de derecho.

Este concepto, ciertamente no el único, pero que se ha utilizado para la determinación de los aspectos de un determinado sistema político derivó de los movimientos liberales del siglo XVIII. Si bien han existido diversas formulaciones de dicho concepto se pueden señalar como sus rasgos más relevantes los siguientes:

El Estado de derecho nació [...] como una fórmula de compromiso que implicaba aunar diversas «garantías formales» proclamadas por una Constitución que consagra una división de poderes y el principio de legalidad, con una serie de «garantías mate-

1 Para un análisis histórico en el que son claras estas acepciones se encuentra en: **PISARELLO, Gerardo.** *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Editorial Trotta, 2011.

2 **LIPJHART, Arend,** *Patterns of democracy. Government forms and performance in thirty-six countries*. 2ª ed., New Haven, Yale University Press, 2012, págs. 1 y ss.

riales», ya que el primado de la ley reposaba en su carácter de expresión de la voluntad general y en su inmediata orientación a la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos.³

Debe destacarse que dicho concepto, el cual refleja los elementos básicos para el funcionamiento y límites de actuación del Estado, ha sido objeto de diversos adjetivos a lo largo de los cambios sociales, motivo por el cual se llega a hablar de Estado de derecho liberal, social, constitucional y/o democrático.

Así, como se advirtió anteriormente, cuando por medio de un proceso democrático una mayoría alcanza el poder político gubernamental y asume la representación legislativa, se plantea si ello conlleva o no el poder de decisión sobre cualquier institución jurídica o, mejor aún, sobre los derechos fundamentales. Sobre todo, a partir de que dicha mayoría tiene entre las más importantes atribuciones la de hacer cambios constitucionales.

En buena medida, la respuesta directa y resumida es que la propia democracia cuenta con límites sustanciales que frenan sin atajos a esa mayoría democrática.

Esto es así, en atención a una posible «*tiranía de la mayoría*» autoproclamada representante de la soberanía popular o, sin tapujos, del mismo «*pueblo*».

Por lo tanto, este trabajo pretende reflejar el papel de los derechos fundamentales como un posible límite sustancial de la democracia, misma que es entendida en dos aspectos –sustancial y formal–, así como proponer un test, a partir de cómo nuestro Máximo Tribunal ha resuelto ciertos casos relevantes, para determinar cuándo una mayoría instaurada mediante un sistema democrático puede decidir o no sobre los derechos fundamentales.

II. DEMOCRACIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES (LA POSIBILIDAD DE DECIDIR SOBRE ELLOS)

Los derechos fundamentales pueden ser analizados a partir de diferentes concepciones –iusnaturalistas, positivistas, post-positivistas, realistas, entre otras– y esto es así como cualquier Teoría del Derecho. Por lo tanto, no es intención de este trabajo entrar al debate propuesto por las diversas corrientes que pretenden explicar qué es el Derecho, ni tampoco definir una postura sobre si los derechos fundamentales son dados o son reconocidos. Damos por consabida la existencia de los derechos fundamentales y es intención de este trabajo estudiarlos desde su función natural de límite al actuar de las autoridades y del Estado, los cuales no sólo los restringe, sino los obliga a que todos sus actos los respeten.

3 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. 10ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2010, pág. 226.

Por ende, el presente estudio pretende determinar cuándo los derechos fundamentales pueden formar parte de la decisión de las mayorías democráticas y cuándo se presentan como un núcleo indecible por esas mayorías. Para lograr dicha determinación se propondrá un «*test de decidibilidad*». En esto se centrará el análisis de este trabajo.

Por otro lado, bajo la consideración de una relatividad histórica de la mayoría de los conceptos y valores políticos, resulta complejo establecer una definición mínima de democracia. Más aún cuando no corresponde a este trabajo enfrascarse en semejante tarea, máxime si esta noción ha sido utilizada para describir regímenes políticos tan disímiles que van desde la antigua Atenas con la democracia de Pericles hasta una obsoleta Unión Soviética con la democracia del proletariado. AL igual que la democracia como sustantivo ha sido aderezada con los más diversos adjetivos –democracia cristiana, liberal, social, popular–, por ello resulta complejo determinar un concepto aplicable y unívoco para la actualidad.⁴

Sólo debe darse por sentado que la democracia establece las reglas del juego para elegir y ejercer el poder político, y que tales reglas se encuentran establecidas en un documento constitucional bajo la premisa de una matriz de mayorías.

Por eso, en consecuencia, resulta adecuado citar a Norberto Bobbio cuando indicaba que: concertar un concepto de la democracia es una cuestión necesaria ya que, sin un acuerdo sobre los contenidos de ésta, es imposible llegar a una definición. Acorde al enfoque realista del filósofo italiano, se señala que la única definición que puede llegar a dicho objetivo es una definición mínima, como la que se ha propuesto líneas arriba.

Sin embargo, para Bobbio, un régimen democrático es principalmente un agregado de reglas procedimentales para la formación de decisiones colectivas, en donde la participación más amplia de los interesados está prevista y es facilitada⁵. Las seis reglas formuladas por Bobbio, a las cuales denominó «*reglas del juego*» debían respetarse dentro de un régimen político para poder ser denominado democrático. Y en caso de una modificación –voluntaria o no–, no podría darse dicha denominación de democrático a un régimen político.

La primera regla es la condición de «*la igualdad como inclusividad*», es decir, que todos los ciudadanos deben participar en la toma de decisiones –principalmente a través del voto– y sin ningún tipo de discriminación. La segunda regla impone la pauta de «*igualdad como equivalencia*», esto es, que el voto de cada persona tenga un valor igual entre sí. La tercera regla es la condición de «*libertad subjetiva*», la cual implica que la opinión de cada una de las personas debe formarse libremente, garantizando la

4 Cfr. **BOBBIO, Norberto**. *Il futuro della democrazia*. Turín, Einaudi, 1995, versión Kindle.

5 Al respecto señala: “[...] la definizione minima di democrazia, secondo cui per regime democratico s’intende primariamente un insieme di regole di procedura per la formazione di decisioni collettive, in cui è prevista e facilitata la partecipazione più ampia degli interessati”, en **BOBBIO, Norberto**. *Op. cit. ibidem*.

libertad de información y de expresión. La cuarta condición es la «*libertad objetiva*», que conlleva a que los ciudadanos deben poder elegir entre diversos programas políticos que sean efectivamente diversos entre ellos y que reflejen con la amplitud necesaria la diversidad y la pluralidad. La quinta regla es una condición de «*eficiencia*», lo que significa que la toma de decisiones debe seguir ciertos principios técnicos para la elección de los órganos representativos y, asimismo, las decisiones deben ser tomadas con base en el principio de la mayoría. Y, finalmente, la sexta regla que puede denominarse «*de las minorías*», señala que ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar los derechos de las minorías, particularmente su derecho de devenir, a su vez, en una mayoría en paridad de condiciones.⁶

De las seis reglas propuestas por Bobbio, para efectos de este artículo, destacan las relativas a los principios de la mayoría y de respeto a las minorías. Al abordar el primero de esos principios, reconoce que dicha regla no es exclusiva de los regímenes democráticos y que no necesariamente se utiliza para la toma de todas las decisiones en una democracia.⁷

En consecuencia, existen diversas razones para justificar que una decisión colectiva se tome por la regla de la mayoría. Por un lado, existen argumentos axiológicos que justifican dicha regla en tanto que permite –en el mayor grado posible– la satisfacción de ciertos valores fundamentales, como la libertad y la igualdad; por otro lado, existen argumentos técnicos que la justifican como el método racional y eficiente para alcanzar una decisión colectiva entre personas que tienen opiniones diversas.⁸

Respecto a la justificación axiológica, Bobbio no observa ninguna condición necesaria entre la regla de la mayoría y el valor de la igualdad o de la libertad, ya que puede seguirse la regla de la mayoría para la toma de decisiones y, al mismo tiempo, no reconocer que todos los individuos tienen un mismo valor político, ni revela nada respecto de si la decisión fue tomada sin interferencias.

En este tenor, para Bobbio la regla de la mayoría atiende a un aspecto técnico, esto es, si la democracia busca la participación más amplia de los interesados, dicho fin sólo se puede lograr mediante la maximización de la participación que se logra a través de dicha regla.

Asimismo, la regla de la mayoría debe analizarse en relación con la idea constitucional de que la expresión de la voluntad colectiva se realiza a través de las asambleas parlamentarias. Los límites de la relación entre estos dos aspectos son analizados desde una triple vertiente, a saber, por su validez, por su aplicación y por su eficacia.

6 **BOBBIO, Norberto.** *Teoría general de la política*. Edit. Trotta, 2003, pág. 381.

7 *Ibidem*, pág. 383.

8 *Ibidem*, pág. 387 y ss.

El «*análisis de la validez*» de la regla de la mayoría es formulado a manera de cuestionamiento, esto es, si por la regla de la mayoría puede llegar a abolirse la propia regla. Sin embargo, para Bobbio dicha regla representa una de las «*reglas del juego*» democrático, esto es, que en caso de que no se acepte dicha regla es imposible el desarrollo de la vida democrática y, por tanto, no es posible refutarla.⁹

El «*análisis de la eficacia*» de la regla de la mayoría se relaciona con aquellos casos en los que la misma no puede mantener todas las promesas políticas y, por lo tanto, la misma es útil, pero insuficiente¹⁰. Si bien Bobbio reconoce que existen cambios políticos que son «*irreversibles*», la coherencia de la regla de la mayoría es que es la única que tiene la pretensión de asegurar un cambio regular y pacífico.

Por otro lado, el «*análisis de los límites de aplicación*» de la regla de la mayoría se relaciona con aquellos casos en que la regla parece inoportuna o, inclusive injusta; idea que fue relacionada con aquella del límite o frontera inviolable y que desarrollaremos más a detalle, precisamente, por el otro principio, el de respeto a las minorías.

2.1. El territorio inviolable

Bobbio considera que todas las constituciones liberales, al afirmar la existencia de los derechos humanos y su inviolabilidad, se debe considerar dicha inviolabilidad como el límite a la regla de la mayoría, es decir, que los mismos no pueden ser suprimidos o limitados por una decisión de la mayoría.¹¹

La novedad de esta idea la reconoce el mismo Bobbio en un pie de página al darle el crédito a Ronald Dworkin. Pero resulta curioso como Bobbio sostiene a partir de dicha idea que, el objetivo de la democracia es la protección de derechos y no de procedimientos mayoritarios¹². Sin embargo, es pertinente notar que, al analizar los problemas derivados de la regla de la mayoría de la democracia, Dworkin combina acercamientos tanto «*basados en procedimientos*», como «*basados en derechos*», es decir, que el objetivo de la democracia es asegurar que cada persona reciba igual consideración y respeto por sus derechos básicos por las instituciones del Estado, y no que la mayoría de los ciudadanos necesaria o usualmente impongan sus decisiones¹³. Motivo por el

9 *Ibidem*, pág. 399.

10 *Ibidem*, pág. 402.

11 Al respecto señala:

«*Tutte le costituzioni liberali sono caratterizzate dall'affermazione di diritti dell'uomo o del cittadino che vengono detti "inviolabili": ora l'inviolabilità consiste proprio in questo, che essi non possono essere limitati e tanto meno soppressi da una decisione collettiva anche presa a maggioranza*», en **BOBBIO, Norberto**. *Ibidem*, pág. 399.

12 Al respecto, cfr. **DWORKIN, Ronald**, *Taking rights seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1978.

13 **DWORKIN, Ronald**. *Freedom's law. The moral reading of the American constitution*. Nueva York, Oxford University Press, 1996, págs. 16-17.

cual llama la atención que Bobbio haya utilizado la idea de Dworkin para ayudar a su enfoque limitado a reglas procedimentales de la democracia.

Sin embargo, Bobbio continúa elucubrando cómo los derechos humanos se relacionan con la regla de la mayoría y señala que la vasta esfera de los derechos de la libertad se puede interpretar como una especie de territorio o de frontera frente al cual se detiene el poder del principio de la mayoría. Al extraer un principio general de esta realidad fáctica, se puede argumentar que un criterio de distinción entre lo que está sujeto a la regla de la mayoría y lo que no está entre lo cuestionable y lo indiscutible, distinción que arrastra consigo otra, entre lo negociable y lo que no.¹⁴

Dejando a un lado que los postulados éticos no son opinables, Bobbio señala que existen razones objetivas por las cuales los principios éticos y los derechos humanos no pueden ser sometidos a la regla de la mayoría. Ya que dichos derechos no pueden ser analizados, ni presentados para la toma de una decisión como razones a favor o en contra; asimismo, dichos derechos de libertad e igualdad, como se señaló, constituyen presupuestos necesarios para el desarrollo de la democracia.

2.2. El «coto vedado»

En la misma línea de pensamiento que Bobbio, el filósofo argentino Ernesto Garzón Valdés, dentro de su impresionante producción académica, ha abordado de manera recurrente y desde diversas perspectivas, cuáles deberían ser los límites sustanciales de la democracia en un régimen constitucional. Él mismo ha reconocido que el concepto que formuló para hacer frente a dicha aporía – el «coto vedado» –, es en muchos sentidos análogo a aquel del «territorio inviolable» como límite de aplicación de la regla de la mayoría de Norberto Bobbio.¹⁵

La expresión «coto vedado», tomada de la novela del mismo nombre del autor catalán Juan Goytisolo, busca representar un espacio en el que debía estar prohibido el ingreso de la política¹⁶. Cabe señalar que dicha idea es acorde con aquellas desarrolladas por el constitucionalismo liberal, así como por la teoría de la democracia desarrollada por Bobbio.

Este primer uso del coto vedado hace referencia a un problema constitucional clásico, cuando el respeto e implementación de ciertos principios y valores es indispensable

14 **BOBBIO, Norberto.** *Teoría general de la política*, pág. 400.

15 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** «El futuro de la democracia. Problemas conceptuales y empíricos: algunas propuestas de Norberto Bobbio», en **CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y Pedro SALAZAR UGARTE (Coords.).** *Política y Derecho. (Re)pensar a Bobbio*. México, UNAM-Siglo XXI Editores, 2005, págs. 112-113.

16 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** «Para ir terminando», en **ATIENZA, Manuel.** *El derecho como argumentación*. México, Fontamara, 2003, pág. 43.

para asegurar el correcto funcionamiento de una democracia¹⁷, lo cual parece relacionarlo con los derechos humanos existentes en las Constituciones democráticas e, inclusive, en la Declaración Universal de Derechos Humanos.¹⁸

Sin embargo, en otras ocasiones la expresión aparece relacionada con las sus posiciones del profesor argentino respecto al cognoscitivism ético sobre valores objetivos, ello en atención a que relaciona la idea de coto vedado con las exigencias derivadas de la dignidad humana¹⁹, incluyendo la satisfacción de bienes básicos²⁰ y aquello que constituye una especie de ética pública.²¹

En sentido general, esos principios y valores, en tanto tales, no pueden ser afectados por la opinión o decisión de la mayoría, esto es, al ser valores objetivos los mismos constituyen una restricción externa a las dinámicas propias de la regla de las mayorías.

Por otro lado, para Garzón Valdés esta restricción objetiva deja un campo abierto a la política en dos sentidos: primero, que las instituciones políticas tienen campo de acción para poder afianzar la vigencia efectiva de los bienes básicos para la población y, en segundo lugar, que pueden decidir sobre bienes secundarios que no estén relacionados con los primeros.²²

La determinación de estos límites para las instituciones políticas democráticas, sin embargo, no parece poder explicar las cuestiones concretas, *v.gr.* si el derecho a la vida, como derecho humano y bien fundamental básico, no debe estar sujeto a la decisión de las mayorías, nos encontramos con la problemática de saber si eso también es aplicable para casos de aborto o eutanasia.

Asimismo, Garzón Valdés parece establecer un papel fundamental al Poder Judicial, especialmente en casos de transición democrática y específicamente porque considera que al estar separado de las consideraciones políticas puede reestablecer los límites constitucionales en una democracia. Lo anterior es acorde a las reflexiones teóricas del siglo XX entre derechos humanos y democracias, sin embargo, los límites y controles

17 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del coto vedado a nivel internacional”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Número 12, 2003, págs. 57-58.

18 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto,** “Para ir terminando”, en **ATIENZA, Manuel.** *El derecho como argumentación*, pág. 48 y ss.

19 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** “Dignidad, derechos humanos y democracia”, consultable en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEWjym5q9rL3uAhUDKqwKHeOPBEkQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fsecretarias.unc.edu.ar%2Facaderec%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fdignidad-derechos-humanos-y-democracia%2Fat_download%2Ffile&usg=AOvVaw1-dR8RhUJzH_f2GwLOo_Ux

20 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 6, 1989, págs. 209-213.

21 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** “Dignidad, derechos humanos y democracia”.

22 **GARZÓN VALDÉS, Ernesto.** “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, en *Isonomía*. Número 12, abril de 2000, págs. 7-34.

que deben tener todas las instituciones –incluyendo el Poder Judicial– y los aspectos complejos de la relación continúan teniendo interrogantes hoy en día.

2.3. La «esfera de lo decidible» y la «esfera de lo indecidible»

En la misma línea de pensamiento, respecto a los límites a las mayorías democráticas, se encuentra a Luigi Ferrajoli quien, a partir del concepto de constitución rígida, desarrolló lo que sí puede estar sujeto a decisión y lo que no debe ser disponible para dichas mayorías.

Así, para entender la construcción teórica de Ferrajoli, es necesario comprender qué entiende por «*constitución rígida*», lo cual se explica a partir del reconocimiento de fuerza normativa a la Constitución y por su supremacía en el ordenamiento jurídico²³. Esto es, el autor identifica la rigidez constitucional justamente por la cuestión normativa de que esta no puede ser modificada o derogada por una ley ordinaria y que se manifiesta principalmente por las normas constitucionales que establecen derechos fundamentales.

En tal contexto, la cuestión de la rigidez que se asocia a una Constitución es precisamente la que dota a las normas constitucionales específicas de dicha característica y que se encuentran en la cima de la jerarquía normativa, es decir, a las normas que contienen derechos fundamentales. La rigidez de estos derechos es uno de los puntos básicos de la democracia constitucional, identificándose con la relación entre soberanía popular y democracia política, por un lado, y los derechos fundamentales, por el otro.²⁴

El otro concepto básico que se debe señalar para poder comprender la teoría del Estado constitucional de Ferrajoli es la definición formal y positivista de los derechos fundamentales, ya que con ella busca dar un concepto general de dichos derechos sin tener que abordar cuestiones tales como cuáles son los derechos, ni cuáles son efectivamente tales derechos tutelados, ni cuáles deberían ser estos derechos.²⁵

23 Ferrajoli explica la rigidez constitucional, no como una garantía, sino como un principio derivado de su fuerza normativa y de su superioridad jerárquica dentro de los sistemas constitucionales, al respecto señala:

“La rigidità costituzionale non è, propriamente, una garanzia. È bensì un connotato strutturale delle costituzioni legato alla loro collocazione al vertice della gerarchia delle norme, sicché le costituzioni sono rigide per definizione, nel senso che, se non lo fossero, non sarebbero in realtà costituzioni ma equivarrebbero a leggi ordinarie. Essa si identifica, in breve, con il grado sopraordinato delle norme costituzionali rispetto a quello di tutte le altre fonti dell’ordinamento, cioè con la normatività delle prime rispetto alle seconde”, en La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico, Roma-Bari, Laterza, 2011, pág. 57.

24 *Ibidem*, pág. 58.

25 **FERRAJOLI, Luigi.** *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, pág. 685.

Ferrajoli menciona que esos derechos deben ser sancionados positivamente, es decir, que su inclusión en el ordenamiento positivo es condición necesaria y suficiente de su existencia, aunque eso no modifica en nada el concepto de derechos fundamentales, ya que el autor busca un concepto formal y aplicable a cualquier régimen político e ideología. En ese contexto es que el jurista italiano hace una primera división de los derechos fundamentales, a saber:

- a) Derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, dependiendo si son atribuibles a todas las personas o sólo a los ciudadanos.
- b) Derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios o de autonomía, dependiendo de si son atribuibles a todas las personas o sólo a aquellos con capacidad de obrar. Dentro de esta división distingue entre:
 - i) Derechos humanos, los cuales son derechos primarios de las personas y que se atribuyen a toda persona.
 - ii) Derechos públicos, para los ciudadanos.
 - iii) Derechos civiles, para aquellos con capacidad de obrar.
 - iv) Derechos políticos, mismos que son derechos secundarios reservados a ciudadanos con capacidad de obrar.

De ese modo es que Ferrajoli establece que los derechos fundamentales son aquellos que pueden corresponder universalmente a sujetos determinados por las categorías de '*persona*', '*ciudadano*' y la '*capacidad de obrar*'²⁶. En esas categorías se pueden distinguir a los derechos fundamentales de los derechos patrimoniales que sólo corresponden a su titular, así como por ser expresiones sustanciales de la democracia –en contraposición con instrumentos formales de la misma–, incluyendo la no restricción de los derechos sólo a los ciudadanos y su expresión como derecho subjetivo, es decir, expectativas positivas o negativas atribuidas por una norma que difieren de las garantías que son simples medios para asegurar el cumplimiento de una norma.²⁷

Otro punto por destacar del concepto de derechos fundamentales elaborado por Ferrajoli es que éstos, por su estructura lógica, necesariamente implican un límite o vínculo para con los poderes estatales o para con los particulares, siendo esto una garantía primaria de dichos derechos.

En otras palabras, la normatividad de la Constitución y de los derechos fundamentales ahí contenidos son operativos a través de garantías que pueden ser: (a) primarias, como obligaciones y prohibiciones correspondientes a las expectativas de los derechos

26 **FERRAJOLI, Luigi.** *El fundamento de los derechos fundamentales*. trad. de Perfecto Andrés *et al.*, Madrid, Editorial Trotta, 2007, págs. 23 y 334.

27 *Ibidem*, págs. 25-52.

subjetivos; (b) secundarias, correspondientes a la anulabilidad de actos inválidos y responsabilidad por actos ilícitos; (c) institucionales, como razones sociales de las mismas; y (d) de funciones públicas, al considerarse dentro de la actuación de sus funciones públicas.

Ahora bien, es justamente del concepto de rigidez constitucional, entendida como el carácter normativo de la misma –incluyendo el concepto de derechos fundamentales– y su primacía dentro de la jerarquía normativa, que el jurista italiano elabora la naturaleza de las «*garantías constitucionales*».

Así, se tiene que las garantías constitucionales «*primarias*», tanto negativas como positivas, son prohibiciones de violar y obligaciones de actuar de conformidad a las normas constitucionales y a los derechos en ellas establecidos lo que diseña la «*esfera de lo indecible*» (*non decidibile che*) y de «*lo no decidible*» (*non decidibile che non*) y han significado un cambio para los poderes públicos y la democracia.

Por un lado, la esfera de «*lo indecible*» es la garantía derivada de la normatividad de la Constitución por el que existen ciertos contenidos de ésta, que se encuentran sustraídos de las decisiones de la mayoría. Cabe señalar que para Ferrajoli estos límites y vínculos de contenido no son una limitación a la democracia representativa, sino que son un refuerzo de ésta, ya que los derechos fundamentales –derechos de libertad y sociales, al igual que los derechos políticos y civiles– forman la base de la igualdad, una igualdad de derechos, que involucra a todas las personas de manera más significativa que el principio de mayoría.²⁸

El contenido normativo de «*lo no decidible*», no sólo demarca un aspecto negativo o de prohibición, sino que también incluye un aspecto obligado, ya que, por un lado, implica los límites negativos para el poder legislativo de garantizar los derechos de libertad y, a su vez, también demarca un aspecto positivo a garantizar los derechos sociales. Ambos aspectos constituyen el conjunto de garantías primarias para asegurar la efectividad de los derechos fundamentales.

Para Ferrajoli, la inclusión de los derechos fundamentales en las Constituciones implicó una transformación tal a los sistemas políticos, que los mismos ahora constituyen una *conditio sine qua non* de las democracias constitucionales. Si dichos derechos constituyen la dimensión sustancial de la democracia, lo anterior significa un cambio

28 Al respecto señala:

“[...] le costituzione rigide impongono limiti e vincoli di contenuto anche ai poteri politici nei quali si esprime la democrazia rappresentativa. Tuttavia, proprio grazie a quei limiti e vincoli sostanziali il paradigma costituzionale –oltre a mettere al riparo la democrazia da se stessa [...]– è in grado di integrare, e [...] di rafforzare la stessa nozione di democrazia politica e quella che è alle sue spalle di sovranità popolare”, en **FERRAJOLI, Luigi**. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, pág. 77.

Véase también **FERRAJOLI, Luigi**. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia*, págs. 9-157.

significativo de los Estados de derecho legislativo, en los que se ponía el acento sobre una dimensión formal, esto es, al cómo y al quién dentro de la toma de decisiones.

Es pertinente señalar que tanto la esfera de «*lo indecidible*» y de «*lo no decidible*» son simétricas y complementarias entre sí. Ambas son necesarias para poder identificar los límites del ámbito discrecional de actuación de los poderes públicos, tanto para lo que el jurista italiano denomina funciones e instituciones de gobierno como tanto a las funciones e instituciones de garantía.²⁹

Ahora bien, debe destacarse que para Ferrajoli la división de poderes, dentro de su configuración “clásica”, sin duda ha condicionado lo que se entiende por *Estado de derecho*, toda vez que, si bien considera que esto ha traído algunos aspectos positivos, tales como la primacía del parlamento o la independencia judicial, también existen aspectos negativos, tales como la concentración de ciertas garantías propias del Estado social –educación, servicios de salud y seguridad social– en el poder ejecutivo, en ocasiones obviando su naturaleza de derechos fundamentales y el deber de ser garantizados.

Para Ferrajoli, el nuevo modelo constitucional rediseña a los poderes públicos y sus funciones, principalmente respecto de la legitimación de su actuación. En tal sentido, las funciones e instituciones de gobierno se encuentran legitimadas debido a la esfera de «*lo no decidible*» (*non decidibile che non*) que encuentra su fuente en la representación política a través del voto y la elección popular; por otro lado, las funciones de instituciones de garantía se encuentran legitimadas debido a la esfera de «*lo indecidible*» (*non decidibile che*) que tiene su fuente en la estricta sujeción a la ley que están obligados a aplicar.

Es necesario elaborar de manera más detallada la fuente de legitimación que encuentran las funciones e instituciones de gobierno y de garantía, ya que ahí puede verse la complementariedad entre ambas. En el caso de las instituciones de gobierno y sus funciones, la representación política les obliga a realizar funciones y además les permite llevar a cabo actos de innovación y de transformación del Derecho. Sin embargo, esto no los faculta para poder modificar la esfera de «*lo indecidible*» ya que no es posible interferir con las funciones de garantía.

De manera inversa, las instituciones de garantía encuentran su legitimación a través de la aplicación y a la ejecución de la ley –incluyendo la tutela de derechos fundamentales–, sin embargo, esto no los habilita a la producción de Derecho, es decir, a la innovación jurídica a través de sus funciones.

Ambas esferas, que delimitan la legitimidad, tienen una dinámica especial dentro de las Constituciones democráticas. La esfera pública de las instituciones políticas, defi-

29 Sobre la distinción entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía, *Vid. FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, págs. 827-831.

nida como el conjunto de situaciones y de funciones de interés general, por un lado, y las funciones de garantía de los derechos fundamentales, por el otro, constituyen la tesis central de lo que se debe entender por una *democracia constitucional*.³⁰

En consecuencia, la esfera de «*lo indecidible*» y de «*lo no decidible*» configuran las fuentes ulteriores de legitimación de los poderes públicos y también constituyen el criterio de distinción entre las funciones de gobierno y de garantía.

La articulación de la esfera pública en las Constituciones ha permitido una defensa normativa de «*lo indecidible*», esto es, ha vinculado a la política a la realización y respeto de los derechos fundamentales que la componen; asimismo, ha impuesto una *meta-garantía* de tales derechos a través de la distinción entre funciones de gobierno y funciones de garantía, así como la independencia entre éstas.

En conclusión, las Constituciones rígidas han sometido sus funciones a través de la esfera de «*lo indecidible*», en tanto que la garantía a los derechos fundamentales constituye un aspecto independiente de lo que normalmente se entendía dentro de las funciones del gobierno. Asimismo, esta limitación no implica un empobrecimiento de la política, ya que sus instituciones actúan en la esfera de «*lo decidible*», confinada a funciones legislativas y gubernativas de innovación normativa y de políticas públicas.

III. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA DECIDIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Es importante destacar que, previo a las ideas de Bobbio, Garzón Valdés y Ferrajoli, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en 1943 al resolver el caso *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*³¹, ya había establecido que:

“El propósito mismo de la ‘*Bill of Rights*’ [Carta de Derechos] era sacar a ciertos sujetos de las vicisitudes de la controversia política, colocarlos fuera del alcance de mayorías y funcionarios, y establecerlos como principios legales a ser aplicados por los tribunales. El derecho a la vida, la libertad y la propiedad, la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y reunión, y otros derechos fundamentales, no pueden someterse a votación, ni depender del resultado de alguna elección”.

Por ello, desde 1943 la Corte Suprema de los Estados Unidos de América estableció que los derechos fundamentales están fuera del alcance de las mayorías y no pueden sujetarse al resultado de unas elecciones democráticas.

30 *Ibidem*, pág. 875.

31 *West Virginia State Bd. of Educ. v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943) consultable en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/319/624/>

Lo anterior, y la doctrina descrita previamente, no pasaron inadvertidos para los tribunales internacionales de derechos humanos, pues se han pronunciado sobre los derechos fundamentales como una limitación a las decisiones tomadas dentro del ámbito democrático de un país.

Así, para una mejor comprensión, primero se plantearán los hechos y el fondo de diversos casos, para después señalar las tensiones que existen con los principios democráticos.

En primer lugar, se hará una breve reseña del caso *Gelman v. Uruguay* resuelto en 2011 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para después hacer lo mismo respecto de los casos *Hirst v. Reino Unido* y otros sucesivos resueltos por la Corte Europea de Derechos Humanos. Dichos casos serán de utilidad para poder relacionarlos con la legitimidad democrática y señalar algunas de las interrogantes que plantea la justicia internacional.

3.1. Caso Gelman v. Uruguay (2011)

Los hechos del caso Gelman v. Uruguay³² están relacionados con los regímenes dictatoriales que existieron a mediados del siglo XX en América Latina y la adopción del llamado «*Plan Cóndor*», un plan de contrainsurgencia auspiciado por los Estados Unidos de América para hacer frente a la “*amenaza subversiva*” de grupos socialistas en la región, lo cual llevó al establecimiento de este sistema de inteligencia y operaciones secreto que integraba de manera informal a los gobiernos militares de Chile, Argentina, Uruguay, Paraguay, Bolivia y Brasil.³³

En 1976 una pareja y dos de sus familiares fueron detenidos en su residencia de Buenos Aires por comandos militares argentinos y uruguayos. Los dos familiares de la pareja fueron liberados después de haber pasado cuatro días en un centro de detención clandestino. Respecto de la pareja, Marcelo Gelman fue torturado y ejecutado en un centro de detención clandestino y María Claudia García fue trasladada clandestinamente por autoridades uruguayas a Montevideo donde dio a luz a su hija. En la fecha cuando se resolvió el caso, los restos o el paradero de María Claudia García seguía siendo desconocido.

Sin embargo, desde 1977, la hija de la pareja fue colocada en un canasto y dejada en la puerta de un policía uruguayo que no tenía hijos, quien junto a su esposa decidieron registrar a la niña como propia un año y medio más tarde. La hija tuvo contacto con su abuelo biológico a los 23 años. Sin embargo, los hechos señalados nunca pudieron ser

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C no. 221.

33 Al respecto, véase McSHERRY, J. Patrice. *Predatory States. Operation Condor and covert war in Latin America*. Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 2005.

investigados, ni sancionados por Uruguay, ya que el 22 de diciembre de 1986 se aprobó la *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado* que otorgaba una amnistía en relación con los delitos cometidos durante la dictadura.

Es necesario señalar que las leyes de amnistía ya habían sido analizadas por dos sentencias de la Corte Interamericana en los casos *Barrios Altos*³⁴ y *La Cantuta*³⁵, ambos contra Perú. Sendos casos relacionados con el terrorismo de Estado practicado en esas épocas para erradicar a cualquier elemento subversivo del grupo maoísta de *Sendero Luminoso*, lo que llevó a varios grupos militares a realizar violaciones graves de derechos humanos en contra de sectores específicos de la población. El Congreso peruano, mediante la *Ley 26.479*, de 14 de junio de 1995, impedía cualquier investigación o enjuiciamiento por dichos hechos. Al respecto se consideró que las leyes de amnistía son incompatibles con la Convención Americana cuando se impida la investigación y sanción de violaciones graves de derechos humanos.

Dicha posición fue confirmada en los casos *Almonacid Arellano y otros v. Chile*³⁶ y *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*³⁷. En todos esos casos se consideró que dichas leyes, emitidas por los poderes legislativos elegidos democráticamente dentro de cada Estado, no eran acordes a las obligaciones establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Sin embargo, el caso de *Gelman v. Uruguay* planteó una nueva disyuntiva en el tratamiento de las leyes de amnistía, ya que no fueron únicamente los órganos estatales los que aprobaron dichas leyes, sino que existió un *referéndum* en 1989 y un *plebiscito* relativo a una reforma constitucional en 2009, en los que se rechazó la idea de declarar nula dicha ley de amnistía. Al respecto, la Corte utilizó el modelo teórico elaborado por Luigi Ferrajoli para señalar:

“La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos [...] de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales,

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos v. Perú*, Fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C no. 75.

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso La Cantuta v. Perú*, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C no. 162.

36 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C no. 154.

37 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C no. 219.

por lo que, particularmente en casos de graves violaciones [...] la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo *'susceptible de ser decidido'* por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un *'control de convencionalidad'* [...] que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.³⁸

Tal razonamiento no sólo parece reforzar la idea de que los derechos humanos constituyen el límite sustancial que debe existir en un régimen democrático para cualquier autoridad que ejerza algún tipo de poder público, sino que, además, existe una garantía supranacional de dicho límite a través de las cortes internacionales de derechos humanos.

3.2. Caso Hirst v. Reino Unido

Si bien los ejemplos señalados en el ámbito interamericano parecen dar claridad de cómo los derechos humanos constituyen uno de los límites de las instituciones democráticas, especialmente en casos de terrorismo de Estado en los que son evidentes que las instituciones públicas no cumplen con los fines elementales que deben tener. Sin embargo, es necesario hacer referencia a la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, ya que ciertos casos que ha resuelto no ofrecen un límite tan claro respecto de dónde se encuentran las fronteras de los derechos humanos respecto de las decisiones democráticas.

En el caso de *Hirst v. Reino Unido*³⁹, John Hirst había sido condenado por homicidio imprudencial y estaba sirviendo una condena bajo libertad condicional. Sin embargo, de conformidad con la *Representation of the People Act* del Reino Unido, se limitaba su voto al ser una persona condenada que estaba purgando su condena. Después de intentar los medios judiciales disponibles en Reino Unido, presentó su caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos por considerar que se limitaba su derecho a elecciones libres contenido en el artículo 3 del primer protocolo de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Dicho caso fue referido a la Gran Sala de dicha corte europea, la cual resolvió por unanimidad que había existido una violación a dicho derecho, ya que se consideró que no se había analizado la proporcionalidad de la medida en el Parlamento. Sin embargo, la unanimidad no significa que dicha resolución estuviera libre de diferentes interpretaciones, ya que existieron dos opiniones concurrentes dentro de la mayoría y dos opiniones disidentes dentro de la minoría. De igual manera, el derecho a participar en las

38 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Gelman v. Uruguay*, Fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C no. 221, párr. 239.

39 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Hirst v. Reino Unido (no.2)*, no. 74025/01, sentencia de 6 de octubre de 2005.

elecciones tiene diferentes tipos de reglas y tratamientos en Europa, motivo por el cual la comparación no fue de utilidad para entender la proporcionalidad de la medida.

Asimismo, de la sentencia parece que se dio una nueva interpretación a la doctrina del margen de apreciación elaborada por la Corte Europea⁴⁰ al señalar que no existían debates parlamentarios respecto de la proporcionalidad de la medida. Lo anterior llevó a un debate parlamentario en el que se discutió y mantuvo la ley como estaba, lo que llevó al Ejecutivo del Reino Unido a un callejón sin salida entre el Parlamento y la decisión de la Corte Europea, inclusive después de que la Corte reiterara su posición en otro caso.⁴¹

Es claro que en un caso como éste no es evidente por qué la revisión convencional del derecho al voto debe tener preeminencia sobre las consideraciones y leyes realizadas en un Parlamento elegido democráticamente, o por qué un caso particular debe tener prioridad sobre valoraciones generales realizadas en un sistema político en especial.

En suma, los anteriores casos internacionales demuestran que, efectivamente, los derechos humanos no deben ni pueden ser disponibles a las mayorías democráticas, pues la decisión de los mismos no debe estar sujeta a cuestiones políticas o socialmente populares, ya que éstas necesariamente cambiarán mediante la democracia formal.

IV. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y EL TEST DE DECIDIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO UNA PROPUESTA ENTRE LO DECIDIBLE Y LO NO DECIDIBLE

La decidibilidad sobre los derechos fundamentales de las mayorías democráticas no ha sido ajena para la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Primera Sala en el Amparo en Revisión 115/2019⁴² determinó medularmente que el grado de satisfacción sobre el derecho social a la educación que el Estado mexicano ha alcanzado respecto de los menores de edad –desde la *educación inicial*– es parte del contenido de lo que se denomina la “*esfera de lo indecidible*”; es decir, se trata de un grado de protección del derecho a la educación que, efectivamente, se ha alcanzado y que, por tanto, constituye

40 Al respect, véase LEGG, Andrew. *The margin of appreciation in international human rights law. Deference and proportionality*. Oxford, Oxford University Press, 2012.

41 Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso de Greens y M.T. v. Reino Unido*, no. 60041/08, sentencia de 23 de noviembre de 2010.

42 Resuelto el veintuno de noviembre de dos mil diecinueve por unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros Norma Lucía Piña Hernández –quien se reservó su derecho a formular voto concurrente–, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y el Presidente de la Sala Juan Luis González Alcántara Carrancá (ponente) en relación a los resolutivos Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y Sexto y por mayoría de tres votos respecto al resolutivo Quinto, en contra del emitido por la Ministra Norma Lucía Piña Hernández, quien se reservó su derecho a formular voto particular. Ausente el Ministro Luis María Aguilar Morales.

parte de la esfera de lo que no es susceptible de decidirse por ninguna mayoría, aún en tratándose de mayorías en instancias democráticas.

Pero ¿por qué es relevante? Hasta el momento, se ha visto que se mantiene una distinción entre lo que pueden hacer las mayorías democráticas y aquello que no pueden trastocar, por mucha legitimidad democrática que ostenten. Sin embargo, hay un factor que no se había considerado hasta ahora: ¿cuál es la medida de esa decidibilidad? ¿En dónde empieza la frontera que separa lo que sí se puede decir de lo que no es decidible?

Conforme al caso anterior resuelto por la Corte mexicana, la Primera Sala desarrolló un método interpretativo como un aporte para definir la decidibilidad de los derechos fundamentales. Dicha metodología se refleja en un «*test de cinco pasos o gradas*», que plantea identificar en abstracto el núcleo del derecho humano que se encuentra protegido y que, por tanto, debe considerarse como parte de la esfera de lo indecidible; tal y como se describe a continuación:

1. **Primer paso o grada. – Identificación del núcleo del derecho humano.** Es el elemento esencial del derecho que se proyecta sobre las personas que, de eliminarse, modularse, limitarse o restringirse, perdería la protección que se le pretende brindar, e incluso haría diferente su ejercicio.
2. **Segundo paso o grada. – Ubicación del derecho humano en el sistema normativo.** Consiste en determinar en qué lugar del bloque de regularidad constitucional se encuentra la norma que reconoce el derecho humano; es decir, si está en sede constitucional, convencional o en otra.
3. **Tercer paso o grada. – Autoridades normativas y garantes del derecho humano.** Consiste en la determinación, a partir de la ubicación e identificación del núcleo del derecho humano, qué autoridad o autoridades cuentan con las facultades para poder afectar sustancialmente el núcleo del derecho.
4. **Cuarto paso o grada. – Examen de la decisión que afectará el derecho humano.** Consiste en el análisis de la medida que eventualmente afectará el derecho humano a luz de los puntos anteriores con la finalidad de determinar si la afectación será negativa o positiva:
 - a) **Afectación negativa.** Se actualiza cuando la decisión mitigue, modifique, limite o restrinja sustancialmente el ejercicio del derecho humano de tal forma que, por un lado, haga nugatorio, parcial o totalmente, su ejercicio; y, por otro, implique una distinción entre las personas tanto en su aplicación y garantía, como en su goce.
 - b) **Afectación positiva.** Acontece cuando la decisión mitigue, modifique, limite o restrinja sustancialmente el ejercicio del derecho humano de tal manera

que lo potencialice o maximice, o bien, sirva para propugnar por una mayor igualdad en su goce y garantía.

5. Quinto paso o grada. – Conclusión de decidibilidad o indecidibilidad. La medida será considerada dentro de la esfera competencial *decidible* de las autoridades normativas y garantes del derecho humano cuando su **afectación sea positiva**; en cambio, si la afectación es negativa, será considerado como indecidible; no obstante, la competencia que tenga la autoridad.

Ahora bien, para comprender con mayor precisión el «*test de decidibilidad*» debe retomarse el ejemplo práctico en el que se aplicó el referido test por parte de la Primera Sala la cual, en síntesis, determinó que una vez garantizado cierto grado de ejercicio del derecho humano a la educación, el mismo se convierte en contenido fundamental indecidible y, por lo tanto, debe considerarse fuera del alcance de las decisiones y/o intenciones de cualquiera, incluso del mercado o de la política.

Así, se reconoce que el Estado mexicano ha alcanzado un grado específico de protección del derecho humano a la educación y, ya que se encuentra dentro de la esfera de lo indecidible, el Estado debe sostenerse sobre esa protección a través de la ejecución de conductas positivas y negativas, evitando en todo caso cualquier acto que pueda representar una disminución en su protección –**afectación negativa**–; pues, de no ser así, ello se traduciría en una vulneración o limitación ilegítima en el ejercicio de ese derecho.

En este orden de ideas, es innegable que existe el reconocimiento de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de que a las mayorías democráticas no les es disponible ni pueden decidir⁴³ sobre derechos humanos cuando pretendan modificarlos, limitarlos o restringirlos sustancialmente de tal forma que, por un lado, hagan nugatorio, parcial o totalmente, su ejercicio y, por otro, implique una distinción entre las personas.

Lo anterior no es baladí, pues, mediante un test replicable a instituciones y principios constitucionales⁴⁴, se puede prever si un determinado acto legislativo, o bien, una re-

43 Pues se considera como parte de la «esfera de lo indecidible».

44 Respecto a los principios constitucionales, se puede traer a cuenta la clasificación de Jerzy Wróblewski, en la que establece que existen los “*Principio-nombre del derecho*”, que son normas que establece rasgos esenciales de las instituciones jurídicas, es decir, un conjunto de normas que, sin ser reglas de comportamiento, establecen rasgos descriptivos de una institución jurídica. Véase **WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Sentido y hecho en el derecho*. 2ª impresión, trad. de Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas y Juan Igartua Salaverria, México, Fontamara, 2008, págs. 208-210.**

Así, principios constitucionales como la forma de gobierno, la configuración democrática de la república y la división de poderes, también podrían ser sujetos a un test de decidibilidad para estimar si el cambio pretendido, no obstante que sea de tipo constitucional, entra en la esfera de indecidible. Con ello, se sostiene que aun el Poder Reformador cuenta con una «*esfera de lo indecidible*».

forma, modificación, derogación o abrogación de una ley –incluso del tipo constitucional–, es parte de la «*esfera de lo decidible*» o de la «*esfera de lo indecidible*».

V. CONCLUSIONES

Es innegable que un sistema democrático funciona, pues lejos de concentrar las decisiones en una persona o grupo de personas, se involucra a las mayorías en las determinaciones que se tomen; sin embargo, como todo sistema, sin que existan los contrapesos debidos y un marco jurídico efectivo, puede llevar a una tiranía de mayorías, en la cual éstas, por prevalecer, ajusten las leyes y modifiquen o priven derechos para imponer sus planes, o incluso, perpetuarse como mayorías gobernantes.

De ahí, que sea necesario retomar y aplicar la doctrina previamente apuntada sobre la democracia, en la cual se perfila una concepción formal, en la que sólo debe de prevalecer el voto o decisión mayoritaria, y se establece una concepción material de la misma, en la que se prevén ciertos límites y restricciones para las decisiones mayoritarias.

Con ello, aunado a un marco constitucional, se podrá determinar, por un lado, una «*esfera de lo indecidible*» sobre la cual las mayorías democráticas no podrán emitir normas ni regular en contra de derechos fundamentales o menoscabar instituciones; y, por otro lado, un método interpretativo reflejado en el test de decidibilidad que sirve para identificar lo que deba considerarse como parte de dicha esfera.

Ahora, si bien es cierto que el test establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la sentencia que resolvió el Amparo en Revisión 115/2019 se refiere a la decidibilidad de derechos fundamentales, también lo es que éste puede ajustarse para revisar cuando una mayoría democrática pretenda modificar principios que vayan en contra de la propia democracia.

Es decir, cuando la democracia y los principios que la sustenten permitan prevenir que una minoría puede llegar convertirse en mayoría, o bien, se extinga, limite o se ejerza un control sobre una institución o poder que, en forma alguna, pueda limitar los pesos y contrapesos, deberá aplicarse el referido test.

Para tales efectos, al aplicar el test de decidibilidad, se tiene lo siguiente:

- 1. Primer paso. – Identificación del principio o Institución democrática.** Son los principios o derechos que: *a)* conceden y garantizan que los ciudadanos puedan elegir entre diversos partidos políticos, ser militantes de ellos o poder hacer uno; *b)* que puedan registrar su intención de voto, elegir representantes y que su voto cuente como el de cualquier otro; *c)* que garantice que ninguna decisión tomada por la mayoría pueda limitar los derechos de las minorías, o que impida, inhiba o prohíba a una minoría convertirse en una mayoría en paridad de condiciones y; *d)* se menoscabe, inhiba, inflencie o reste capacidad de operación

a las instituciones del Estado que deban garantizar los derechos y principios descritos en los incisos *a)*, *b)* y *c)*.

2. **Segundo paso. – Ubicación del principio o Institución democrática.** Consiste en determinar en qué norma, regla o tratado internacional se encuentran los principios o institución democrática.
3. **Tercer paso. – Autoridades facultadas para desarrollar, modificar, reformar el principio o Institución democrática.** Consiste en la determinación, a partir de la ubicación e identificación de la jerarquía de la norma, regla o tratado internacional, qué autoridad o autoridades cuentan con las facultades para poder regularlo.
4. **Cuarto paso. – Examen de la decisión que afectará el principio o Institución democrática.** Consiste en el análisis de la medida, ley o acto que eventualmente afectará el principio o institución democrática; por ello se considerará una afectación negativa cualquiera que mitigue, modifique, limite o restrinja sustancialmente el principio o institución democrática, de tal suerte que haga nugatorio su ejercicio y garantía, o bien, limite la capacidad de actuar de las instituciones del Estado que deban garantizar los derechos y principios descritos en los incisos *a)*, *b)* y *c)* del primer paso.
5. **Quinto paso. – Conclusión de indecidibilidad.** La medida, ley o acto que eventualmente afectará el principio o institución democrática será considerada como «*indecidible*», cuando mitigue, modifique, limite o restrinja sustancialmente el principio o institución democrática, de tal suerte que haga nugatorio su ejercicio y garantía, o bien, limite la capacidad de actuar de las instituciones del Estado que deban garantizar los derechos y principios descritos en los incisos *a)*, *b)* y *c)* del primer paso. Con lo cual deberá decretarse la indecidibilidad.

Si bien esta propuesta de test merece un desarrollo más profundo, representa un primer esfuerzo por esbozar una técnica interpretativa que sirva tanto a jueces constitucionales como a autoridades electorales en aras de resolver cuándo una medida, ley o acto, resultan antidemocráticos. Sin pasar por alto que, como toda postura jurídico-académica, se encuentra sujeto a debate y a su perfeccionamiento.

VI. FUENTES DE CONSULTA

ATIENZA, Manuel. *El derecho como argumentación*. México, Fontamara, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Lezioni di filosofia del diritto*. Torino, Editrice Cooperativa Universitaria, 1961.

—, *Il futuro della democrazia*. Torino, Einaudi, 1995, versión *Kindle*.

—, *Teoria generale della politica*, edición de Michelangelo Bovero, Torino, Einaudi, 1999.

—, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2014, versión *Kindle*.

CHIASSONI, Pierluigi. *La tradición analítica en la filosofía del derecho. De Bentham a Kelsen.* trad. de Félix Luna Morales, Lima, Palestra Editores, 2017.

CONSTANT, Benjamin. *Réflexions sur les constitutions. La distribution des pouvoirs, et les garanties, dans une monarchie constitutionnelle.* París, Imprimerie de Hocquet, 1814.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo y Pedro SALAZAR UGARTE (Coords.). *Política y Derecho. (Re)pensar a Bobbio.* México, UNAM y Siglo XXI Editores, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously.* Cambridge, Harvard University Press, 1978.

—, *Freedom's law. The moral reading of the American constitution.* Nueva York, Oxford University Press, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *El fundamento de los derechos fundamentales.* Trad. de Perfecto Andrés et al., Madrid, Editorial Trotta, 2007.

—, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana.* Roma-Bari, Laterza, 2011.

—, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto político.* Roma-Bari, Laterza, 2011.

—, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho.* Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Editorial Trotta, 2013.

—, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 2. Teoría de la democracia.* Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Editorial Trotta, 2013.

—, *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. 3. La sintaxis del derecho.* trad. de Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Editorial Trotta, 2013.

—, *Dei diritti e delle garanzie. Intervista a Mauro Barberis.* Bologna, Il Mulino, 2013.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algo más acerca del coto vedado”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 6, 1989, pp. 209-213.

—, “El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías”, en *Isonomía*. Número 12, abril de 2000.

—, “Algunas consideraciones sobre la posibilidad de asegurar la vigencia del coto vedado a nivel internacional”, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. Número 12, 2003.

—, “Dignidad, derechos humanos y democracia”, consultable en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjym5q9rL3uAhUDK-qwKHeOPBEkQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fsecretarias.unc.edu.ar%2Ffacaderc%2Fdoctrina%2Farticulos%2Fdignidad-derechos-humanos-y-democracia%2Fat_download%2Ffile&usg=AOvVaw1-dR8RhUJzH_f2GwL0o_Ux

GUASTINI, Ricardo. *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici.* Milano, Giuffrè, 2010.

LEGG, Andrew. *The margin of appreciation in international human rights law. Deference and proportionality.* Oxford, Oxford University Press, 2012.

LIPJHART, Arend. *Patterns of democracy. Government forms and performance in thirty-six countries.* 2ª ed., New Haven, Yale University Press, 2012.

LLAMAS, Ángel (ed.). *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*. Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994.

McSHERRY, J. Patrice. *Predatory States. Operation Condor and covert war in Latin America*. Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 2005.

PISARELLO, Gerardo. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*. Madrid, Editorial Trotta, 2011.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Número 44, 2010, pp. 461-506.

RUÍZ MIGUEL, Alfonso. “Del derecho al poder: el camino central de la obra de Norberto Bobbio”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Número 28, 2005, pp. 59-71.

—, *Política, historia y derecho en Norberto Bobbio*. 2ª ed., México, Editorial Fontamara, 2000.



LA IDEA DEL ESTADO DE DERECHO: SU SURGIMIENTO, EVOLUCIÓN Y ACTUALIDAD

GIORGIO RIDOLFI*

RESUMEN: En un sentido general, el estado de derecho puede definirse como el sistema político en que se hallan definidos los límites formales para el ejercicio del poder en un territorio determinado. Este concepto surge explícitamente en Alemania al comienzo del siglo XIX, y de ahí se difundió en gran parte de Occidente. Sin embargo, se encarna en él una exigencia que ya se manifestó al comienzo de la edad moderna, cuando al sistema centrífugo del feudalismo se substituyó la centralización típica del absolutismo (o bien de los que se pretendían estados absolutos). Entonces, las ideas de estado de derecho y absoluto nacen esencialmente al mismo tiempo. No obstante, la superación del absolutismo significa una evolución del estado de derecho, que asume características diferentes en Alemania, Francia y Estados Unidos (donde en realidad se utiliza el concepto anglosajón de *rule of law*). Consiguientemente, el siglo XX vio el surgimiento de estados constitucionales de derecho, en los cuales a menudo los derechos de los ciudadanos se hallan cuidadosamente mencionados en un documento escrito. Pero ¿las diferencias que subsisten entre las varias constituciones occidentales nos permiten desarrollar un concepto que hoy también no quede demasiado general y vago?

PALABRAS CLAVE: feudalismo, estado absoluto, Prusia, *rule of law*, *judicial review*, estado constitucional

ABSTRACT: Very generally speaking, we can define *estado de derecho* (which has not an english translation) as a system in which formal limits to the exercise of the power in a certain territory are defined. This concept emerges explicitly in Germany at the beginning of the Nineteenth century, and spreads then in most of the West. Nevertheless, we can detect in it a requirement that already had appeared at the beginning of the Modern Age, when the characteristic centralization of absolutism (or rather of those State which interpret themselves as absolutist) replaced the centrifugal system of feudalism. Thus, the ideas of *estado de derecho* and absolutist state essentially emerge at once. However, the overcoming of absolutism implies an evolution of the *estado de derecho*, which takes different forms in Germany, France, and United States (where actually the Anglo-Saxon concept of rule of law is utilized). Therefore, the Twentieth century saw the birth of constitutional *estados de Derecho*, where citizens' rights are often thoroughly mentioned in written documents. And then, do the differences among the various Western constitutions allow us to develop nowadays a concept, which does not yet remain too general?

KEYWORD: feudalism, absolutist state, Prussia, *rule of law*, *judicial review*, constitutional state

SUMARIO: 1. PREMISA. 2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO FEUDAL. 3. ¿EXISTIÓ VERDADERAMENTE EL ESTADO ABSOLUTO?. 4. EL ESTADO DE DERECHO, DESDE EL REINO DE PRUSIA A LA ALEMANIA UNIFICADA. 5. RULE OF LAW Y ÉTAT DE DROIT. 6. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

* Investigador, de la Universidad de Pisa.

1. PREMISA

La noción de estado de derecho no surgió autónomamente ni en Italia ni en España. En ambos casos apareció a principios del siglo XX como un molde del lema alemán *Rechtsstaat*, que ya tenía más de un siglo de historia. Al menos desde las guerras napoleónicas, España se hallaba en una profunda crisis, sobre todo de identidad, y había perdido la guía cultural en Europa que poseyó en otras épocas. La misma guía cultural Italia la tuvo y la perdió mucho antes que España, pero a principios del siglo XX era, o bien se pretendía, una potencia emergente, y había vivido experiencias políticas parecidas a las alemanas: en primer lugar, una fragmentación de siglos de su territorio y una unificación solo recién alcanzada. Pese a esto, subsistía una diferencia fundamental: Italia había padecido siglos de dominaciones extranjeras, mientras que Alemania se halló *siempre* dividida en estados “alemanes”. Esto favoreció aquí obviamente un desarrollo más lineal y unitario de una cultura nacional, que encarnó para los italianos un importante modelo a imitar.

En Francia también se empieza a utilizar la expresión *État de droit* en el mismo periodo y como un molde del mismo lema alemán. Pero, como veremos, ella desarrolla aquí algunas declinaciones autónomas; lo que *a fortiori* acaece en la cultura jurídica anglosajona, que se distingue diametralmente de la alemana al utilizar la locución característica de *rule of law*. Seguramente, cabe subrayar, no es raro que crítica o acriticamente se traduzca *rule of law* con estado de derecho; y no se puede asimismo negar que, en una época de intercambio en todos los ámbitos, como es la nuestra, la evolución de los conceptos acabe por perfilar un paulatino entrelazamiento entre ellos y las culturas jurídicas que expresan. Pese a esto, para que el trabajo científico quede siempre fundado en su complejidad, las diferencias deben siempre ser tenidas en cuenta¹.

Con esto dicho, podemos ahora preguntarnos si es posible al comienzo proporcionar una primera definición general, más aún, generalísima, de estado de derecho; una definición que abarque unitariamente todas sus declinaciones históricas, sin perjuicio para las diferencias particulares. En nuestra opinión se puede responder afirmativamente así: la idea de estado de derecho atañe a los límites que el derecho debe saber imponer al poder constituido dentro de una determinada comunidad política. Luego a esta definición se puede añadir que, al hablar de comunidades políticas regidas por

1 Una referencia indispensable para estas reflexiones iniciales, tal y como para muchas de las que seguirán a continuación, es a la colección de ensayos Pietro Costa, Danilo Zolo (a cura di) *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002. También fundamental, sobre todo por una rigurosa taxonomía de los significados posibles del concepto de estado de derecho, así como por una panorámica de la literatura castellana sobre este argumento, es Rafael de Asís, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999. Sobre la posibilidad de acercar estado de derecho y *rule of law*, véase Neil MacCormick, “*Der Rechtsstaat und die rule of law*”, en: *Juristenzeitung*, no. 39, Tübingen, Mohr Siebeck, 20 de enero 1984, pp. 65-70. Por último, para una bibliografía, que se refiere sobre todo a la experiencia alemana, me permito de indicar Giorgio Ridolfi, *Rechtsstaat. Percorsi nella cultura giuridica tedesca del XIX secolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 12-13.

un poder constituido central, parece obviamente obligatorio en la modernidad hacer referencia a la máxima entre ellas, que precisamente es el estado.

Otras dos aclaraciones son fundamentales. La primera concierne a la indiferencia absoluta de este concepto generalísimo hacia el de democracia, pese a la coincidencia que nuestra actualidad política parece imponernos. La segunda concierne al mismo concepto de estado, que en nuestro discurso tiene que ser asumido en un sentido particular, aunque problemático, precisamente el de “estado moderno”. De hecho, con estado puede entenderse cada porción de territorio físico en el cual una estructura política cualquiera (monárquica, oligárquica, o bien democrática) ejerce un poder continuo y eficaz, pudiendo hacer frente a quien no cumple con sus *órdenes* a través de la fuerza pública (de cuyo ejercicio tiene el monopolio, como decía Max Weber). Pero, así entendido, su definición parece adecuada a cada poder surgido en la historia política de la humanidad, igual que se le llame estado o no. Cuando hablamos en cambio de estado de derecho, hacemos referencia al tipo de estado que nació al final de la edad media, al cumplirse la crisis del sistema económico-político llamado feudalismo. *Más bien, se puede afirmar que el estado de derecho es un intento de resolver los problemas que surgieron con la crisis del estado feudal y el nacimiento del estado moderno, que tiene las características problemáticas del estado absoluto*².

2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO FEUDAL

Desde un punto de vista jurídico, una larga tradición de estudios ha caracterizado la transición del estado feudal al estado moderno, como transición de una concepción del poder típica del derecho privado a una típica del derecho público. En el sistema feudal, el poder político central, esto es el del emperador y luego de los reyes poseía una fuerte legitimación religiosa, pero su alcance efectivo dependía (hacemos una vez más referencia a Max Weber) del potencial carismático de quienes concretamente lo encarnaban. En los hechos, el sistema tenía en sí características centrífugas, que se intensificaban en caso de soberanos débiles o herencias controvertidas. Además, *él* se estabilizó como delegación fiduciaria de la administración de los territorios periféricos, lo que a menudo significaba un reconocimiento, que la autoridad central hacía por medio de la investidura formal de vasallos, de un poder que éstos ya factualmente ejercían. Y la investidura misma era sí una ceremonia de significativo valor religioso, pero escondía en sí un mecanismo mucho más prosaico del tipo contractual.

Entonces, la relación que surgía entre el dueño y su vasallo preveía obligaciones recíprocas. Además de homenajes más o menos formales, las del vasallo consistían en su

2 Utilizamos aquí, como parcialmente a continuación, la terminología y los análisis de Perry Anderson, un erudito de tradición marxista, pero crítico de algunas simplificaciones del marxismo. Haremos referencia sobre todo a Perry Anderson, *El Estado absolutista*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1979 (1974).

participación en la creación de los ejércitos que necesitaban al dueño para combatir sus numerosas guerras. Pero, de otro lado, esto suponía una amplia libertad del vasallo para operar en su territorio como un soberano independiente, más que autónomo, dado que a menudo se le reconocían facultades típicas de la soberanía moderna: la defensa armada, la administración de la justicia y la acuñación de la moneda. Además, el carácter sinalagmático del vínculo permitía denunciar su eventual infracción por parte del dueño, lo que constituía un fuerte poder de chantaje, que podía utilizarse también como un medio para arrancar concesiones de soberanos ineptos. Finalmente, el carácter sacramental de este vínculo permitía interpelar a una tercera figura, la del Papa, que siempre se hallaba en lucha con los soberanos laicos por la supremacía temporal y, entonces, siempre era dispuesto a escuchar las quejas de los feudatarios descontentos.

Sin embargo, debe notarse que la visión del feudalismo aquí presentada, más que a la realidad de la edad media como las fuentes nos la describen, corresponde a la idea que de este fenómeno se hicieron, o bien quisieron hacerse, las épocas que la siguieron. Ésta era una construcción en gran medida ficticia, pero, como se verá más claro en lo que diremos a continuación, para nosotros quizás más interesante de la realidad misma. Seguramente, esta idea dominó los estudios sobre la edad media hasta el siglo XX, y todavía puede leerse en las síntesis de muchos manuales. Sólo en las últimas décadas importantes estudios se enfrentaron con algunos de sus rasgos fundamentales: los de la estructura piramidal del poder, la exclusividad del vínculo feudal, la estandarización de los tipos de vínculos y de investidura, la persistencia del modelo feudal como mínimo desde la época carolingia³.

En cualquier caso, por encima de estas diatribas exegeticas, puede afirmarse que el sistema feudal siempre tuvo en sí los gérmenes de su disolución: una conflictividad continua, la imposibilidad de encontrar límites estables al ejercicio del poder y la exclusión política de la burguesía mercantil, que desde hacía tiempo constituía la parte más dinámica de las sociedades europeas occidentales. Aunque con procesos de desarrollo y velocidades diferentes, la situación entró en crisis en la última parte de la edad media, cuando transformaciones socioeconómicas de estructura también causaron una transformación de los mecanismos políticos vigentes. No es por casualidad que la fecha que convencionalmente se eligió para indicar el final de la edad media es la del descubrimiento de América en 1492; un acaecimiento que marca entre otras cosas la extensión definitiva de los mercados, su primera globalización y la consiguiente obsolescencia de las antiguas estructuras propietarias.

3 El libro que describe por excelencia la versión moderna de esta visión clásica del feudalismo es François Louis Ganshof, *El feudalismo*, Barcelona, Ariel, 1963 (1944), mientras que, después de un largo periodo de contestaciones, las críticas más radicales le provinieron de Susan Reynolds, *Fiefs and Vassals. The Medieval Evidence Reinterpreted*, Oxford, Oxford University Press, 1994. Todo el debate del siglo XX se reconstruye, intentando de clarificar algunos entre los rasgos más controvertidos, en Giuseppe Albertoni, *Vassalli, feudi, feudalesimo*, Roma, Carocci, 2015.

3. ¿EXISTIÓ VERDADERAMENTE EL ESTADO ABSOLUTO?

Pese a lo que hemos dicho, el feudalismo siguió viviendo en Europa dentro de la edad moderna, aunque en formas diferentes. Más bien, paradójicamente solo ahora se presentaron en la Europa oriental las condiciones adecuadas para el desarrollo de los vínculos feudales, que en algunos casos resistirán hasta el siglo XX. Pero, tampoco en la Europa occidental se asistió a su *rápida liquidación*. En Francia, por ejemplo, estos vínculos siguieron vigentes hasta la revolución de 1789 como medio de legitimación formal de los privilegios de la aristocracia. Sin embargo, hablar de privilegios y no *más* de vínculos contractuales ya implica la transición a una interpretación del poder como instancia de derecho público, conforme a la cual el titular del poder central, que es un poder absoluto, asigna y legitima todos los privilegios, tutelando su ejercicio, pero asimismo vigilando los mismos. Esto es lo que ocurrió en los tres grandes estados nacionales que aparecieron en la política europea al final de la edad media y estrenaron la edad de los llamados estados absolutos (por que fueron regidos por soberanos absolutos): España y Inglaterra, además obviamente de Francia. Pero, ya a primera vista, esta simplificación histórica presenta deficiencias.

Por ejemplo, la unificación española se realizó “artificialmente” a través de la boda entre Fernando II de Aragón y Isabel I de Castilla y quedó siempre amenazada por los particularismos locales, cuyos efectos todavía pueden verse en las actuales cuestiones vasca y catalana. Esto se acentuará obviamente al hallarse posteriormente el reino dividido en tres bloques, difíciles de mantener juntos: los territorios originarios en la península ibérica, las demás posesiones europeas de la corona y las tierras colonizadas en las Américas. Entonces, “*el Estado que presidió este vasto imperio era en sí mismo un montaje destartado, unido tan sólo, en último término, por la persona del monarca*”⁴, para el cual consiguientemente, durante largos periodos, el poder absoluto no fue más que una simple aspiración.

Por lo que atañe a Inglaterra, como es sabido, nunca perdió vigencia la Carta Magna, el documento a través del cual el rey Juan sin Tierra se comprometió solemnemente en 1215 a reconocer las prerrogativas de los barones del reino. Además, las dimensiones restringidas del país habían producido una rápida unificación administrativa, que reconocía la autoridad central del monarca, pero le oponía un único parlamento “nacional” bicameral provisto de funciones fundamentales: el consentimiento formal a la actividad legislativa del rey y un juicio, a menudo obligatorio, sobre la fiscalidad y, entonces, sobre la creación de cuerpos de expedición militares. Asimismo, debe notarse que *más tarde* en la cámara baja, la llamada *cámara de los comunes*, se halló representada sobre todo la nobleza pequeña y media (*gentry*) que se era enriquecida a través de la confiscación de las tierras eclesiásticas después de la reforma luterana y había logrado un poder del tipo moderno, mercantil. Esta evolución particular se explica sobre todo con la insularidad del país, difícil a atacarse del exterior y entonces,

4 Anderson, *El Estado absolutista*, op. cit., p. 57.

menos necesitado de fundar privilegios y prerrogativas sociopolíticas sobre el ejercicio de las armas. Se puede así comprender los motivos por los que los ingleses ya pudieron ajustar cuentas con el absolutismo después de sus últimas llamaradas del siglo XVII, cuando la Gloriosa Revolución (1688-1689) inició aquel proceso de diseminación de las decisiones políticas que, aunque lentamente, provocará el desarrollo precoz de un sistema esencialmente democrático.

Sin embargo, tampoco para Francia vale del todo el paradigma absolutista. El final de la época feudal dejó surgir los tres grandes protagonistas de la historia francesa en los siglos sucesivos: el rey, la nobleza y la burguesía. El elemento débil de este sistema era por supuesto la nobleza, cuya preordinación sociopolítica se contraponía a lo necesario para la expansión del comercio. En cambio, indudable era la fuerza de la burguesía, que aspiraba a jugar el papel del protagonista de la nueva época. Pero, un más amplio nivel de laicidad de los mecanismos de legitimación del poder no significaba todavía el final del orden tradicional, del que el soberano mismo era su expresión. Según Perry Anderson, desmintiendo al propio Marx, el estado absoluto puede interpretarse como un compromiso factual entre el soberano y la aristocracia para seguir excluyendo la burguesía del poder político. Entonces, *“el Estado absolutista nunca fue un árbitro entre la aristocracia y la burguesía ni, mucho menos, un instrumento de la naciente burguesía contra la aristocracia: fue el nuevo caparazón político de una nobleza amenazada”*⁵.

Pese a esto, sería un error tratar el absolutismo francés como un sistema estático, cuyas partes respetaban su tarea asignada, puesto que la historia francesa está marcada por la impaciencia de la nobleza frente a su marginalización política. Así, ella estaba siempre lista a disfrutar todas las sedes de su poder, sobre todo los llamados parlamentos, que eran tribunales administrativos. Por su parte, los soberanos a menudo intentaban poner freno a esta impaciencia, coqueteando con la burguesía e incluyendo (de pago) algunos de sus miembros en la llamada “nobleza de toga” (que concurría con la tradicional “nobleza de espada”). De ahí que el único soberano verdaderamente absolutista de la Francia moderna quizás pueda considerarse a Luis XIV, el Rey Sol que reinó de 1643 a 1715 y consiguió vincular a la gran nobleza en el sistema de privilegios de la corte de Versalles, reducir sus veleidades políticas y crear un bloque central de poder, con la marginalización de los poderes provinciales. Pero, en retrospectiva, este sistema pudo funcionar solamente por medio de un carisma extraordinario, tal y como ocurrió en parte durante la regencia de hecho del cardenal Richelieu, primer ministro de 1624 a 1642. Los sucesores del Rey Sol no poseerán ciertamente su carisma, lo que desembocará nuevamente en desacuerdos en el país y provocará el término del equilibrio, hasta el estallido de la revolución.

Esta larga digresión nos permite traer una primera conclusión. Por supuesto, la revolución francesa, con los debates que la precedieron y siguieron, representa una pri-

5 Ivi, op. cit. p. 12.

mera expresión explícita de las exigencias típicas del estado de derecho, sobre todo si lo tomamos en su versión más moderna, como reconocimiento de derechos políticos universales. Pese a esto, también las reivindicaciones de derechos particulares y exclusivos en la Carta Magna o en las presiones de la aristocracia francesa respetaban la misma exigencia de individuación de los límites formales de un poder soberano que se pretendía absoluto, al repetir la antigua fórmula “*hoc volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas*”. De ahí que pueda tal vez determinarse un surgimiento común e indisoluble de las ideas de estado absoluto y de derecho, cuya dialéctica marcará los siglos de la edad moderna hasta el comienzo del siglo XIX.

4. EL ESTADO DE DERECHO, DESDE EL REINO DE PRUSIA A LA ALEMANIA UNIFICADA

De todos modos, como dijimos desde el principio, la cultura alemana es paradójicamente el ámbito donde nació explícitamente la idea de estado de derecho. Decimos paradójicamente porque, al comienzo de la edad moderna, los territorios alemanes ensayaron un desarrollo diferente del descrito para los estados occidentales. Ellos se encontraron incluso en una estructura política como el Sacro Romano Imperio Germánico que todavía conservaba, al menos formalmente, todas las características del estado feudal. En realidad, los poderes de la autoridad central se apagaron paulatinamente y al título de emperador quedó un sentido poco más que honorífico; mientras que el territorio se hallaba dividido, por una parte, en principados eclesiásticos, pequeñas posesiones y ciudades libres, que evidenciaban similitudes con la fragmentación típica de la Italia septentrional y por otra, en estados más amplios que gozaban esencialmente de una independencia cercana a la de los estados de la Europa occidental. Y, entre estos, el que más tarde será el motor de la unificación, es decir Prusia, es también el lugar donde principalmente se elaboró la idea, teórica y práctica del estado de derecho⁶.

Prusia entró en el juego político europeo a mitad del siglo XVII. Se dividía en la práctica en dos partes: la oriental, en la que se hallaban las raíces feudales de su aristocracia (los *Junker*) y que estaba fuera de la jurisdicción del Imperio; y la occidental, donde estaba su capital Berlín y que se abrió progresivamente a la modernidad. Si en su historia el ducado de Prusia (que se volvió en reino sólo en 1701) se caracterizaba por la dominancia de la nobleza sobre una dinastía débil, la situación mudó de repente en este periodo al aparecer soberanos dotados de una visión más amplia. El duque Federico Guillermo (el Gran Elector) y el rey Federico Guillermo I (el Rey Sargento) transformaron los privilegios tradicionales de la aristocracia en prerrogativas reconocidas a sus miembros conforme al servicio rendido en los dos grandes sistemas que regían el estado, la burocracia y el ejército.

6 Sobre las etapas fundamentales de la historia jurídico-política alemana, véase Michael Stolleis, *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XIX)*, Madrid, Marcial Pons, 2018 (2014).

Pero, encarnó casi por antonomasia el carácter absoluto del poder monárquico el rey Federico II (en el trono de 1740 a 1786) ni por causalidad, ni sin razón llamado el “Grande”. En realidad, suele encuadrarse a Federico II, así como otros soberanos del tiempo como Catarina II (la Grande) de Rusia y José II de Austria, en el llamado absolutismo ilustrado; un tipo de absolutismo que, como dice el adjetivo, se manifiesta en medidas de reformas que, como mínimo según las intenciones, querían aumentar la eficiencia del estado y asimismo el bienestar de sus súbditos. Así, Federico dio el primer estímulo fundamental para la codificación en Prusia, que se completó después de su muerte en 1794 y que representa evidentemente la primera etapa para la realización del principio básico del estado de derecho, el de la limitación formal del poder del soberano y de sus delegados. Sin embargo, no debe olvidarse que la acción de la reforma y de codificación de Federico II todavía se inscribe al amparo de un eficaz poder carismático y, entonces, de una actitud política que, por encima de sus realizaciones, está a las antípodas de la descrita idea de estado de derecho. Paradójicamente los acaecimientos, sobre todo por supuesto los revolucionarios de Francia, forzaron a los sucesores de Federico II, más conservadores y menos capaces de administrar el estado, a introducir límites, aunque suaves, a su arbitrio político⁷.

De todos modos, uno de los mayores admiradores de Federico II fue su contemporáneo Immanuel Kant (1724-1804) generalmente reconocido como uno de los padres del concepto de estado de derecho. En los hechos, Kant jamás utiliza el término *Rechtsstaat* y, aunque a veces utilice la locución latina *status iuridicus*, la entiende como sinónimo de “condición jurídica”, oponiéndose a la condición sin leyes del estado de naturaleza, y no la específica que vendrá después. Si bien la crítica no es concordante, se suele considerar la doctrina política de Kant como el arquetipo de la concepción liberal del estado de derecho: puesto que Kant reconoce la libertad como único derecho inherente, es decir, válido en el estado de naturaleza, su estado jurídico debe caracterizarse como una condición en la cual todo el mundo posee las mismas condiciones iniciales para disfrutarla. Entonces, igualdad no puede más que significar que todo el mundo tiene las mismas posibilidades de desarrollar su vida libremente, sin que el estado tenga ni la obligación ni el derecho a intervenir para corregir desajustes eventuales⁸. El paternalismo, esto es

7 La acción de codificación prusiana se substanciará en 1791 en una primera versión del código, llamada *Allgemeines Gesetzbuch für die Preussischen Staaten*, que nunca entró en vigor porque fue juzgada demasiado progresista; y su revisión de 1794, el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*. Sobre la acción de codificación en la época de Federico II, y en particular sobre la figura de su autor más importante Carl Gottlieb Svarez, se vean Hermann Conrad, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten von 1794*, Köln-Opladen, Westdeutscher Verlag, 1958, y Milan Kuhl, *Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2012 (que cuestiona en realidad la supuesta actitud progresista de Svarez). Sobre las reformas políticas en Prusia después de Federico II, el texto de referencia es Reinhardt Koselleck, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart, Klett, 1981 (1975).

8 Esta visión liberal, mejor liberalista, del estado de derecho se exprime particularmente en Gottfried Dietze, *Kant und der Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1982; Manfred Brocker, *Kant über Rechtsstaat und Demokratie*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006; y Joachim Hrus-

la voluntad del Estado de imponer a sus ciudadanos, mejor, *súbditos*, lo que considera su real bienestar, “es el mayor *despotismo* imaginable”⁹. Y esta posición es esencialmente compartida por el otro prusiano “padre” del estado de derecho, Wilhelm von Humboldt, que tampoco habla de *Rechtsstaat*, pero escribe en 1792 un libro que se titula “*Los límites de la acción del Estado*”¹⁰. Asimismo, parece oportuno notar que Humboldt es, por algunos rasgos, más significativo que Kant, sirviendo concretamente en la administración prusiana como ministro y embajador y hallándose envuelto en la ya descrita evolución del poder en Europa después de la revolución francesa (de la cual fue testigo ocular) y de los demás levantamientos que la siguieron.

El desarrollo concreto del concepto de estado de derecho en la Alemania antes de la unificación se debe principalmente a dos eruditos: Friedrich Julius Stahl (1802-1861) y Robert von Mohl (1799-1875).

Stahl era un bávaro judío, que se convirtió al luteranismo y vivió el tramo más importante de su actividad teórica en Prusia, donde fue uno de los concejeros más escuchados del rey Federico Guillermo IV. Stahl asumió la concepción “sacra” del poder público típica del luteranismo y fue, entonces, un conservador que se oponía a contestar abiertamente los privilegios de la nobleza (a la que no pertenecía) y sobre todo el arbitrio absolutista del soberano. Pese a esto, como experto observador de las dinámicas políticas, *él se daba cuenta* de que el viejo sistema ya no podía soportar los desarrollos sociales y económicos *más recientes*, y que, además de las necesarias correcciones, no podía seguir basándose sobre anticuados principios (metafísicos) de legitimación. De hecho, éstos necesitaban como mínimo una formalización, y de ahí él elaboró su definición de estado de derecho, tan feliz que la repitieron muchos eruditos

chka, *Kant und der Rechtsstaat und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik*, Freiburg i.B.-München, Karl Alber, 2015. En cambio, para leer la obra de Kant de una manera más cercana a la moderna concepción del *welfare state* véase: Matthias Schmidt-Klügmann, “Überlegungen zum modernen Sozialrecht auf der Grundlage der praktischen Philosophie Kants”, en: *Archiv für Rechts- und Sozialpolitik*, no. 71, Stuttgart, Franz Steiner, 1985, pp. 378-403; Allen D. Rosen, *Kant's Theory of Justice*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1993; y Gerald Söchting, *Eigentum und Sozialhilfe. Die eigentumstheoretischen Grundlagen des Anspruchs auf Hilfe zu Lebensunterhalt gem. § 11 Abs. 1 BSHG nach der Privatrechtslehre Immanuel Kants*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995. Finalmente, una lectura “socialista” es la de Harry van der Linden, *Kantian Ethics and Socialism*, Indianapolis-Cambridge, Hackett, 1988.

9 Immanuel Kant, *Teoría y práctica. En torno al tópico: «eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica»*, en Immanuel Kant, *¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Madrid, Alianza Editorial, 2004 (1793) p. 207.

10 Al menos éste es el título de su edición castellana (Madrid, Tecnos, 2009 [1792]) editada y presentada por Joaquín Abellán, que es también el autor de la monografía posiblemente más importante sobre Humboldt como filósofo de la política y del derecho, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981. El título original de la obra de Humboldt es el más articulado *Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu begrenzen* (“*Ideas para un intento de determinar los límites de la actividad del estado*” como se contiene en la versión mexicana de este opúsculo traducida por el filósofo español Wenceslao Roses en la obra de Guillermo de Humboldt “*Escritos Políticos*”, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, pp. 87-154).

que absolutamente no compartían sus visiones conservadoras. Según Stahl, un estado de derecho: “*tiene que determinar con precisión y de una forma segura las líneas y los límites de su eficacia, así como la esfera de libertad que pertenece a sus ciudadanos, y no debe realizar (alcanzar con la fuerza) las ideas éticas con medios públicos en un sentido más amplio del que se le permite a la esfera jurídica*”¹¹.

Tomada en sus *términos específicos*, esta definición parece no implicar mucho más que una tautología: el estado de derecho es un estado que tiene un derecho cualquiera, sin importar cuál sea. No obstante esto, representaba un fundamental paso adelante, como mínimo porque significaba el reconocimiento de la certeza como característica constituyente del derecho. Si es verdad que para Stahl en el estado la autocracia del soberano puede seguir representando la fuente principal del derecho, y que el privilegio ligado al nacimiento o a algo más sigue ofreciendo un contenido posible de la ley¹², existen ahora procedimientos rígidos para crear el derecho, así como para revocarlo. El “Rubicón” de la limitación del arbitrio del soberano, esto es del absolutismo, había sido formalmente franqueado, y no será posible ya dar vuelta atrás.

Otra curvatura a la idea de estado de derecho se la dio Robert von Mohl, un erudito que pasó su vida sobre todo en los estados de Württemberg y de Baden (pero pudo también jugar un papel político en el recién nacido estado unificado). Esto resulta en su opinión que la esencia del estado de derecho consiste en el hecho de que: “*él protege y sostiene el desarrollo de todas las fuerzas naturales reconocidas por el pueblo como fines vitales del individuo y de la colectividad. Con este fin, de un lado, él asegura que todas las acciones de sus miembros y del poder organizado de gobierno se desarrollen solo en el ámbito de un ordenamiento jurídico omnicompreensivo, y se preocupa que, dentro de sus límites, esto es en las relaciones de los individuos entre sí como en las relaciones con sus partes, el derecho no sea violado en todo lo que atañe a la vida; de otro, él sostiene el desarrollo de las varias fuerzas y de los intereses de sus miembros que derivan de él, en la medida en que sus fuerzas no son suficientes y el objeto legítima el uso de la fuerza colectiva*”¹³.

Como es evidente en las últimas líneas, estamos aquí mucho más allá de la neutralidad liberal de Kant y Humboldt. Según Mohl, el estado tiene que intervenir activamente para reequilibrar situaciones desfavorables que se crean en perjuicio de los perjudicados, como ocurre en las catástrofes naturales, o bien con faltas excusables por la complejidad social, como en el caso de los daños que producía la competencia desenfrenada

11 Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, Bd. 2: *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Th. 2, Heidelberg, Mohr, 1856 (1837), p. 137. La traducción es propia.

12 Kant veía en cambio a la nobleza hereditaria como “*un producto mental sin ninguna realidad*” (*La Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 2008 [1797] p. 163) porque se basaba sobre la idea que los méritos de los antepasados pudieran transmitirse a su descendencia. Pero, la solución realista de Kant no era la de eliminar la nobleza de su tiempo (con sus privilegios) sino de dejarla extinguir, sin renovarla.

13 Robert von Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Bd. 1, Tübingen, Laupp, 1866 (1832), p. 5. La traducción es propia.

típica del capitalismo moderno y de una industrialización demasiado rápida. *Más bien, con respecto a estas cuestiones*, Mohl exprime una indignación no lejana de la de Karl Marx. Seguramente, esto no ocurre solo por motivos humanitarios, que también se hallan en los escritos de Mohl, sino por intereses de seguridad pública, ya que el mismo orden económico y político liberal está puesto en peligro por masas de obreros reducidos a un estado de bestias. Esto no excluye que, en las páginas de Mohl, empiece a divisarse el resplandor del moderno estado del bienestar (*welfare state*) y de aquel estado social de derecho que se nomina explícitamente en el *Grundgesetz* de 1949 (art. 20 y 28).

El fracaso de los motines de 1848, cuyos partidarios se reunían en el parlamento de la Paulskirche de Frankfurt para delinear la estructura político-jurídica de la futura Alemania unificada, marca también el fracaso del liberalismo de tipo mohliano¹⁴. Por último, intentaron reanimarlo Otto Bähr (1817-1895) y Rudolf von Gneist (1816-1895) autores en 1864 y 1872 de dos escritos que tenían el mismo título, “*Der Rechtsstaat*”, y que defendían la idea de la justicia administrativa como garante de los derechos de los ciudadanos frente al estado. Una doctrina similar resuena luego en otra obra fundamental del mismo periodo, el “*Deutsches Verwaltungsrecht*” (1895) de Otto Mayer (1846-1924)¹⁵, aunque ya se inscriba en un orden de ideas típico de la primera época después de la unificación. De hecho, en los años de la hegemonía como canciller del héroe de la unificación Otto von Bismarck (hasta 1890) los juristas más prominentes intentaron una reducción formal del derecho a instancia puramente científica, con exclusión de su sentido filosófico, político o simplemente social. Los representantes centrales de esta posición, Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) y luego, con aún más radicalidad, Paul Laband (1838-1918) reivindicaron en este sentido la absoluta preordinación del estado sobre todas las partes a él subordinadas y substituyeron al absolutismo monárquico por un absolutismo del estado, como único depositario del poder que habla por medio de la ley positiva. Aquí se muestra el concepto de estado de derecho característico del segundo imperio alemán, que interpreta el derecho vigente como autolimitación del estado mismo, que así exprime su voluntad.

En este periodo no se utiliza a menudo la expresión “*Rechtsstaat*”, como en realidad tampoco lo hicieron los mismos Stahl y Mohl. Más allá de sus intenciones y creencias, lo que caracteriza a los autores citados es una actitud constructivista, que parece servirse de los conceptos de la personalidad del estado y de su autolimitación para sostener las ideas políticas (autoritarias) vigentes, más que para fundarlas. Si poco después Georg Jellinek (1851-1911) ya declina estos conceptos en un sentido más realista y sociológico, ellos encontrarán su desmentida fundamental con la derrota alemana en la Primera Guerra Mundial y la fundación de la llamada República de Weimar, uno de los primeros ejemplos del moderno estado (constitucional) de derecho¹⁶.

14 En Frakfurt se hallaba el propio Mohl, que llegó ahí a desempeñar el cargo de ministro de la justicia.

15 Cfr. Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Bd., Leipzig, Duncker & Humblot, 1895, pp. 53-66.

16 La doctrina más característica del estado de derecho de la época de Weimar es la de Hermann Heller (1891-1933) quien subrayó la necesidad de que se superaran los límites de un concepto estrictamente

5. RULE OF LAW Y ÉTAT DE DROIT

Como ya hemos dicho, hay en Inglaterra una particular evolución teórica. El desarrollo precoz de una compleja y centralizada forma parlamentaria, reivindicando con fuerza y éxito sus prerrogativas de interdicción frente al absolutismo real, puso una particular aureola de sacralidad alrededor de las decisiones del poder legislativo, que alguien aún interpreta como omnipotencia. Conforme a las palabras del jurista suizo, naturalizado inglés, Jean Louis de Lolme (1740-1806) “el parlamento lo puede todo salvo volver los hombres en mujeres” (una limitación que sería hoy asimismo cuestionable). Y una formulación evocadora para sintetizar esto es la célebre referencia de William Blackstone (1723-1780) según el cual el poder reside en Inglaterra en la figura (en la ficción, pudiéramos también decir) del *King in Parliament* (o bien de la *Queen in Parliament*)¹⁷.

A pesar de esto, se puede constatar que el parlamento inglés encuentra un límite importante en la actividad de los tribunales, que en los sistemas de *common law* se hallan, de un lado, vinculados a antiguos esquemas de derecho consuetudinario y, de otro, participan a la creación de la ley. Ellos vivifican en la concreta administración de la justicia las rígidas formas recibidas del parlamento. Consiguientemente, se puede hablar de “un reino de la ley y de los jueces”. Esto significa en los hechos que la voluntad de los miembros del parlamento no puede estar limitada por algún principio político o jurídico, como los enunciados implícita o explícitamente en las constituciones modernas; pero a la vez existe una secular constitución no escrita, el *law of the land*, el cual se compone de principios consuetudinarios, que solo parcialmente se inspiran en el tradicional derecho natural y que la actividad de los tribunales conserva. Si es que no se puede hablar para Inglaterra del equilibrio formal de poderes que en el Continente la cultura jurídica contemporánea trae de Montesquieu (*¡pero de Locke también!*) esto no significa que un equilibrio no se alcance allí de manera consuetudinaria y que el *rule of law* no implique una atenta vigilancia sobre su persistencia.

El sistema de *common law* ya se trasplantó en el nuevo mundo al tiempo de los primeros colonos, los llamados padres peregrinos, que huyeron de Inglaterra esencialmente por razones religiosas, pero no tuvieron motivos para rechazar asimismo el sistema

formal y que el estado encuadrarse y respetase los concretos intereses de todos sus miembros. Así se puede hablar de estado social de derecho, cuyos fundamentos Heller delineó en su *Teoría del Estado*, Ciudad de México, Fondo del Cultura Económica, 1947 (1934) editada póstumamente por su discípulo Gerhart Niemeyer. De Heller, judío y firme enemigo del nacionalsocialismo, que murió en exilio en Madrid, véase también el lúcido análisis de *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen, Mohr, 1930.

- 17 Sobre la figura y los poderes del rey de Inglaterra, véase el análisis clásico, también citado por Jellinek de John Allen, *Inquiry into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, London, Longman, Brown, Green, and Longmans, 1849, en el cual se recuerda lo que el *solicitor-general* (procurador general) dijo del rey en un proceso por alta traición: “en realidad él no hace nada, pero nominalmente lo hace todo” (p. 26). La cita de De Lolme se recuerda en la que todavía se considera la obra maestra para la definición del concepto inglés de *rule of law*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* de Albert Venn Dicey (1835-1922) cuya primera edición se publicó en 1885.

jurídico en que crecieron. Pese a esto, la evolución política norteamericana se presentó diferente de la inglesa, sobre todo de que los colonos empezaron a aspirar a la independencia de la madre patria. Por lo tanto, aunque se declinaran desde una peculiar perspectiva pragmatista, los impulsos culturales de la Europa continental, y primeramente de la Francia que se preparaba a la revolución, no fueron ajenos a los de los revolucionarios americanos del final del siglo XVIII. Eso explica también la novedad de la redacción de un documento constitucional escrito que delineaba los principios de la unión, aunque con ciertas deficiencias que necesitaron sucesivas adecuaciones, las llamadas “enmiendas”.

Pero, *aún más importante para nuestro discurso* es el hecho de que la experiencia americana produjo inesperadamente novedades de gran alcance para lo que atañe a la idea del estado de derecho. Con la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803, el tribunal supremo, que era en origen solo la última instancia jurisdiccional de la unión, se atribuyó por *sí mismo* un poder inédito, el de juzgar de la conformidad a la constitución de las leyes establecidas por el congreso. Se alude aquí al principio de la *judicial review*, que incumbe teóricamente a cada tribunal americano, pero se halla obviamente vinculado a la jurisprudencia de la instancia suprema. Este principio es lo que hizo posible en el siglo XX las intervenciones directas de los jueces para apartar plagas como la segregación racial y afirmar algunos principios políticos y civiles básicos. Asimismo, es el ejemplo al cual se inspirarán las culturas políticas europeas al crear otros tribunales constitucionales. El primer de éstos será el austriaco, cuya creación en 1920 se debe a uno de los principales autores de la constitución, Hans Kelsen.

Podemos ahora traer una primera conclusión sobre las diferencias y las similitudes entre estado de derecho y *rule of law*. Por supuesto, el imperio de la ley como imperio del parlamento es efecto de la peculiar evolución histórica inglesa, que la insularidad del país ayuda a explicar, e implica por ciertos significados inadmisibles para cada experiencia jurídica continental contemporánea. Tal vez sea paradójicamente posible acercar el *rule of law* a la concepción del estado de derecho de Stahl, ya que ambas basan el derecho en los órdenes arbitrarios de un soberano absoluto (el rey para Stahl, el parlamento para los ingleses). No obstante, la experiencia americana nos ofrece un esquema conceptual diferente, al que Europa seguramente recurrió para actualizar sus doctrinas del estado de derecho y transformarlas en las que hoy vemos. Sin considerar la cuestión de la precedencia temporal y conceptual de una u otra experiencia, es posible detectar un continuo, aunque tácito, proceso de ósmosis entre ellas. Si nunca llegan a superponerse, sobre todo por la diferencia de fondo entre *civil law* y *common law* (que de todos modos también va a difuminarse), siempre se afectan mutuamente. La reciente fundación de un tribunal supremo inglés posiblemente es la prueba mejor de este proceso¹⁸.

18 Sobre todo esto, véase Ugo Mattei, Emanuele Ariano, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 2018 (1996).

La experiencia francesa del estado de derecho incluye a su vez vertientes del todo peculiares. La revolución, ya se ha notado, es en cierta medida una respuesta explosiva a la clásica pregunta sobre la limitación del poder absoluto. Explosiva también porque, aunque desde una perspectiva liberal-burguesa, afirma el principio de igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, pero equilibrado por un valor particular como el de fraternidad. Seguramente, las realizaciones revolucionarias implicaron malentendidos e ilusiones utopistas (e incluso trágicas, como demuestra el llamado terror) y no impidieron sobre todo substanciales pasos atrás. De todos modos, el hecho es que, cada vez en esta época llegó a imponerse un régimen efectivamente democrático, la herencia de los principios revolucionarios se tradujo en la delineación de dos poderes coordinados, aunque rígidamente regulados en jerarquía: el poder real, es decir el poder constituyente, que pertenece a todo el pueblo, como ya dijo Rousseau, y debe reconocerse como única fuente legislativa efectiva; y el poder que el pueblo delega a las estructuras jurídicas del estado, esto es el poder constituido, cuya legitimación se funda teóricamente en la subsistencia del consentimiento del poder constituyente. Esta construcción se debe primeramente a Joseph-Emmanuel Sieyès e implica sobre todo un intento de censura de la demasiada autonomía de los poderes delegados. En los hechos, el temor más grande se refería al tiempo a las tentaciones interpretativas y creativas del poder judicial, al que era menester vincularle al principio de Montesquieu que no veía al juez más que como la boca que pronuncia las palabras de la ley. En los hechos, una de las instituciones típicas de las primeras experiencias democráticas francesas fue el llamado *référé législatif*, es decir la obligación de los jueces de referirse al poder legislativo para recibir una interpretación auténtica, cada vez surgiesen dubios exegéticos sobre la ley.

Se impuso entonces una preordinación absoluta del parlamento que, aunque fuera también uno de los poderes constituidos, acabó por interpretarse como la realización más directa del poder constituyente y luego como su portavoz efectivo. Pese a las enormes diferencias históricas, esto condujo a Francia no demasiado lejos de los principios que hemos visto regir en la cultura política inglesa. Y es precisamente para enfrentarse con este absolutismo parlamentario, consagrado más o menos explícitamente en la constitución de la llamada tercera república de 1875, que algunos eruditos, entre los cuales se destacaba el nombre de Raymond Carré de Malberg (1861-1935) intentaron introducir en la cultura jurídica francesa el concepto de estado de derecho.

Carré de Malberg se refiere explícitamente a la experiencia alemana, no solamente en sentido terminológico. Una interesante premisa a su obra principal¹⁹ intenta justificar la publicación en 1920 de un libro en el cual se utilizan conceptos en auge antes de la Primera Guerra Mundial, cuando todavía existía el estado de potencia alemán centrado en el liderazgo autoritario del poder ejecutivo (aún peor, del *Herrscher*). Pero,

19 Cfr. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. I, Paris, Recueil Sirey, 1920, pp. V-XX.

contesta Carré de Malberg, si Alemania padeció en la guerra un justo fracaso, esto no significa que no siga válido lo que algunos autores alemanes decían: los poderes ejecutivo y legislativo tienen que cooperar y hay siempre un necesario margen de autonomía del primero, pese a su no directa legitimación electoral. El estado de derecho es un estado que presenta un virtuoso equilibrio de poderes; mientras que la obsesión francesa por la legitimación parlamentaria de cada disposición legislativa, incluso de cada disposición de emergencia, no puede más que producir lo que es oportuno llamar un simple “estado legal”²⁰. No obstante, es la referencia a la experiencia americana y sobre todo lo que atañe a la *judicial review* lo que da al concepto de *État de droit* su peculiaridad por la que se puede interpretarlo como una contribución esencialmente autónoma a la historia del estado de derecho. Esto no impide que las doctrinas de Carré de Malberg compartieran con los ensayos sobre el sistema americano de Ferdinand Larnaude, que en esto las inspiraban, la desconfianza en la adaptabilidad a la cultura jurídica y política francesa de la vigilancia judicial sobre la actividad del parlamento²¹.

Sin embargo, es interesante, y tal vez un poco cómico, notar que las típicas paradojas de la historia han hecho que no exista hoy en día en Europa otro estado cumplidamente democrático que da menos importancia que Francia a su parlamento. La constitución de la llamada quinta república, que Charles De Gaulle impulsó y el pueblo francés ratificó con un referéndum en 1958, enmendándola luego con un segundo referéndum en 1962, delinea un sistema semipresidencial: el pueblo elige directamente al presidente de la república, que tiene por lo tanto poderes de activa intervención política; pero estos son limitados por los de otra figura institucional, el primer ministro, que goza de la confianza del parlamento. Las garantías de este sistema se fundaban en origen en la durada diferentes de los cargos (7 años para el presidente y 5 para los miembros del parlamento), lo cual hacía posible la llamada cohabitación, es decir que presidente y parlamento, elegidos en dos momentos diferentes, fueran expresión de mayorías políticas diferentes y, entonces, se limitaran mutuamente. Pero, algunos malfuncionamientos del sistema aconsejaron en 2002 una reforma que adecuase la durada de los dos cargos y dispusiera la casi contemporaneidad de su renovamiento, haciendo prácticamente imposible la cohabitación. Así, Francia se volvió por ciertos rasgos en una democracia presidencial, que elige en los hechos un verdadero monarca republicano, como se dice irónicamente de la democracia americana. Además, una de las mayores innovaciones de la constitución de 1958 fue la creación de un consejo constitucional que interviene casi exclusivamente antes de la promulgación de las leyes. Como en otras experiencias, él ha acabado por auto-atribuirse en el tiempo el papel de garante de la soberanía popular, aunque no tenga una legitimación electoral; lo cual le provoca las sóliticas críticas de exceder sus poderes. Sea lo que sea, un contrapaso curioso para la patria de la revolución.

20 Cfr. *ivi*, pp. 488-494.

21 Cfr. R. Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. II, Paris, Recueil Sirey, 1922, pp. 614-615.

6. CONCLUSIONES

Consideremos brevemente, en conclusión, las transformaciones en que la idea de estado de derecho incurrió a lo largo del siglo XX, sobre todo en su primera mitad. La historia de Europa fue marcada en este periodo por acaecimientos traumáticos, entre los cuales están las dos guerras mundiales devastadoras. Pero, las mismas prepararon asimismo el terreno para nuevas declinaciones del poder político y con ellas nuevas posibilidades de arraigo para el estado de derecho en la forma de estado constitucional de derecho. La segunda guerra mundial fue un conflicto sangriento, provocado por regímenes totalitarios que se fundaban en el arbitrio, el terror y la represión; regímenes que cometieron crímenes que afectaron a la dignidad, es decir a la humanidad misma, del género humano. Por lo tanto, la única respuesta que pudo conseguir fue la afirmación definitiva de los principios universales e inalienables que regulan o tendrían que regular las vidas de los hombres y sus mutuas relaciones. No es de extrañar que las grandes protagonistas de la vuelta de Europa a la democracia y la civilización fueron las constituciones. Por supuesto, se trataba de constituciones escritas; pero también de constituciones largas, porque tenían que ser declaraciones precisas de los principios inamovibles que regulan un estado y sus relaciones internacionales; finalmente de constituciones rígidas, que podían ser modificadas solo por mayorías cualificadas, lo que las protegían de extemporáneas aventuras reformadoras. Pero tampoco es de extrañar que, como muchos subrayan, esto contribuyó a la aparición de uno de los más apremiantes problemas de las sociedades contemporáneas, esto es, el exceso de poderes que normalmente acaban por tomar instancias, como los tribunales constitucionales, que no gozan de directa legitimación popular.

El volumen extraordinario de los escritos sobre estos argumentos tal vez nos exime de tratarlos directamente, sobre todo, si pudiéramos dedicarles solo pocas palabras que no serían tampoco capaces de delinear sus límites más externos. Nuestra contribución se ha limitado a aclarar las precondiciones históricas, políticas y jurídicas del espacio en el cual, como mínimo en Occidente, la mayoría de los hombres hoy se mueve, el enmarcado por los contornos del estado (constitucional) de derecho²².

De todos modos, sea permitido añadir una alusión a la historia reciente de nuestro país, con la intención de ofrecer una perspectiva adicional a lo asumido más arriba. Después del fracaso del fascismo, Italia se reconstruyó no solo alrededor de una nueva constitución, sino también de un sólido sistema de partidos, en los cuales se reconocía la mayoría de los ciudadanos. En una república parlamentaria, esto hizo que no solo el parlamento asumiera el papel central que la constitución le otorgaba, sino también que fuera a me-

22 Para un análisis preciso de estas cuestiones en castellano, podemos referirnos a Francisco Javier Ansuátegui Roig, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Madrid, Dykinson, 2013. El autor conecta su perspectiva rígidamente positivista con la idea que no puede existir un derecho desvinculado de un particular horizonte (extra-jurídico) de valores. Entonces, es posible a la vez sostener un significado material del estado de derecho, conforme a los principios del estado constitucional y democrático, y rechazar con convicción una vuelta al derecho natural.

nudo capaz de someter a su fuerza el poder ejecutivo y afirmar su plena autonomía frente al judicial. Al presidente de la república también no se le garantizaron en los hechos los amplios poderes que le otorgaba la constitución²³ y su figura se halló en muchos casos reducida a la de un notario con funciones honorarias y representativas.

Sin embargo, al comienzo de los años noventa del siglo XX, una serie de motivos, primeramente, algunas investigaciones de los jueces del tribunal de Milán sobre casos de corrupción política, voltearon abruptamente este panorama. Algunos partidos históricos desaparecieron y otros se transformaron (entre ellos la Democrazia Cristiana, el mayor partido de gobierno después del 1945, y el PCI, el más grande partido comunista de Occidente). En cambio, se fundaron nuevos partidos con una estructura mucho más débil, basándose en el carisma de un líder más que en una clara visión política, como impone la moderna hegemonía de los medios de comunicación. Esta transformación ha significado en los hechos un fortalecimiento de las cargas individuales en perjuicio de las asamblearias, en concreto de la figura del presidente del consejo de ministros frente al parlamento. Pero, en un sistema que formalmente sigue parlamentario, también a los líderes más fuertes y carismáticos les faltan poderes efectivos para gobernar eficazmente, sin mencionar cuando falta una clara mayoría parlamentaria. Así, encontramos hoy en Italia dos poderes paralizados en su actividad por motivos diferentes, lo cual favorece el crecimiento hipertrófico del tercero, el judicial, que extiende sus poderes de aplicación hasta la pronuncia de sentencias con un contenido creador a veces apenas oculto. Y aún más indicativos son los poderes adquiridos por el presidente de la república, sobre todo en la formación de los gobiernos; poderes, como ya hemos dicho, sí conformes a la constitución, pero que no dejan de crear problemas con respecto a su legitimación electoral simplemente de segundo nivel.

Todo lo dicho ahora nos sirve solamente para subrayar algo específico. Por encima de nuestras observaciones, no tendría sentido negar que la Italia contemporánea es un estado constitucional de derecho, también después de las profundas transformaciones descritas; así como tampoco tendría sentido negar este título al “*absolutismo republicano*” de la quinta república francesa, o bien al sistema inglés, que no tiene una constitución escrita y no reconoce un límite verdadero al arbitrio del poder legislativo; y todo eso. De ahí que la categoría de estado constitucional de derecho, además de su alcance historiográfico, sufra evidentemente de su excesiva capacidad, que la vuelve en una especie de caldero donde se encuentran fenómenos jurídico-políticos profundamente diferentes. Sobre todo, parece así que con estado constitucional (de derecho) no podemos más que entender un estado (de derecho) que tiene una constitución, siempre que ésta reconozca algunos derechos basilares. Aunque esto sea fundamental, nos impone asimismo la convicción lamentable de no haber cumplido muchos pasos adelante con respecto a la idea de Stahl que el estado de derecho es simplemente un estado que posee un derecho.

23 El artículo 92 de la constitución italiana afirma: “*El Presidente de la República nombra al Presidente del Consejo de Ministros y, a propuesta de éste, a los Ministros*”, según proceda, estos poderes pueden ser (y han sido en los hechos) de gran o de pequeño alcance.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abellán, Joaquín, *El pensamiento político de Guillermo von Humboldt*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1981
- Albertoni, Giuseppe, *Vassalli, feudi, feudalesimo*, Roma, Carocci, 2015
- Allen, John, *Inquiry into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, London, Longman, Brown, Green, and Longmans, 1849
- Anderson, Perry, *El Estado absolutista*, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1979 (1974)
- Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Madrid, Dykinson, 2013
- Brocker, Manfred, *Kant über Rechtsstaat und Demokratie*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2006
- Carré de Malberg, Raymond, *Contribution à la Théorie générale de l'État, spécialement d'après le données fournies par le Droit constitutionnel français*, t. I et II, Paris, Recueil Sirey, 1920-22
- Conrad, Hermann, *Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die Preussischen Staaten von 1794*, Köln-Opladen, Westdeutscher Verlag, 1958
- Costa, Pietro, Zolo, Danilo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002
- De Asís, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1999
- Dietze, Gottfried, *Kant und der Rechtsstaat*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1982
- Ganshof, François Louis, *El feudalismo*, Barcelona, Ariel, 1963 (1944)
- Heller, Hermann, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen, Mohr, 1930
- Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, Ciudad de México, Fondo del Cultura Económica, 1947 (1934)
- Hruschka, Joachim, *Kant und der Rechtsstaat und andere Essays zu Kants Rechtslehre und Ethik*, Freiburg i.B.-München, Karl Alber, 2015
- Kant, Immanuel, *Teoría y práctica. En torno al tópico: «eso vale para la teoría pero no sirve de nada en la práctica»*, en Immanuel Kant, *¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, Madrid, Alianza Editorial, 2004 (1793)
- Kant, Immanuel, *La Metafísica de las Costumbres*, Madrid, Tecnos, 2008 (1797)
- Koselleck, Reinhardt, *Preußen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart, Klett, 1981 (1975)
- Kuhli, Milan, *Carl Gottlieb Svarez und das Verhältnis von Herrschaft und Recht im aufgeklärten Absolutismus*, Frankfurt a.M., Klostermann, 2012
- MacCormick, Neil, "Der Rechtsstaat und die rule of law", en: *Juristenzeitung*, no. 39, Tübingen, Mohr Siebeck, 20 de enero 1984, pp. 65-70
- Mattei, Ugo, Ariano, Emanuele, *Il modello di common law*, Torino, Giappichelli, 2018 (1996)
- Mayer, Otto, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Bd., Leipzig, Duncker & Humblot, 1895

- Reynolds, Susan, *Fiefs and Vassals. The Medieval Evidence Reinterpreted*, Oxford, Oxford University Press, 1994
- Ridolfi, Giorgio, *Rechtsstaat. Percorsi nella cultura giuridica tedesca del XIX secolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017
- Rosen, Allen D., *Kant's Theory of Justice*, Ithaca-London, Cornell University Press, 1993
- Schmidt-Klügmann, Matthias, "Überlegungen zum modernen Sozialrecht auf der Grundlage der praktischen Philosophie Kants", en: *Archiv für Rechts- und Sozialpolitik*, no. 71, Stuttgart, Franz Steiner, 1985, pp. 378-403
- Stahl, Friedrich Julius, *Die Philosophie des Rechts*, Bd. 2: *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung*, Th. 2, Heidelberg, Mohr, 1856 (1837)
- Stolleis, Michael, *Introducción al Derecho público alemán (siglos XVI-XIX)*, Madrid, Marcial Pons, 2018 (2014)
- Süchting, Gerald, *Eigentum und Sozialhilfe. Die eigentumstheoretischen Grundlagen des Anspruchs auf Hilfe zu Lebensunterhalt gem. § 11 Abs. 1 BSHG nach der Privatrechtslehre Immanuel Kants*, Berlin, Duncker & Humblot, 1995
- Van der Linden, Harry, *Kantian Ethics and Socialism*, Indianapolis-Cambridge, Hackett, 1988
- Von Humboldt, Wilhelm, *Los límites de la acción del Estado*, Madrid, Tecnos, 2009 (1792)
- Von Mohl, Robert, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, Bd. 1, Tübingen, Laupp, 1866 (1832)



LA PRIMERA ÉPOCA FEDERAL DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO: ENTRE EL DISCURSO Y LA REALIDAD

MARIO A. TÉLLEZ G.*

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo hacer una breve historia del Poder Judicial del Estado de México para el primer período federal, en el que se analizan desde la perspectiva de la historia del derecho las contradicciones entre el discurso de las autoridades y lo que sucedió en la realidad.

ABSTRACT: This work aims to make a brief history of the Judicial Power of the State of Mexico for the first federal period, in which the contradictions between the discourse of the authorities and what happened in reality are analyzed from the perspective of the history of law.

PALABRAS CLAVE: Poder Judicial. Estado de México. Primera época federal.

KEYWORDS: Power of attorney. Mexico state. First federal epoch.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. III. EL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO ENTRE 1824 Y 1835. III.1. Algunos debates del primer constituyente local, 1824-1827. III.2. La legislación más relevante sobre la materia. IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Tenemos que señalar desde el inicio que, por increíble que parezca, previo a nuestros trabajos sólo existe una obra que intenta reconstruir la historia del Poder Judicial para los siglos XIX y XX.¹ Así, *El Poder Judicial del Estado de México* de Antonio Huitrón publicado en 1992 en dos gruesos tomos de casi 700 páginas cada uno sigue siendo la obra de referencia, no hay más. Se trata de un trabajo ambicioso. *El Poder Judicial* de Huitrón lleva en la portada la leyenda “Historia”, “Doctrina” y “Legislación” aludiendo a los ámbitos que aspiraba abarcar. El tomo I le dedica 20 capítulos al cambio histórico de la administración de justicia y a los antecedentes del Poder. Huitrón inicia desde la época prehispánica, ubicado en la vieja tradición de la historiografía, y se prolonga hasta los años 90 del XX. El tomo II, acorde con la aparición histórica del concepto de la división de poderes, contiene completas o fraccionadas las disposiciones legislativas –en su mayoría decretos– que fueron dando forma a la institución desde los tiempos

* Profesor titular. UAM Cuajimalpa.

1 Téllez g. Mario A., “El Poder Judicial en el Estado de México en la primera época federal”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 36, núm. 36, 2012.

gaditanos de 1812 hasta los años 90. Sí hay que lamentar, y mucho, la mala calidad editorial del texto –se deshoja a la primera consulta– y el pésimo diseño.

Por otra parte, con el revuelo de la celebración del bicentenario de la Independencia, en el Estado de México se creó la “Biblioteca Mexiquense del Bicentenario”.² El balance que podemos hacer, pasados los festejos a una década de distancia, no es nada alagüeño. Sin embargo, hay tres obras a las que debemos referirnos en particular.

En 2010, se publicó *El Poder Público del Estado de México*³ dividido en tres tomos, uno por cada Poder. Era el momento idóneo de revisar, crear o tener preparado un trabajo a la altura de la celebración; había las condiciones para hacer una obra que perteneciera dignamente a la “Colección mayor”, como rumbosamente se le llamó a la más importante de las varias colecciones formadas para el efecto. No fue así. *Estudios en torno al Poder Judicial* se trata de una modesta colección variopinta de trabajos contemporáneos sobre otros tantos tópicos relacionados en su gran mayoría con la dogmática penal contemporánea sin una articulación y sin un mínimo sentido de obra colectiva. Su preámbulo e introducción así lo evidencian. En la obra no se explica por qué esos textos ni cuál es su eje vertebrador. Parece increíble que no hubiera alguno que le diera perspectiva y ubicación temporal a la institución. Pero se trata de las ironías institucionales, el Poder Judicial tiene uno de los archivos históricos más extensos del país como para haber iniciado varias colecciones históricas.

Luego, en el 2011, dentro de la misma “Colección mayor” apareció la costosa *Historia General Ilustrada del Estado de México*⁴ en seis elegantes tomos a cargo de El Colegio Mexiquense y de Editorial Clío. Del cuarto al sexto tomos, que se ubican cronológicamente dentro del siglo XIX y XX, ninguno aborda de forma directa el tema de los poderes ni del Poder Judicial en particular. Y si es cierto que alguna cuestión pudieron incluir, dado que allí participaron una buena cantidad de historiadores profesionales, nada se hizo. Y peor todavía, ni siquiera se trató de trabajos inéditos que aportaran nuevas pistas sobre la conformación institucional del Estado. El resultado es bastante desigual. La obra no lo aclara pero se puede apreciar que algunas investigaciones valiosas como la de Carlos Herrejón podrían ser reescritura o resúmenes de obras previas. Lo que sí es cierto, en el balance general, es que en el bicentenario de la Independencia y con esta obra también perdimos no sólo recursos sino una gran oportunidad para reescribir la historia local.⁵

2 <http://www.elem.mx/institucion/editorial/17020/0/false/anio>. Sólo en esta página fue posible encontrar referido parte del fondo. La actual página oficial del Estado de México no registra ninguna obra https://ceape.edomex.gob.mx/fondo_edomex, consultada el 15 de febrero del 2021

3 Resultó imposible localizar esta obra en la página web de la Biblioteca Mexiquense del Bicentenario.

4 http://www2.cmq.edu.mx/libreria/index.php?option=com_virtuemart&view=productdetails&virtuemart_product_id=509&virtuemart_category_id=5, consultada el 15 de febrero del 2021

5 Nosotros revisamos detenidamente los trabajos de Charles W. Macune Jr. y de Carlos Herrejón. En el caso del primero, si acaso, porque no lo aclara en ningún lado, se trata de una síntesis de algunos capítulos del libro clásico *El Estado de México y la Federación Mexicana* aparecido en 1978, sin duda, uno

Finalmente en el 2012, dentro de los mismos festejos, apareció un extraño y extenso libro precisamente de Antonio Huitrón titulado *Historia judicial: del restablecimiento de la república federal al siglo XXI*, que es una colección de ¡442! textos relacionados con el Poder Judicial; son pequeñas narraciones históricas o breves fichas con comentarios a leyes en lo particular, todas posteriores a la restauración de la república y hasta la época actual. Estos textos contribuyen muy poco a aportar nueva información sobre ese Poder y sí disminuyen mucho la huella historiográfica que el propio autor dejó años atrás.

II. ANTECEDENTES

La promulgación de la Constitución de Cádiz de 1812 representó cambios importantes en todos los órdenes del Imperio Español.⁶ La incorporación de distintos principios liberales al pensamiento jurídico hispanoamericano fue de gran trascendencia. Mucha literatura se ha producido al respecto.

¿Cómo estaba la administración de justicia en los dominios americanos en el momento previo al período gaditano? El principio fundamental sobre la que se sustentaba era que el rey, en última instancia, administraba justicia en todos sus territorios y, por virtud del Regio Patronato y a cambio de distintos privilegios económicos, también dependía de él la jurisdicción eclesiástica. Sin embargo, por cuestiones prácticas tenía que delegarla en distintas instancias y se dividía en jurisdicción real ejercida y jurisdicción real cedida.

En la parte orgánica, la jurisdicción real ejercida era administrada por el Consejo Real y Supremo de Indias que resolvía la tercera instancia o suprema, las reales audiencias que resolvían la segunda o superior y los alcaldes mayores, corregimientos y alcaldes ordinarios que resolvían la primera o inferior. Para finales del siglo XVIII había catorce audiencias en América, prácticamente asentadas en lo que hoy son capitales de distintos países, dos de ellas en Nueva España (ciudad de México y Nueva Galicia, hoy Guadalajara).⁷

La concentración de poder y la irresponsabilidad del rey, notas características del antiguo régimen, encontraron como respuesta hacia el final del período a la soberanía nacional –ya no real–, y al estado de derecho –concepto que como tal no existía toda-

de los mejores que se han escrito sobre la materia. El texto de Carlos Herrejón, “Una crónica olvidada: el Instituto Literario” parece que sí es inédito y basado principalmente en una obra previa del mismo autor. En todo caso se trata de un texto bien escrito y sólido que revela el oficio de un estupendo historiador.

6 Para ver una amplia revisión Andrews, Catherine, *De Cádiz a Querétaro. Historiografía y bibliografía del constitucionalismo mexicano. Bibliografía*, México, FCE, CIDE, 2017.

7 En adelante, salvo cita expresa, ver Téllez G., Mario A., *La justicia criminal en el Valle de Toluca 1800-1829*, México, El Colegio Mexiquense et al, 2001.pp. 45 y ss.

vía pero ya se anticipaban sus antecedentes– como ejes fundamentales; elementos del nuevo orden institucional.

¿Qué se planteó en la Constitución de Cádiz por cuanto a la administración de justicia? A partir de la incorporación del principio de la división de poderes le dedicó el título V. “De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y en lo criminal”, dividido en tres capítulos: “I. De los tribunales”, “De la administración de justicia en lo civil” y “III. De la administración de justicia en lo criminal”. El catálogo de principios aquí establecidos y en otras partes de la propia Constitución fue amplio.

Por supuesto que la primera instancia era a donde mayor conflictividad había, no sólo porque allí se iniciaban todas las causas, sino porque en ese nivel era a donde tenía que instituirse el mayor número de tribunales: los juzgados letrados de primera instancia.

Lograda la independencia y en función de la división de poderes, la Suprema Corte de Justicia fue reconocida como el órgano máximo de la administración de justicia del país y desde el principio presidió al Poder Judicial Federal. Los constituyentes del 24 resolvieron que al ámbito federal estaba reservado todo lo que la Constitución expresamente le señalara y que “todo lo demás” quedaba en manos de los estados. La misma regla se aplicó al ámbito jurisdiccional.

III. EL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO ENTRE 1824 Y 1835

III.1. Algunos debates del primer constituyente local, 1824-1827

Por principio habría que adelantar tres elementos muy importantes que marcaron la vida del Estado y de su Congreso en lo particular, que trascendieron la vida del primer constituyente pero en el que se plantearon los temas fundamentales del período. Primero. A diferencia de lo que podría pensarse, el primer congreso no estuvo dedicado en exclusiva a la creación de la constitución estatal, incluso, los primeros meses parece que no se ocupó de ella en lo absoluto sino que se dedicó a resolver o, por lo menos a discutir gran cantidad de asuntos heredados por la Diputación Provincial y muchos otros asuntos que surgieron sobre la marcha con motivo de la creación de la entidad. De acuerdo con Costeloe a nivel federal pasaba exactamente lo mismo.⁸ Y no es de extrañar, se trataba de crear las condiciones para lograr la transición de un sistema político que se había construido a lo largo de tres siglos a otro con fundamentos nuevos. Segundo. Muy temprano, y al menos hasta 1826 cuando hizo crisis, la pérdida de la ciudad de México representó para la legislatura –y para el Estado– uno de los asuntos más graves que le tocó enfrentar y a ello le dedicó una importante inversión de tiempo

8 Refiriéndose a la discusión sobre una propuesta de ley Costeloe dice “el ejemplo anterior ilustra la impresión que daba el Congreso de perder largas y valiosas horas en la discusión de asuntos relativamente secundarios mientras los de reconocida importancia eran enteramente descuidados o quedaba sepultados en la comisión”, *Ibídem, op. cit.*, p.38.

y de recursos. Tercero. Las pugnas de poder entre escoceses y yorquinos y los abruptos cambios de gobierno de allí derivados –al menos dos veces cada uno tuvo el poder en el período–⁹ impidieron la consolidación de las políticas de un bando y otro hasta el punto de propiciar el cambio de régimen en 1835.¹⁰

Por su parte, para quien consulta las actas de debates, hay que advertir que las discusiones tenían una dinámica particular, acorde a la incipiente técnica parlamentaria de la época, influida seguramente por la tradición gaditana y francesa principalmente. No es el espacio para ahondar sobre el tema pero el Congreso del Estado de México tardíamente publicó su *Reglamento Interior* en 1830; allí se describe a lo largo de 167 artículos la forma que debían tener los debates. Solo añadiremos que cada sesión empezaba “por la lectura del última acta, en seguida se dará cuenta” de “las comunicaciones del gobernador y correspondencia pública, con los dictámenes de las comisiones”, “expresando cuáles son de primera y cuáles de segunda lectura”.¹¹ Toda iniciativa, una vez turnada a la comisión respectiva, podía derivar en un dictamen, el cual tendría al menos dos lecturas en el pleno en las que mediaría mínimamente dos días de diferencia. Por supuesto que esta apretada descripción en la realidad podía ser más complicada. Las actas de debates hay que leerlas con precaución para atender las distintas etapas que se van desahogando en cada una porque no se señala cuando se pasa de una a otra y luego observar en las sesiones siguientes si el tema continuó o simplemente quedó inconcluso, como sucedió con frecuencia.

Otro elemento a tener en cuenta sobre las actas es que si bien es cierto que muchos temas allí se discutieron, también lo es que otros, tal vez los más candentes, se llevaron hasta el punto de las sesiones secretas –a las que no tuvimos acceso–. No dudamos que algunos temas inclusive quedaron sin registro documental; sobre todo en un momento en donde las sociedades secretas determinaron en buena medida el devenir de la vida nacional.

Por otro lado, hay que reconocer que el primer constituyente del Estado de México es posiblemente el más importante en su historia legislativa y eso se debe en buena medida a que fue encabezado por José Ma. Luis Mora, el “mayor teórico prerreformista”, como lo calificó su mejor estudioso, Charles Hale. Mucho de su pensamiento “emerge de los debates del primer Congreso Constitucional del estado de México, en el cual él

-
- 9 Melchor Múzquiz 1824-27; Lorenzo de Zavala 1827-30; Múzquiz 1830-33; Zavala 1833, Félix Ma. Aburto 1833-34; Manuel Diez de Bonilla 1834-35, en Venegas, Aurelio, Índice cronológico de los gobernantes del Estado de México y de los beneméritos y ciudadanos del mismo, Toluca, Talleres de la Escuela de Artes, 1912, pp.63-65.
- 10 Ver Salinas, Carmen, *El primer federalismo en el Estado de México 1824-1835*, México, El Colegio Mexiquense, 2014. Posiblemente es la última visión de conjunto publicada sobre el período de estudio.
- 11 Decreto núm. 138, tomo I, Téllez, Mario, *El poder legislativo en México. Temas y casos de institucionalización, historia y derecho*, (contiene DVD con la legislación estatal 1824-2005) México, LV Legislatura et al, 2006.

fue la figura principal”.¹² Hale también agregó que “la administración de justicia ocupó un lugar destacado en los pensamientos de Mora durante los años del Congreso, pues se encontraba en aquel tiempo estudiando derecho”.¹³ Y en efecto, así era. En lo que no reparó Hale es que Mora había sido crítico y opositor en el otorgamiento de dispensas de estudio para quienes deseaban presentarse a los exámenes de abogado hasta que tuvo que pedir la propia. Tampoco reparó en el tiempo que Mora esperó pacientemente, primero, para participar en el nombramiento de los magistrados del Tribunal Superior y, luego, para lograr que fueran éstos quienes examinaran a los aspirantes a abogados y no los oidores y alcaldes del crimen de la audiencia que se habían convertido en sus férreos opositores. De lo contrario, probablemente en su examen no hubiera tenido las favorables condiciones en las que se realizó. Por supuesto que no se trataba de falta de conocimientos, Mora los poseía de forma excepcional y eso la historiografía lo ha documentado; su propia obra así lo evidencia, pero las diferencias ideológicas que tenía con la vieja institución colonial sí pudieron significarle un serio tropiezo y por ello se ocupó de sacarlos de los exámenes para abogado. Se trata de un momento complicado pero también, como nosotros lo avanzamos en otro trabajo, “de afortunadas coincidencias”.¹⁴

Para el caso particular del Poder Judicial y de la administración de justicia estatal podríamos decir que el debate en general se centró en tres grandes temas: 1. Su creación y conformación; 2. La creación de los códigos civil y penal; y 3. Los juicios por jurados. Eso no quiere decir, como se verá en seguida, que no se discutieran otros muchos asuntos relacionados.

Desde ahora podemos adelantar por cuanto a la creación del Poder Judicial que el punto de mayor intensidad en los debates constitucionales fue cuando se discutió si la Audiencia territorial continuaba como juzgado de apelaciones –con las cargas e intereses que arrastraba de siglos atrás– o se creaban los jueces de segunda instancia, como finalmente sucedió, al menos en el texto constitucional. Lo lamentable fue que su creación significó una victoria pírrica para Mora y sus seguidores porque hasta lo que se tiene como evidencia nunca pudieron entrar en funcionamiento y, por lo tanto, la Audiencia prolongó de facto su existencia. Por cuanto a los códigos también sabemos que los legisladores invirtieron muchas sesiones en crear dos proyectos que finalmente no pudieron promulgarse, aunque al menos algunas de sus partes trascendieron a otras disposiciones. Y por lo que se refiere a los juicios por jurados también recibieron mucha atención en los debates parlamentarios pero tampoco alcanzaron mención en la primera constitución. Es decir, a la vista de lo que se discutió y lo que terminó por incorporarse a la Constitución el primer Congreso Constituyente del Estado invirtió

12 Hale, Charles A., *El liberalismo mexicano en la época de Mora 1821-1853*, México, siglo XXI, 1987, p.11.

13 Hale, Charles A., *op. cit.*, p.96.

14 Téllez G., Mario A., “Los avatares de José María Luis Mora para ser abogado: un trayecto de afortunadas coincidencias”, *José María Luis Mora. Un hombre de su tiempo*, INACIPE, LILAS BENSON, 2014, *passim*.

mucho tiempo en los debates de manera infructuosa. Pero lo más grave es que lo poco que logró crearse tampoco pudo funcionar como esperaban.

Vayamos para ilustrar, algunas discusiones en lo particular que se dieron sobre distintos temas, sin pensar que podamos entrar en todos los detalles. Poco meses después de iniciados sus trabajos, en la sesión de 22 de junio de 1824, se continuó en el pleno con “la discusión de las proposiciones de la Comisión de Legislación sobre dispensas a los estudiantes de jurisprudencia”. Este fue un tema recurrente por varias décadas, los estudiantes de derecho solicitaban dispensas por incumplir los requisitos para ser examinados como abogados. Pero además, es cierto, los profesionales del derecho estaban llamados a tener un papel destacado en el mundo de la administración de justicia. En esa ocasión se discutía una propuesta por las que se les debía examinar en “derecho público” si deseaban un año de dispensa en sus estudios y si deseaban dos, además se les debía también examinar sobre “principios de legislación”. En el transcurso del debate se planteó si debía ser la Academia de Jurisprudencia la encargada de aplicar el examen. El diputado Lic. José Ma. Jáuregui, entre otros, señalaban las complicaciones que tenía la Academia, “de hecho ni hay secretario ni fiscal, ni empleado alguno porque uno ha muerto y los otros tienen otros destinos que les impiden asistir a las academias”.¹⁵ Sin embargo, su opinión no fue atendida y a finales de mes se aprobó el decreto núm. 15 “sobre matrículas de la universidad” que intentó, sin conseguirlo, resolver el problema de las dispensas a los aspirantes abogados.¹⁶ Allí se planteó también, entre otras cosas, que a quienes se les diera una dispensa “deberán los interesados acreditar haber sido examinados y aprobados en la academia de derecho teórico-práctico [sic] sobre principios de legislación y derecho constitucional” (se ha actualizado la ortografía).

El día siguiente, en la sesión de 23 de junio, en algún momento continuó la discusión sobre la formación del código penal.¹⁷ La opinión del diputado Jáuregui era que mientras no hubiera Constitución ese proyecto no podía avanzar. El diputado Mora respondió que el Congreso estaba facultado para arreglar su gobierno interior y que eso pasaba por tener los códigos, por lo que había que hacerlos; “a lo que se agrega que la actual asamblea del Estado no solo está formada para hacer la Constitución sino para dar las leyes más urgentes, como de hecho está dándolas sobre muchas materias que piden pronto remedio, a las cuales debe añadirse el código penal, pues los jueces se encuentran embarazados a cada paso para proceder en los juicios por la complicación monstruosa de las leyes criminales, de donde resulta la impunidad de los delitos y la repetición escandalosa de éstos.” Se acordó que había lugar a votar el dictamen y se pasó a discutir los artículos en particular. El primero señalaba: “Se nombrará una

15 *Actas del Congreso Constituyente del estado Libre de México, revisadas por el mismo Congreso, e impresas de su orden*, tomos I, México, Imprenta a cargo de Martín Rivera, 1824, pp.478 y ss.

16 Decreto núm. 15, tomo I, Téllez G., Mario A., *op. cit.*, 2006. Téllez G., Mario A., “Un proyecto de reforma de la administración de justicia en el Estado de México: las discusiones previas a la codificación (1825-1830)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, UNAM, México, XIII, 2002.

17 Téllez G., 2002.

Comisión de fuera del Congreso a la que se encargará la formación de un proyecto de código penal y de procedimientos criminales” y fue aprobado.¹⁸ Poco después de iniciar su vida institucional el Congreso comenzó los trabajos para la elaboración de los códigos, una de sus apuestas más ambiciosas sobre la administración de justicia, pero lamentablemente fallida.¹⁹

Para el 1º de octubre del mismo año, 1824, el diputado Lic. Benito José Guerra hizo una propuesta que de haberse logrado hubiera podido representar para la administración de justicia un quiebre institucional entre el final del antiguo régimen y el inicio de la vida estatal. No obstante, vale la pena rescatar el apretado diagnóstico que hizo de la compleja situación que se vivía en eso momentos sobre la materia.

Las principales causas de los muchos y graves delitos que se cometen en la capital y demás lugares del Estado, tienen distintos orígenes, y su remedio total en lo posible es el tiempo, por cuanto con solo él se podrá ilustrar la nación, reformar las costumbres y conocer los hombres sus derechos, apreciarlos y gozarlos conforme a las leyes establecidas y que en adelante se establecieren.

En efecto, concurren parcialmente al indicado general desorden, los efectos o resultados de la revolución de muchos años; la pobreza que causó en los más de los habitantes de la nación por mil títulos hartos sabidos; el poco o ningún estímulo para el trabajo; la ociosidad o falta de ocupación de muchos; la mala división de las propiedades y riquezas; el sistema fiscal ejercido por todos los jueces de las cabezas de los partidos; el asombroso contrabando que se hace en todas materias de aduana, tabaco y otras rentas; la inmoralidad pública que acarrea siempre un régimen arbitrario; las variaciones y trastornos políticos a que hemos estado sujetos; las conspiraciones que se han intentado; la relajación de la tropa anterior y su insubordinación, por lo que ha estado dispuesta a auxiliar a aquellas; la necesidad de licenciar y alejar muchos militares del depósito; la falta de cárceles en los pueblos y el gravamen de éstos en mantener y remitir a su costa los ladrones; la fuga de los más de ellos; la impunidad de otros muchos delitos; la poca o ninguna exactitud de muchos funcionarios encargados del gobierno interior y administración de justicia; la apatía y abandono escandaloso y criminal de algunos subalternos; la mala versación de otros; la corta dotación de los receptores, y por último la falta casi frecuente del cumplimiento exacto de las leyes y reglamentos.

Para tratar de ir encontrando algún remedio a estos males propuso “la creación de una junta revisora de causas y procesos que los ponga en movimiento para que concluidos se ejecuten las sentencias” y que desahogó en un proyecto de ley de 21 artículos.²⁰ La

18 Actas, tomo I, *op. cit.*, pp.465 y ss.

19 De acuerdo a María del Refugio González la codificación en México tuvo dos etapas. De 1821 hasta 1871 y de 1871 a 1909; González, Ma. del Refugio, “Capítulo III. Las transiciones jurídicas en México del siglo XIX a la Revolución”, Ma. del Refugio González y Sergio López Ayllón, editores, *Transiciones y diseños institucionales*, México UNAM, 2000, p.119.

20 *Actas del Congreso Constituyente del estado Libre de México, revisadas por el mismo Congreso, e impresas de su orden*, tomos II, México, Imprenta a cargo de Martín Rivera, 1824, pp.348 y ss.

descripción que hizo refiere no sólo a un sistema de administración de justicia por completo dislocado si no de la vida institucional toda. Por eso, la pregunta que cabe era si se podía crear una institución que “funcionaría” dentro de otra, el Estado, que él mismo describía como inoperante. Esta contradicción de plantear ideas que sólo podían operar en sistemas funcionales y no desarticulados como sucedía en la entidad y que además se complicaban cada vez más fue la constante de los políticos e ideólogos en esos años. No se planteaban ideas acordes a las circunstancias sino era frecuente que propusieran soluciones de vanguardia. Los resultados, como podía esperarse, fueron impuestos por la realidad.

Aun así, vale la pena llamar la atención sobre los asuntos correlacionados en los que parece que se ha reflexionado y que Benito José Guerra aludió en su exposición: la gran cantidad de procesos –principalmente– penales que se iniciaban pero que no se continuaban hasta el final, y de los que sí podían concluirse, seguía el problema de la inejecución de las sentencias. Si en materia criminal lograba ejecutarse la sentencia y la pena era de prisión, por el mal estado en el que estaban estas instituciones, resultaba fácil evadirse de ellas, lo cual volvía prácticamente inútil iniciar y concluir el proceso. Es decir, se ha investigado sobre la administración de justicia criminal del período a través del estudio de expedientes hasta el punto de las sentencias y de las dificultades para llegar hasta allí pero no lo hemos correlacionado con el problema de la debilidad de las prisiones para ponderar el sistema de administración de justicia en su totalidad.

A más de año y medio de haber iniciado sus trabajos, el 1 de agosto de 1825, se puso a discusión en el Congreso el dictamen de la Comisión de Legislación sobre la solicitud del Lic. Ramón Gamboa por la que pretendía que se le habilitara de la edad para obtener el juzgado de primera instancia de Taxco y sobre la que dicha Comisión se pronunció a favor. Tenía 23 años de edad y se requerían 25.²¹ Por un lado, se trataba de lograr la profesionalización de los juzgadores al sustituir a jueces legos por jueces que se habían titulado como abogados. Esfuerzo que trascendió el siglo. Por el otro, se trataba de un viejo tema. Desde el mundo colonial la corona se había arrogado la prerrogativa de dispensar el cumplimiento de las leyes y el gobierno, bajo los principios del nuevo Estado Nacional, se planteaba de nuevo su pertinencia. El diputado José Ma. Jáuregui se pronunció en contra de la habilitación y lo planteó en estos términos: porque de “otra manera se harán irrisorias las leyes; que además, o la ley es buena, y será un acto de arbitrariedad dispensar de ella, o si es mala, debe entonces reformarla el Congreso sin que jamás puedan tener lugar las dispensas”. No discutía los méritos profesionales de Gamboa; en el fondo estaba debatiendo la aplicación universal de la ley sin distingos ni excepciones y remató. “Que por último, no se despoje a las leyes de aquel carácter de estabilidad y firmeza que deben estar revestidas [las leyes] para que puedan ser consideradas con aquel respeto que exige su energía”.²² El legislador

21 Téllez G., Mario A, *op. cit.*, 2001, pp.118-123.

22 *Actas del Congreso Constituyente del estado Libre de México, revisadas por el mismo Congreso, e impresas de su orden*, tomos V, México, Imprenta a cargo de Martín Rivera, 1825, p.163.

estaba en una batalla que se iba a perder en ese momento y para buena parte del siglo. En efecto, el Congreso decidió continuar con esa perniciosa facultad de dispensar la aplicación de la ley heredada del antiguo régimen.

Por su parte, el diputado Francisco José Guerra apeló a la memoria de su colega. Dijo “que desde el tiempo en que se discutió la ley orgánica [se refería a la *Ley Orgánica Provisional* del gobierno que se había publicado unos meses antes, en agosto de 1824]²³ había manifestado su señoría [diputado Lic. José María de Jáuregui] la conveniencia de que se entendiese que la facultad de dispensar las leyes era exclusiva del Congreso”, por lo que una ley podía ser “buena” y al mismo tiempo dispensar su cumplimiento. Y el diputado Lic. Alonso Fernández añadió que la petición del Lic. Gamboa “se limita a excitar a esta asamblea a que en virtud de sus circunstancias particulares lo habilite de edad para poder obtener la judicatura que solicita, declarándolo no hallarse comprendido en la ley, en cuyo acto sólo el Congreso [tiene la] facultad que expresamente se reserva en la ley orgánica, como es la de interpretar las leyes”. Es decir, este legislador y otros entendían que al “interpretar” una ley podían “dispensar” su cumplimiento. Otros diputados señalaron la necesidad de la dispensa por la falta de abogados mientras que otros más decían que la falta era artificial porque sólo se registraban para ciertas plazas no para todas.

Al final, la solicitud del Lic. Gamboa fue otorgada y se allanaba un poco el largo camino para profesionalizar la justicia pero lo más interesante es observar el manejo de los conceptos utilizados en el Congreso. Si consultamos al Escribano en la voz “dispensa” señala que es “el privilegio o exención graciosa de lo ordenado por las leyes generales”²⁴ pero no la equipara a la voz “interpretar”. Y en la entrada “interpretación de las leyes” dice que la “interpretación auténtica” “es la que hace el mismo legislador, que es el único que tiene autoridad para resolver las dudas y fijar el sentido de las palabras por medio de una decisión que obligue a los ciudadanos y tribunales”.²⁵ Es decir, de acuerdo a las fuentes jurídicas de la época de “interpretar” una ley, que le correspondía al legislativo, no podía entenderse hasta el punto de “dispensar” su cumplimiento pero así lo hicieron por varias décadas más.

A inicios de enero de 1826, se planteó al pleno la importante propuesta de los diputados Nájera y Mora que decía: “Ninguna autoridad puede abrir los juicios fenecidos”. Y aunque sabemos que dicha propuesta sí trascendió a la Constitución en el artículo 173 que decía: “Ni el Congreso, ni el gobierno, ni los tribunales puede abrir los juicios fenecidos”, en esta oportunidad fue devuelta a la Comisión de Constitución. El debate fue largo, los argumentos de dieron a favor y en contra, pero uno que nos parece más relevantes es el de Mora cuando dijo que era necesario persuadirse

23 Decreto núm. 18, tomo I, Téllez G., Mario A., *op. cit.*, 2006.

24 *Ibíd.*, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*. Edición y estudio introductorio de María del Refugio González, México, UNAM, 1996, p.204.

25 *Ibíd.*, p.339.

que no se puede[n] remediar todos los males, y que la providencia que se impugna ha de tener sus inconvenientes, aunque menores que el que se abran los juicios fenecidos, porque las razones que el sr. preopinante ha esforzado, probaría tanto como que no debe haber prescripción, supuesto que aun pasado el tiempo pueden aparecer nuevos documentos, o puede declarar el escribano a la hora de su muerte que ha sido falso este o el otro testimonio que formó, que al poner término a las instancias no se cree que es porque en lo de adelante sea imposible de probar lo contrario a lo que funda la sentencia, sino que se supone ser un mal menor el que una u otra vez se cometa una injusticia respecto de un particular, que la inseguridad general en la que estarían todos los propietarios.²⁶

Lo que Mora estaba avanzando con este argumento era el de la certeza jurídica que debía garantizar el Estado a los particulares en materia de administración de justicia, a diferencia del antiguo régimen en donde el rey tenía la posibilidad de abrir los juicios de forma discrecional en cualquier momento.

Meses más tarde, en la sesión del 7 de noviembre de 1826, en plena discusión sobre la Constitución, se debatió el capítulo referido a los tribunales. El diputado Lic. Benito José Guerra refirió en una larga participación que dichos tribunales estaban mal organizados, particularmente el Tribunal Supremo de Justicia a quien la *Ley Orgánica* le daba unas atribuciones y la *Ley de Administración de Justicia* le daba otras; las enumeró y añadió las que a su juicio hacían falta.

El Tribunal Supremo de Justicia es casi lo mismo que la Suprema Corte de la Federación; esto es, la cumbre, digamos así, del orden judicial; el primer cuerpo de la magistratura, encargado de mantener la uniformidad de la jurisprudencia, meditando y estudiando con mucha atención el verdadero espíritu de las leyes existentes, a fin de aplicarlas siempre con la mayor exactitud y serenidad. Debe por esto estar bien autorizado, y tener todas las atribuciones que demanda su importancia, para manifestar al cuerpo legislativo cuando convenga, según lo que advierta en la práctica de la administración de justicia en todo el Estado, los vacíos, imperfecciones, o incoherencias de la legislación [...].²⁷

Y por todo lo expuesto pedía que sus propuestas fueran remitidas a la Comisión respectiva para que fueran discutidas y, en su caso, admitidas. Al final, después de otras breves participaciones el capítulo no se votó y regresó a la Comisión para quedarse allí de forma definitiva. Desataca la claridad que tenía el diputado Guerra sobre el papel que debía jugar el Tribunal Supremo respecto del Legislativo aunque la discusión no hubiera llegado esta vez, como sucedía con frecuencia, a ningún lado.

26 *Actas del Congreso Constituyente del estado Libre de México, revisadas por el mismo Congreso, e impresas de su orden*, tomos VI, México, Imprenta a cargo de Martín Rivera, 1826, pp. 404 y ss. Citas previamente en Hale, Charles A., *op. cit.*, p.96, cita 49.

27 González Oropeza, Manuel, *José María Luis Mora y la creación del Estado de México*, tomos I, México, Instituto de Estudios Legislativos, 2000, pp.769-770.

A escasas semanas de que concluyera su actividad el primer Congreso Constituyente, en la sesión del 17 de enero de 1827, en la que se siguió la larga discusión sobre la conformación de los tribunales del Estado, se abordó el artículo constitucional que establecía de forma puntual que “habrá en cada cabecera de distrito un tribunal de segunda instancia, compuesto de un juez letrado y de asociados nombrados uno por cada una de las partes, cuyo dictamen oír”. Se leyeron las actas de las discusiones previas del artículo. En este debate se seguía jugando la supervivencia o no de la Audiencia y los argumentos continuaron en un sentido y en otro. Sobresalen los del Lic. Ignacio Esteva que, como parte del Consejo de Estado, acudió a las sesiones como representante del Ejecutivo. Su postura era en contra del artículo y así se manifestó de la siguiente forma:

[...]. El hecho mismo de traer alguna innovación una ley, basta para hacerla en sí misma peligrosa, o expuesta por lo menos a carecer de efecto [...]. ¿con cuanta más razón debe temerse otro tanto respecto de un artículo que como el que está puesto a discusión, es contrario a las ideas de varias corporaciones científicas [se refería principalmente a la opinión del Colegio de Abogados y de la Academia Teórico Práctica de Jurisprudencia] y de muchos ciudadanos instruidos que no creen haya llegado el tiempo de que se destruya la audiencia? [...]. Dos principios son en concepto del gobierno los únicos que pudieran mover a este Congreso a declarar la novedad de que se trata, a saber: el que sea mejor y más puntual para lo sucesivo la administración de justicia, y el de que se ahorre a favor del erario público alguna cantidad de consideración [...]. Dos son las bases sobre que descansa una buena administración, a saber: las luces de los que la tienen a su cargo, y la imparcialidad con que usan de ellas. Ambas son en concepto del gobierno, más sólidas en un cuerpo colegiado, que en un juzgado de un solo individuo [...]. Si esta última corporación [la audiencia] en razón de sus rancias instrucciones adolece de algunos vicios, refórmense aquellas [...].

Añadió, en nueva ronda, que para los jueces de distrito “se pulsan de hecho dificultades insuperables, pues no ha de haber quien vaya al de Acapulco ni Huejutla, para cuyos juzgados de primera instancia tampoco ha habido letrados que ofrezcan” y agregó en una tercera y última participación que si los litigantes no estaban en el lugar de residencia del tribunal lo hacían a través de apoderados y, por lo tanto, la distancia se volvía irrelevante; lo mismo sucedía con “los principios de legislación [que] son en todas partes los mismos”.²⁸

El diputado José Mar. de Jáuregui refutó parte de las argumentaciones citando que Filangieri hablaba de los prejuicios que causaban en la administración de justicia los cuerpos colegiados y que el único cuerpo de esa naturaleza debía ser el Supremo Tribunal. Añadió que Muratori en su obra *Defectos de la jurisprudencia* señalaba que la ilustración “no es lo más principal en un juez” sino otras cualidades –que no refirió–, y remató diciendo que “la mayoría de los Estados cuya opinión es muy respetable, parece haberse declarado contra las audiencias”.²⁹

28 González Oropeza, Manuel, tomo II, *op. cit.*, pp.1069-1072.

29 Ídem.

José Ma. Luis Mora reiteró su argumento de que estando cerca del lugar a donde se generaban los delitos, los jueces “pueden quedar mejor instruidos acerca de los hechos”.³⁰

Este debate, nos parece, sitúa en perfecta circunstancia lo que acontecía en el Estado y en el país. Por un lado, estaban las argumentaciones teóricas de los diputados contra la Audiencia que evidenciaban su conocimiento de los textos y los autores más destacados de la época, a los que probablemente les asistía la razón, y que incluso, fueron los que por un momento ganaron el debate, y, por el otro, los que estaban a favor de ella, que también podían argumentar teóricamente. En el corto plazo estos últimos ganaron esta batalla. En efecto, aun cuando Mora, Jáuregui y otros más respaldaban sus discusiones con los autores de vanguardia las condiciones de la entidad impidieron que esas ideas y las instituciones resultantes pudieran materializarse en el mediano y largo plazo, al menos la falta de recursos y de abogados para ocupar los nuevos cargos terminó por imponerse, sumado a la oposición de sus detractores.

El artículo fue aprobado tal cual y así quedó incorporado en la primera Constitución local pero muy pronto se percataron de que tenía que ser reformada porque no se logró ejecutar. A nivel constitucional sería hasta 1861 con la promulgación de una nueva constitución. En los hechos, la renuncia del Lic. Ignacio Esteva como miembro del Consejo de Estado para tomar posesión como ministro de la Audiencia el 24 de febrero de 1827,³¹ ¡10 días después de haberse promulgado la primera Constitución del Estado revelaba la contundencia de la realidad! Y meses después, como lo explicamos adelante, se dispuso que sería la Audiencia la que resolvería la 2ª y 3ª instancias; como antaño, durante el régimen colonial.

III.2. La legislación más relevante sobre la materia

Desde el mundo gaditano había quedado incorporado al pensamiento novohispano y mexicano el concepto de la división de poderes. Así que no extraña que en la primera constitución del país desde 1824 haya quedado establecido y, por cuanto a las nuevas entidades, de forma específica el artículo 160 señalaba en su primera parte que “el Poder Judicial de cada estado se ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución” local. Casi en los mismos términos el Acta Constitutiva de la Federación lo dispuso unos meses antes en su artículo 145.

Y es en realidad esta Acta Constitutiva, por el momento en el que se promulgó, la que le permitió al recientemente creado Estado de México el fundamento formal para comenzar su vida legislativa.

Es precisamente en este contexto de la legislación que nosotros hemos contabilizado nueve disposiciones que regularon principalmente la vida del Poder Judicial estatal en

³⁰ Ídem.

³¹ Sesión del 24 de febrero de 1827, González Oropeza, Manuel, tomo II, *op. cit.*, p.1219.

la primera época federal pero de ellas, cuatro son las que nos parecen más relevantes, y a ellas nos referiremos en seguida, porque las otras cinco, que también mencionaremos, de alguna manera gravitaron al alrededor de las primeras. Previo a entrar en materia nos parece oportuno mencionar que Antonio Huitrón, por su parte, registró 22 ordenamientos entre federales y locales para el mismo período.³² Es cierto que en otro momento contabilizamos un total de 58 decretos.³³ Al final pensamos que no es que una contabilidad sea mejor que otra, más bien, la diferencia está en la valoración que se les pueda dar.

La *Ley Orgánica Provisional para el arreglo del gobierno interior del Estado* de agosto de 1824.³⁴

Esta *Ley* es, desde nuestro punto de vista, la primera norma a considerar por su relevancia. Dispuso las bases mínimas sobre las que iniciaría la vida institucional de la entidad.

Previamente hay que decir que el término *ley* se utilizó muy pocas veces en la legislación del Estado, la inmensa mayoría de disposiciones expedidas fueron decretos. La verdad no sabíamos porqué se dio este fenómeno y suponíamos que era porque en el período gaditano se había expedido la famosa Ley de Tribunales y tal vez de allí el nombre. Sin embargo, para este caso particular, como pocas veces sucede, es el propio legislador quien nos lo aclara; desconocemos si este mismo argumento lo prolongaron en el tiempo. En la sesión del 6 de 1824 el diputado licenciado José Ma. de Jáuregui preguntó expresamente: “sería bueno saber el motivo porqué se había sustituido la palabra *ley* a la de *decreto* y la de *provisional* a la de *provisorio* [subrayado en el original]”. El Diputado Francisco Guerra, como miembro de la Comisión de Corrección de Estilo señaló que solo tenían el cometido de hacer variaciones en el lenguaje “porque la primera [ley] denota una resolución más alta que la segunda [decreto], y como el Congreso no puede dictar resoluciones más importantes que las contendidas en la ley orgánica, por eso se ha preferido utilizar [esa] palabra” y concluía diciendo que la palabra “provisorio” no existía en el diccionario de la lengua castellana y sí “provisional”.³⁵ Aunque por otro lado, también es cierto que la palabra “decreto” en esa época se podía entender como sinónimo de “ley”, y que legislar, emitir o crear leyes, era la función principal del Poder Legislativo. De allí que en sesión del 27 de septiembre de 1826 el Congreso determinó aprobar que “Las leyes se publicarían bajo la fórmula siguiente:... que el Congreso ha decretado lo siguiente... [redacción original]”.³⁶

32 Ver índice, Huitrón, tomo II, 1992. Por cierto, este autor presenta un cuadro comparativo entre la Constitución de 1812 y la del Estado de México de 1827 en materia de administración de justicia en el que queda evidenciada la influencia de la primera sobre la segunda, Huitrón, Antonio, tomo I, *op. cit.*, pp.171-173. Hubo un descuido grave en la edición de esta obra, las pp.171 y 172 son la misma.

33 Téllez G., Mario A., “El poder judicial en el Estado de México en la primera época federal”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 36, núm. 36, 2012, p.571.

34 Decreto núm. 18, tomo I, Téllez G., Mario A., *op. cit.*, 2006.

35 Actas, tomo II, *op. cit.*, pp.175-176.

36 González Oropeza, Manuel, tomo I, *op. cit.*, p.596.

Además esta *Ley* era “provisional”, como lo marcaba su propio encabezado, porque estaban en marcha los trabajos para crear la constitución local y se pensaba que habría cambios, como se intentó, y que la modificarían. Así, a lo largo de 71 artículos, varios de ellos con numerosas fracciones, esta *Ley Orgánica* esbozó a las instituciones –y sus facultades– sobre las que descansaría el funcionamiento del Estado. De forma particular sobre el Poder Judicial, en el capítulo V, en una redacción no muy afortunada dispuso (art. 24) que dicho Poder se ejercería por “los tribunales de justicia establecidos o que en adelante se establezcan”. Es en este caso que no podía ser más preciso el término de “provisional” al que se refiere esta ley, porque lo que hacía era legitimar el estado de cosas como se encontraban en esos momentos en la entidad para poder darle continuidad institucional pero abriendo la posibilidad de una próxima transformación, como lo estaban planeando los legisladores y como se reflejaría en la redacción final de su primera Constitución.

¿Y cómo se ejercía la administración de justicia en esos momentos? Desde la última parte de la época colonial alcaldes y corregidores, con apoyo de un asesor letrado, eran quienes administraban justicia en primera instancia. A partir de Cádiz se aspiró a sustituirlos por jueces letrados pero dicha sustitución apenas pudo lograrse de forma parcial. Por ello, unos y otros debían convivir. Sin embargo, esta ley señalaba que alcaldes constitucionales y jueces letrados continuarían resolviendo la primera instancia como si en realidad estuvieran establecidos en el Estado. Para la segunda y tercera instancia estaba la Audiencia. Creó por primera vez al “Tribunal Supremo de Justicia” que no haría las funciones de máximo tribunal, como sucedía a nivel federal. Primero había que resolver otros asuntos antes de darle esta condición. Más bien se ocuparía de resolver las causas criminales en contra de las principales autoridades del Estado así como de las controversias entre los jueces y la Audiencia. En cuanto a la relación del Supremo Tribunal y la Audiencia se estaría a lo prevenido “para las audiencias menores en la ley de tribunales de 9 de octubre de 1812”, un buen ejemplo para quienes no reconocen la influencia gaditana en el derecho estatal. La *Ley Orgánica* también estableció el principio gaditano de la inamovilidad de jueces y magistrados salvo por causa debidamente sentenciada. El decreto publicado unos meses antes “sobre la organización provisional del gobierno” sólo anticipaba este contenido de forma muy resumida.³⁷

Por cierto, en este mismo año de 1824 la Comisión de Constitución del Congreso señaló que: “Aunque sería muy útil aumentar el número de juzgados de letras para la pronta y cómoda administración de justicia, la escasez de nuestros fondos ha obligado a la Comisión a abstenerse de proponer esta medida, limitándose por ahora a que se sitúe un juzgado en la cabecera de cada partido; de este modo podrán dotarse competentemente estas plazas, punto más importante que el aumento de ellas”.³⁸ Pero en la Memoria de Gobierno de 1825 el gobernador Melchor Múzquiz reconocía que: “con

37 Decreto núm. 2, tomo I, Téllez G., Mario A., *op. cit.*, 2006.

38 Citado en Huitrón, Antonio, tomo I, *op. cit.*, p.107.

la instalación de estos tribunales [los juzgados de letras de primera instancia], con sus constantes trabajos y con las providencias dictadas ha recibido mejoras muy considerables la administración de justicia, sin embargo el gobierno no la cree completamente organizada”. Lo cierto es que de 47 jueces de letras que se requerían sólo 27 estaban funcionando.³⁹ Es decir, a pesar de las mejores intenciones con la promulgación de decretos no bastaba.

El *Reglamento del Supremo Tribunal de Justicia*.⁴⁰

En 1825 se publicó este *Reglamento*. En sus 76 largos artículos, divididos en siete capítulos, en los que se describen acuciosamente las funciones del Tribunal Supremo, del “Decano Presidente”, del ministro semanero, del ministro fiscal, etc. Sin embargo, sería hasta la promulgación de la Constitución, dos años después, que se determinó que los ministros serían elegidos por el Congreso. Llega a tal exceso que al final, en varios artículos, señala las funciones de los “porteros”, que si bien tenían alguna función administrativa, parece desmesurado ese nivel de detalle. Este *Reglamento*, nos parece, revela la ilusión que algunos tenían en esos momentos –y tienen– sobre que era posible regularlo todo. En el período de mayor auge del racionalismo y de su manifestación en el derecho a través de la codificación es posible entender ese entusiasmo pero no a dos siglos de distancia como todavía hoy en día hay quienes lo intentan.

Es importante advertir que en aquellos años la vida política en la entidad estaba muy agitada. En la ciudad de México, en donde todavía se ubicaba la capital del país y del Estado se debatían los destinos de la nación. Fue en este contexto de confrontación que hasta 1827 logró publicarse la primera Constitución del Estado; por cierto, una de las últimas en salir a la luz. En efecto, parte del retraso se debió a la indefinición sobre la pérdida de la ciudad de México como lo confirmó el diputado licenciado José Ma. de Jáuregui cuando se discutía sobre la necesidad de comenzar los trabajos sobre la Constitución: “[...] que ignorándose pues en estas circunstancias lo perteneciente a las rentas y a la demarcación del territorio, era imposible proceder a formar dicha constitución, si no es en el caso desesperado en que ahora nos hallamos, de que no pueda recobrase la capital ni pueda terminarse pronto este asunto [...]”;⁴¹ como sucedió a la postre.

La Constitución local de 1827.

En el orden temporal que venimos exponiendo, la Constitución constituye la tercera ley a considerar. Buena parte de los esfuerzos políticos de esos años gravitaron en torno a este documento y allí quedaron plasmados muchos de los principios e instituciones por los que lucharon los grupos de poder. Fue, sin duda, el documento legislativo más relevante del período.

39 *Ibidem*, p.122.

40 Decreto núm. 43, tomo I, Téllez G., Mario A., *op. cit.*, 2006.

41 Actas, tomo VI, *op. cit.*, p.163.

Dedicó el título IV al Poder Judicial y lo dividió en cuatro capítulos. El capítulo I contiene en esencia un catálogo de principios que debía respetar la administración de justicia local; todos discutidos desde 1812. El capítulo II habla de la justicia civil. Confirmó lo que a nivel nacional se había determinado, todos los conflictos serían resueltos en su totalidad dentro de la entidad. Abrió la posibilidad de concluir los juicios por arbitraje y que concluirían de forma definitiva en tres instancias. El capítulo III se refiere a la justicia criminal. Aquí de nuevo se recogen los derechos y garantías que en materia criminal se había discutido con anterioridad como la supresión del tormento y los apremios, la publicidad del proceso y la imposibilidad de registrar casas o documentos sin estar previamente dispuestos en la ley, entre otros tantos. El capítulo IV es “De los tribunales”. Sus miembros, serían elegidos por el Congreso. Nos parece que es el más relevante –al que volveremos más adelante– porque dispuso la existencia de jueces letrados de partido para la primera instancia, de jueces letrados de distrito para la segunda y “en el lugar de residencia de los supremos poderes habrá de un [sic] juez letrado” para la tercera instancia. Confirmó la existencia del Supremo Tribunal de Justicia ya establecido y precisó y amplió las funciones previamente establecidas en la *Ley Orgánica Provisional*.

Hay que remarcar brevemente que por lo menos desde 1824, incluso un poco antes, hubo la clara intención en el Congreso nacional de que la ciudad de México dejara de ser la capital del Estado y que se concretó en 1826 cuando los poderes locales se mudaron primero a Texcoco, luego a San Agustín de las Cuevas (Tlalpan) y finalmente a Toluca, en ese juego perverso de las logias masónicas como lo señaló hace años Costeloe y recientemente otros investigadores.⁴² Eso significó un problema de grandes proporciones que Charles W. Macune Jr. estudió hace varios años, texto al cual ya nos hemos referido anteriormente. Tal vez el mayor daño fue el de índole económico y por eso el Estado se negó por varios años a aceptar de forma definitiva esta pérdida, lo cual explica que en los decretos que había la necesidad de hablar de la ubicación de los poderes locales se usaran expresiones como el “lugar de residencia de los supremos poderes” –como en la Constitución– u otras similares para no reconocerlo como la capital del Estado, todo esto con la intención de recuperar alguna vez a la ciudad de México.

Así, el título IV de la Constitución, con sus matices, no incorporó grandes novedades, reconoció las que existían previamente en el ambiente jurídico de la administración de justicia de los últimos lustros, es decir, se sumó al movimiento garantista que dominaba el pensamiento jurídico de la época, copiando en buena medida parte de los contenidos de la Constitución de Cádiz de 1812; de los cuatro capítulos referidos al Poder Judicial, al menos los primeros tres son, con sus excepciones, un trasunto de esta última.

Estableció que los jueces letrados de segunda y tercera instancia asumirían las funciones de la Audiencia territorial, que hasta esos momentos, y así lo hizo constar la *Ley*

42 Salinas, Carmen, *op. cit.*, pp.101-102.

Orgánica Provisional, era la responsable de esa función.⁴³ La Audiencia desapareció de facto en la nueva Constitución porque no la mencionó en ningún momento y la dejó sin materia. Sin embargo, como ya lo hemos mencionado aquí y en otras partes, su desaparición era algo que se venía discutiendo de tiempo atrás y la lucha entre las facciones en pugna se prolongó después de publicada la Constitución. La esencia de la discusión estaba centrada entre quienes pretendían la supervivencia de una institución de Antiguo Régimen, que durante la colonia y junto con el virrey fueron las más importantes, que se negaba a desaparecer y a perder todos sus privilegios e influencia, y quienes creían en la necesidad de crear un Poder Judicial moderno con sus tribunales y sus instancias. Al final, sus detractores, encabezados por José Ma. Luis Mora, tuvieron una victoria pírrica con la Constitución; sus partidarios, al final, terminaron venciendo. En lo inmediato, y sin conocer los detalles de la decisión, sabemos que la Constitución fue publicada en febrero de 1827 y unos días después fue nombrado Ignacio Esteva –previo representante del Consejo de Estado en el Congreso– como magistrado de la Audiencia. En octubre siguiente se emitió un breve decreto que dispuso que la 2ª y 3ª instancias serían conocidas por la Audiencia “mientras se da su debido cumplimiento” a los artículos constitucionales.⁴⁴ Debido cumplimiento que nunca se concretó porque cuatro años después, en 1831, fue reformada la Constitución.

Abreviando los procedimientos judiciales.⁴⁵

Este decreto, publicado en 1830, representa desde nuestro punto de vista, un claro ejemplo de la inoperancia de las nuevas instituciones locales, pero eso no disminuye su relevancia. En esos años, para nadie dedicado al mundo del foro era desconocido la lentitud con la que se movían los procedimientos jurídicos. Existen muchas voces del foro que se pronunciaron en este sentido. En el primer constituyente, hacía pocos años, se manifestaron distintos legisladores sobre estos problemas. Hay que comenzar por señalar que este decreto se refería básicamente a los asuntos criminales. Comenzaba por hacer una larga descripción de cómo tenían que proceder las autoridades que conocieran de un delito, ya fueran alcaldes constitucionales o jueces de letras, en ese tono puntilloso y agotador del que ya habían dado muestra los legisladores en otros casos previos. Daba por hecho el funcionamiento de los juzgados de letras de primera instancia, de los que hay evidencia que no lograron instalarse en diversas partes del territorio o de que otros fueron abandonados, y menos todavía los juzgados letrados

43 Con el ánimo de vencer la oposición a su desaparición en algún momento se propuso que los oidores y fiscal de la Audiencia territorial ocuparan preferentemente los cargos de jueces de segunda y tercera instancia que se crearían próximamente en la Constitución, decreto núm. 67 de 19 de junio de 1826, Téllez G., Mario A., tomo I, *op. cit.*, 2006.

44 Decreto núm. 83, tomo II, Téllez G., Mario A., tomo I, *op. cit.*, 2006. El decreto 84 dispuso que bastaba la presencia de tres ministros para que la Audiencia pudiera sesionar, *idem*. Era tal el descontrol que se vivía que en mayo todavía se expidió un decreto que declaraba que tocaba al Supremo Tribunal resolver las causas civiles y criminales en contra de los jueces de 1ª, 2ª y 3ª instancia así como de los recursos de nulidad, Decreto, 33, *idem*.

45 Decreto núm. 203, tomo II, Téllez G., Mario A., *op. cit.*, 2006.

de segunda instancia, que también son invocados. Todo parece indicar que no funcionaron porque como lo sabemos, poco después de su aparición fueron suprimidos. Así las cosas, es fácil suponer la poca o nula aplicación de este ordenamiento a pesar de la necesidad que había y de las mejores intenciones de la autoridad. De hecho, en dos memorias de gobierno, de Lorenzo de Zavala 1828 y de Melchor Múzquiz de 1831, antagónicos y cuyas logías, de yorkinos y escoséses respectivamente, se intercambiaron el poder en esos años, coincidieron en que la administración de justicia “se halla en la desorganización más desatrosa” decía el primero; “semejante confusión, en la cronología, en el método y forma de su redacción, hace incierta toda la legislación” sobre la materia, advertía el segundo.

*Reformando varios artículos de la constitución del Estado.*⁴⁶

Así estaba encabezado el decreto núm. 220 de 1831. Creó en la entidad por primera vez el “Tribunal Superior de Justicia”, institución que se encargaría de la apelación y de la última instancia, es decir, de la segunda y tercera instancias y de otros temas relacionados con su condición de máximo tribunal. En el mediano plazo también venció la Audiencia aunque en 1846 fue restituida, al menos en la ley.

El problema de la supervivencia de la Audiencia de México, que se transformó en Audiencia territorial en los primeros años de la Independencia, nos parece uno de los más relevantes del período y fue excepcional en la historia institucional del país. Nosotros no hemos podido explicar a cabalidad porqué sucedió así en la entidad. El mayor avance que hemos logrado, de acuerdo a lo que quedó por escrito en las discusiones celebradas en el Congreso, es que en un momento definitorio, en una sesión que aparece mencionada la Audiencia simplemente se da por hecho su actividad.

Pablo Mijangos dice que “el Constituyente republicano optó más bien por multiplicar el número de audiencias territoriales y convertirlas en los tribunales superiores de cada entidad federativa”. Sin embargo, lo que sucedió en realidad fue que de las 19 constituciones locales promulgadas, incluida la del Estado de México, sólo dos, Michoacán y Nuevo León,⁴⁷ hicieron mención expresa a que habría una audiencia como máximo tribunal en la entidad pero efectivamente sólo tenían en común con la vieja institución el nombre porque en realidad se trataba de máximos tribunales en el esquema moderno de la división de poderes. Para comprobarlo basta revisar la *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos* de 1828. Recordemos que previamente en el mundo colonial existieron la Audiencia de México y la Audiencia

46 Decreto núm. 220, tomo II, Téllez, 2006. Hay que señalar que previamente en 1830, también por el decreto núm. 200, se reformaron varios artículos constitucionales. El tercer artículo decía: “Ha lugar también a la reforma de los artículos constitucionales que establecen los tribunales de segunda y tercera instancia, y el Supremo Tribunal de Justicia del Estado”, ídem.

47 *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos. Régimen Constitucional 1824. Facsímil de la edición de Mariano Galván Rivera, 1828*, tomo II, México, Cámara de Diputados LIX Legislatura, Miguel Ángel Porrúa Editor, 2004.

de la Nueva Galicia. El territorio de la Intendencia de Xalisco, antes la Nueva Galicia, se convirtió en el Estado del mismo nombre y en su Constitución no se hizo ninguna mención a la audiencia ni nada que la recordara.

De regreso al decreto núm. 220 de 1831, fue este mismo el que aclaró que el Tribunal Superior Justicia era una nueva entidad pero pervivía también, en una especie de barroquismo jurídico, el Supremo Tribunal,⁴⁸ cuyas facultades serían, como antaño, resolver las causas criminales en contra del gobernador, de las causas de responsabilidad en contra del teniente del gobernador, consejeros y secretarios de Estado, y de las causas civiles y criminales en contra de los magistrados y fiscales del Tribunal Superior. También propuso, posiblemente en un gesto de distensión, que los magistrados de este último en un primer momento se integrarían de los que pertenecían a la Audiencia y al Supremo Tribunal. Sin embargo, el último artículo del decreto dispuso que por cuanto “a las reformas que se referían a la creación de tribunales, no se pondrán en ejecución hasta que el Congreso decreta los reglamentos necesarios”, lo cual, como había sido la nota característica del período, no sucedió el resto del período.

Es decir, 1831 representa, *mutatis mutandis*, a pesar de todo, un momento fundacional para la entidad porque a partir de aquí se había tomado la decisión de crear un Poder Judicial moderno, en la tradición del concepto francés de la división de poderes, y se definió en términos generales la estructura formal, al menos en términos jurisdiccionales, de lo que es en la actualidad Poder Judicial del Estado de México. Pero como ya se comentó esta decisión fue postergada y la situación orgánica debió quedar en los mismos términos previos a la promulgación del decreto. Y si echamos un vistazo a la legislación posterior, fue hasta 1844, durante el centralismo, cuando hubo un decreto que hablaba de nuevo del Tribunal Superior. Pero será en otro momento cuando discutamos sobre ese período.

Es cierto, hay que insistir, las decisiones durante el primer período federal no se tomaron en las mejores condiciones, todo lo contrario. La fuerte astringencia económica que padecían las finanzas locales, por un lado, y la intensa lucha política entre las facciones al interior, muy vinculadas a las que había a nivel nacional, por el otro, determinaron que en un breve espacio de tiempo se tuvieran que tomar decisiones que corregían a las anteriores, otras que las contradecían y unas más que nacían inoperantes.

A partir de 1832 no hubo más actividad legislativa que se relacionara directamente con el Poder Judicial ni con la administración de justicia y en pocos años, 1835, iniciaría la experiencia centralista. Por cierto, en la *Memoria de Hacienda, Justicia y Negocios Eclesiásticos* de este año se lamentaba que “las instituciones que ha adoptado han sido ensayadas en otra nación con éxito admirable, pero todo ha sido en vano, porque se ha

48 El Estado de México no fue el único que alcanzó este nivel de complejidad en los máximos tribunales. Michoacán también tuvo un Supremo Tribunal y un Tribunal Supremo al mismo tiempo y así lo consignó en su Constitución, *Colección de Constituciones*, 2004.

edificado sobre arena, despreciándose la buena administración de justicia, que es el único cimiento que puede dar la firmeza y solidez a los gobiernos”. Y en virtud de que el poder público no podía dar “fijeza” a las leyes se daba amplio margen “al arbitrio de los jueces y seguro asilo para la impunidad de los crímenes”. “Puede por tanto decirse que estamos sometidos al dominio vago de un derecho no escrito y de leyes inciertas, oscuras, litigiosas y congeturales [sic]”. Reiteraba el llamado sobre la necesidad de tener cárceles seguras “a fin de evitar la escandalosa fuga de reos” ya que de 651 reos, 111 se habían escapado.⁴⁹

A la luz de las evidencias mostradas hasta aquí, el balance que se puede hacer es bastante pesimista. Podríamos decir que los esfuerzos legislativos se dirigieron principalmente hacia la estructura del Poder Judicial y hacia la justicia procesal. Por cuanto a la primera, y que fue la que más tiempo y esfuerzo significó, estuvo centrada en lograr la existencia de un Poder acorde a los nuevos tiempos de la división tripartita. Lo logrado estuvo lejos de coincidir con lo planeado de origen y fue hasta 1831 que se alcanzó, no sin muchas dificultades, proponer una alternativa de un Poder Judicial menos ambicioso, juzgados de primera instancia y un máximo Tribunal Superior encargado de las dos instancias superiores pero que quedó condicionada su existencia a la aparición de unos reglamentos que no se promulgaron.

Por cuanto a la parte procesal, a las autoridades locales les preocupó más la materia criminal y hacia allá se dirigieron pero en la medida de que la instalación de los tribunales que la aplicarían no prosperó, terminó naufragando también el intento de abreviar los procesos y los juicios criminales, los cuales continuaron desarrollándose bajo los ejes largamente forjados desde el antiguo régimen, el casuismo y arbitrio judicial, como ya lo hemos demostrado en otros trabajos.⁵⁰ A lo que lamentablemente había que sumar las complicaciones y lentitudes de un sistema que se quería renovar, sin lograrlo, pero que seguía funcionando con las antiguas instituciones que de igual forma se habían quedado dislocadas por los conflictos políticos y sociales.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A la luz de lo expuesto hasta aquí, no nos queda duda de que es necesario reflexionar sobre la historia del Poder Judicial del Estado de México. Tenemos que reiterar el olvido que la bibliografía especializada ha mantenido sobre este Poder pero también el desinterés de las autoridades para motivarla. Posiblemente sea el Poder estatal que tiene el archivo histórico más abundante y mejor ordenado; aun cuando tiene información anterior al siglo XVIII, es a partir del XIX cuando comienza a multiplicarse de forma importante.

49 Memoria, 1835, pp. 40 y ss.

50 Téllez, 2020.

Tenemos que reconocer que varias de las cuestiones aquí planteadas no son nuevas, aunque, por el otro lado, las confirmamos con otras evidencias, con el ánimo de que muy pronto haya nuevas investigaciones que las renueven, confirmen o rectifiquen.

Para el primer período federal, en el Estado de México, los principales actores políticos, de forma destacada los legisladores, conocían las ideas de vanguardia sobre la división de poderes y la administración de justicia, tenían claridad de los problemas que más aquejaban al Estado, aunque los conflictos, principalmente entre las logias masónicas de escoceses y yorquinos, y los escasos recursos económicos, entre otros tantos problemas, terminaron por descarrilar los intentos de unos y otros para poner en funcionamiento las alternativas de solución que intentaron. Sin dejar de lado también, que el primer Constituyente se planteó no sólo crear la primera Constitución del Estado sino de plantear, además, el marco normativo que le diera viabilidad. Así, lo que ha quedado claro, es que el eje articulador del período sobre la administración de justicia y el Poder Judicial fue que el discurso legislativo y político fue por un lado, optimista y de avanzada, con conocimiento de la literatura especializada, pero la realidad por diversas circunstancias fue en sentido contrario. Sobre el optimismo, Hale, primero, habló sobre la “magia de las constituciones” y después parte de la historiografía, coincide en que “las primeras décadas posteriores a la independencia fueron un período de un gran consenso ideológico en torno al constitucionalismo y la organización del gobierno”.⁵¹

Nosotros, para hacer nuestras indagaciones avanzamos principalmente sobre las discusiones en el seno del Poder Legislativo Constituyente y sobre la legislación promulgada, de allí que cada una de estas vertientes tuviera un apartado diferente. Lamentablemente no pudimos localizar los debates previos por cada decreto emitido. Aun así, son obvias las coincidencias.

En los trabajos parlamentarios quedó constancia de la crítica organización que vivían los tribunales en los primeros años de la Independencia y de la apuesta que varios constituyentes hicieron por echar a andar los tribunales de segunda y tercera instancia así como los juicios por jurados; apuesta que para el infortunio de la entidad no lograron establecerse en los hechos a pesar de que los primeros lograron incorporarse en la Constitución; los juicios por jurados no lograron siquiera esto. Ésta tal vez fue una de las derrotas más caras no sólo para Mora y sus seguidores sino para el destino institucional del Estado. En el caso del Tribunal Supremo las cosas fueron un poco mejor porque logró establecerse y se logró promulgar su Reglamento de funcionamiento pero no se le reconoció la facultad de resolver la última instancia sino que actuó principalmente como un órgano jurisdiccional de las principales autoridades locales. La facultad jurisdiccional de las causas ordinarias casi la alcanzó en 1831 pero su entrada en vigencia quedó pospuesta. El Poder Judicial y la administración de justicia, en virtud de los problemas ya referidos, estuvo por varias décadas en el fangoso espacio entre las

51 Andrews, 2017, p.103.

nuevas instituciones que se querían instalar pero que no lograban establecerse y las de origen colonial que estaban dislocadas y tampoco funcionaban.

También son muy ilustrativos los debates que se dieron en torno a los principios jurídicos alumbrados durante la Ilustración y el constitucionalismo norteamericano para la creación de los nuevos estados nacionales. Se tiende a pensar que una vez lograda la Independencia mexicana esos principios fueron incorporados primero a la Constitución nacional y luego a las locales, así, sin más. En este trabajo se puede apreciar que en algunos casos no fue así y que la batalla para su incorporación definitiva al derecho estatal fue larga.

Constituye un buen ejemplo el largo proceso de la implantación del principio de respetar la ley y su aplicación de forma universal. Tuvo diversas variantes, la más polémica –me parece– fue la tramposa facultad que se dio el Congreso de que “interpretar” la ley podía equipararse a la de “dispensar” su cumplimiento y con ese argumento continuó con la vieja práctica de permitir que muchos aspirantes que no cumplían por completo con los requisitos para presentarse al examen de abogado pudieran hacerlo. Es cierto que se requerían abogados para incorporarse como juzgadores y para representar los intereses de terceros así como para ocupar otros cargos en la incipiente y creciente administración pública pero eso no justifica que se hicieran excepciones si se quería alcanzar el estado de derecho. Como lo decía el diputado José Ma. Jáuregui: “o la ley es buena, y será un acto de arbitrariedad dispensar de ella, o si es mala, debe entonces reformarla el Congreso”. La misma circunstancia pasó con la figura colonial de la “habilitación” que se usó en circunstancias muy similares y para los mismos efectos.

En el Estado de México hubo evidentes intenciones de formar los códigos civil y criminal. De hecho se formaron comisiones especiales en el Congreso que lograron realizar los proyectos pero entre el intercambio de escoceses y yorquinos en el poder estatal principalmente llegó a su fin la primera época federal. Tal vez por ello se intentó todavía en 1831 atender una de las demandas más apremiantes de la justicia criminal, abreviar los procedimientos judiciales pero involucraba el funcionamiento de los fallidos juzgados planteados por la Constitución.

Así, a la luz de la perspectiva histórica jurídica, y esto sí es una novedad, la debilidad que padecían las cárceles para mantener a los reclusos y que aparece perdida dentro de la serie de problemas que los propios actores de la época hicieron sobre la última etapa del atormentado sistema de administración de justicia, debilidad sobre la que los estudiosos actuales no se han cuestionado.

También es novedoso descubrir que fue durante los gobiernos encabezados por los escoceses en los que se aprecian mayores esfuerzos para mejorar el Poder Judicial y la administración de justicia, incluida la Constitución de 1827. Que las circunstancias fueran así no significa que para los yorquinos no fueran importantes. Lo cierto, lo hemos reiterado, es que los cambios de gobierno entre uno y otro bando y los conflictos de allí derivados impidieron la consolidación de cualquier esfuerzo. Y si a eso le sumamos la falta de re-

cursos que poco a poco resintió la entidad y los gastos extraordinarios que provocó la pérdida de la ciudad de México como capital y las mudanzas a Texcoco, Tlalpan y Toluca es posible entender cómo el discurso iba por un lado y la realidad por el otro.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Actas

Actas del Congreso Constituyente del estado Libre de México, revisadas por el mismo Congreso, e impresas de su orden, tomos I, México, Imprenta a cargo de Martín Rivera, 1824.

Actas del Congreso Constituyente del estado Libre de México, revisadas por el mismo Congreso, e impresas de su orden, tomos II, México, Imprenta a cargo de Martín Rivera, 1824.

Actas del Congreso Constituyente del estado Libre de México, revisadas por el mismo Congreso, e impresas de su orden, tomos V, México, Imprenta a cargo de Martín Rivera, 1825.

Actas del Congreso Constituyente del estado Libre de México, revisadas por el mismo Congreso, e impresas de su orden, tomos VI, México, Imprenta a cargo de Martín Rivera, 1826.

Andrews, Catherine

De Cádiz a Querétaro. Historiografía y bibliografía del constitucionalismo mexicano. Bibliografía, México, FCE, CIDE, 2017.

Colección de Constituciones

Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos. Régimen Constitucional 1824. Facsímil de la edición de Mariano Galván Rivera, 1828, tomo II, México, Cámara de Diputados LIX Legislatura, Miguel Ángel Porrúa Editor, 2004.

Costeloe, Michael P.

La primera república federal de México (1824-1835). Un estudio de los partidos políticos en el México independiente, México, FCE, 1983.

Escriche, Joaquín

Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel. Edición y estudio introductorio de María del Refugio González, México, UNAM, 1996.

González, Ma. del Refugio

“Capítulo III. Las transiciones jurídicas en México del siglo XIX a la Revolución”, Ma. del Refugio González y Sergio López Ayllón, editores, *Transiciones y diseños institucionales*, México UNAM, 2000.

González Oropeza, Manuel

José María Luis Mora y la creación del Estado de México, tomos I-II, México, Instituto de Estudios Legislativos, 2000.

Hale, Charles A.

El liberalismo mexicano en la época de Mora 1821-1853, México, siglo XXI, 1987.

Huitrón, Antonio

El Poder Judicial del Estado de México, tomo I-II, México, H. Tribunal Superior de Justicia, 1992.

Lorente, Marta

“División de poderes y contenciosos de la administración: una –breve– historia comparada”, Carlos Garriga (coordinador), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México. CIDE *et al*, 2010.

Lorente, Marta y José Ma. Portillo (directores)

El momento gaditano. La Constitución en el orbe hispánico (1808-1826), Madrid, Cortes Generales, 2011.

Luna, Adriana, Pablo Mijangos y Rafael Rojas (coordinadores)

De Cádiz al siglo XXI, México, Taurus, 2012.

Macune Jr., Charles W.

El Estado de México y la Federación Mexicana, México, FCE, 1978.

Memoria

Memoria de Hacienda, Justicia y Negocios Eclesiásticos que el Secretario del Gobierno del Estado de México encargado de dichos ramos, leyó al Congreso en los días 4 y 5 del mes de abril de 1835, Toluca, 1835.

Mijangos, Pablo

La Suprema Corte de Justicia de México, México, El Colegio de México, 2019.

Salinas, Ma. del Carmen

El primer federalismo en el Estado de México 1824-1835, México, El Colegio Mexiquense, 2014.

Téllez G., Mario A.

- , *La justicia criminal en el Valle de Toluca 1800-1829*, México, El Colegio Mexiquense *et al*, 2001.
- , “Un proyecto de reforma de la administración de justicia en el Estado de México: las discusiones previas a la codificación (1825-1830)”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, UNAM, México, XIII, 2002.
- , “El Poder Legislativo del Estado de México y los presupuestos de gasto en el siglo XIX”, *Ars Iuris*, Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia, 42, 2009.
- , “El poder judicial en el Estado de México en la primera época federal”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 36, núm. 36, 2012.
- , “El Poder Judicial del Estado de México 1824-1870”, *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, UNAM, vol. XXVII, julio-diciembre, 2013

- , “Los avatares de José María Luis Mora para ser abogado: un trayecto de afortunadas coincidencias”, *José María Luis Mora. Un hombre de su tiempo*, INACIPE, LLILAS BENSON, 2014.
- , “La impartición de justicia criminal en el centro de México: 1824-1871”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 44, 2020, tirant lo blanch, Escuela Libre de Derecho.

Téllez G., Mario A., José López Fontes (compiladores)

DVD, *La legislación mexicana de Manuel Dublán y José Ma. Lozano*, El Colegio de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2004.

Téllez G., Mario A. (coordinador)

- , *El poder legislativo en México. Temas y casos de institucionalización, historia y derecho*, (contiene DVD con la legislación estatal 1824-2005) México, LV Legislatura *et al*, 2006.

Venegas, Aurelio, Índice cronológico de los gobernantes del Estado de México y de los beneméritos y ciudadanos del mismo, Toluca, Talleres de la Escuela de artes, 1912.

<http://www.elem.mx/institucion/editorial/17020/0/false/anio>

https://ceape.edomex.gob.mx/fondo_edomex

http://www2.cmq.edu.mx/libreria/index.php?option=com_virtuemart&view=productdetails&virtuemart_product_id=509&virtuemart_category_id=5

EL LEGADO DE RUTH BADER GINSBURG

MARÍA CRISTINA URZAIZ LARES

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. UNA HISTORIA QUE INFLUYE. 3. LA TRACENDENCIA JURÍDICA DEL *JUDICIAL REVIEW* NORTEAMERICANO. 4. EL PLURALISMO JURÍDICO QUE IMPLICA LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL. a. Las características de la interpretación judicial. b. Las consideraciones del Originalismo Intencionalista norteamericano. c. La interpretación judicial como una fuente fundamental de un derecho jurisprudencial. d. El peligro del abuso del incremento de la potestad discrecional de los jueces. e. Hacia donde debe centrarse la crítica del Positivismo Jurídico. f. El *judicial review* como prueba del pluralismo jurídico. 5. CONCLUSIONES: LA TRASCENDENCIA JURÍDICA DEL LEGADO JUDICIAL DE RUTH BADER GINSBURG.

1. INTRODUCCIÓN

Poco fue lo que tuve que saber acerca de Ruth Bader Ginsburg para interesarme en su vida, sobre todo en su labor judicial; y me bastó conocer algo de su historia personal para comprender mi interés, y el de cualquiera.

Recordar las dificultades para estudiar una carrera universitaria y destacar, para emprender una actividad laboral en un mundo de hombres, para defender los puntos de vista y los argumentos frente a mayorías masculinas intransigentes, fue lo que sin duda me introdujo en el tema y fortaleció mi interés por estudiarlo.

La jueza Ginsburg es un claro ejemplo de una vida femenina del siglo pasado, que, aún hoy sigue vigente, pues, es impresionante observar su renovada actualidad, cuando nos encontramos, todavía, con las trabas e inequidades de un ambiente educativo y laboral, la discriminación de la vida en general, –esto, por lo decir lo menos–, y frente a la terrible realidad de una violencia que asesina a hombres y a mujeres, pero que, además, se ensaña con ellas y las mata por el solo hecho de serlo; y que constituye eso que llamamos feminicidio.

El afán por recuperar en este trabajo el éxito en la vida de esta mujer que triunfó profesional y públicamente, deriva, además, del hecho de que su obra ha logrado insertarse en la nuestra, porque tiene su raíz en la inquietud que se siente cuando estamos frente a un destacado desempeño, capaz de sacar a la luz, aspectos fundamentales de la vida judicial que, tocados por ella, iluminan cuestiones tan importantes como las razones de ser del *judicial review* norteamericano y, por supuesto, de las características de la interpretación judicial.

El estudio inicia con una breve reseña de la vida de Ruth Bader Ginsburg, en la que se destacan algunos de sus aspectos, a mi juicio, más sobresalientes, y cuya importancia

radica en el hecho de que se hubieran decantado en la definición de su labor docente, académica y judicial.

Una vez expuesta su historia, el tema fundante de esta exposición será el análisis de las razones de ser del *judicial review* norteamericano, pues, en ellas encontraremos una explicación importante de su pertinencia dentro de los equilibrios entre la división de los poderes políticos de una democracia. De ahí, la relevancia jurídica de la labor interpretativa de los jueces, pero, también, de la discreción con que ellos la ejerciten.

En este sentido, un tercer tema a tratar serán las características de la interpretación judicial, desde la perspectiva de la discrecionalidad judicial y según las consideraciones de autores como Gadamer y Dworkin, quienes –con sus encontrados puntos de vista– coinciden en su importancia; sin embargo, y a fin de completar un análisis equilibrado, estas dos contrastadas visiones serán analizadas frente a una más radical, la del Originalismo Intencionalista norteamericano.

A partir de estos supuestos es posible observar a la interpretación judicial como una fuente fundamental del derecho jurisdiccional, lo que se corrobora con la labor judicial de Ruth Bader, quien, con esmero, nos lleva a comprender la importancia que tiene el mensaje entre un emisor (poder constituyente) y el que lo escucha (jueces); sobre todo para quienes, partiendo del texto –y sin desvirtuarlo–, lo interpretan, dándole un sentido transgeneracional; lo que, sin duda coadyuva a un mejor entendimiento de los términos de un lenguaje que no se agota con el tiempo, sino que, por el contrario, se nutre con los acontecimientos sociales, para así mantenerse fiel a las necesidades cotidianas.

Desde luego que resulta imposible soslayar una breve mención de los peligros a que hace referencia el Positivismo Jurídico, sobre el posible abuso de la potestad discrecional de los jueces, para, así referirnos a las ventajas jurídicas de una interpretación objetiva que no solo sea hecha positiva y a la letra.

Finalmente, el aspecto más importante que aquí se analiza es el pluralismo jurídico que implica el *judicial review* norteamericano, y que, a pesar de los supuestos positivistas y sus derivados, son una muestra irrefutable de la trascendencia que tiene una diversidad de fuentes jurídicas; lo que nos lleva a confirmar dos cosas fundamentales: que la ley y el Derecho no son sinónimos y que la labor interpretativa de los jueces es una fuente confiable de Derecho.

Con esto, por un lado, se amplía la concepción de un Derecho reducido por el absolutismo jurídico a la ley, al que se refiere Grossi; por el otro, se restituye la importancia fundamental y complementaria de los referentes objetivos de las conductas, más allá de los elementos democráticos de igualación democrática.

En pocas palabras, es evidente la importancia de la labor de la juez Ruth Bader Ginsburg, no solo porque muestra una visión jurídica amplia en su labor profesional, sino porque de su análisis resultan datos importantes sobre el verdadero concepto de Derecho, en una perspectiva que va más allá de la mera legalidad.

Por otro lado, su obra marcó pautas de conducta que son fundamentales y tuvieron un amplio impacto social e, incluso, político, por lo que su estudio nos permite percibir la conveniencia de que el Derecho y la Política compartan una misma raíz social.

2. UNA HISTORIA QUE INFLUYE

Joan Ruth nació el 15 de marzo de 1933, en Brooklyn, Nueva York, en el seno de una familia judía y fue hija de padres inmigrados: Nathan Bader, nacido en 1896, en Odesa Rusia, y Celia Amster, nacida en 1902 en el imperio austriaco. Tuvo una hermana mayor, Marilyn, quien falleció en 1934.

Joan Ruth¹ fue inscrita en la escuela pública número 238, y los estudios secundarios los realizó en la James Madison High School; ambas instituciones educativas de Brooklyn.

Con los cuidados de Celia, Ruth se convirtió en una excelente y brillante estudiante, por lo que la escuela, al graduarse, le encomendó el discurso de despedida de su generación, mismo que no pudo decir, pues, ese mismo día murió su madre de cáncer.

Celia había tenido el cuidado de ahorrar lo suficiente para garantizarle estudios superiores a su hija, pues, a pesar de las ganas que ella había tenido para seguir una carrera profesional, tuvo que conformarse con una formación básica, ya que su hermano fue el único al que se le dio esa oportunidad. A su muerte, se agravó la situación económica del negocio familiar, ya decaído desde su enfermedad; lo que orilló a Ruth a invertir el dinero ahorrado por su madre, para tratar de sacarlo a flote.

No obstante, consiguió una beca para continuar sus estudios en Cornell University, precisamente donde había estudiado su tío. Ahí conoció a Martin Ginsburg², con quien se casó 9 días después de haberse graduado, el 23 de junio de 1954. Él fue llamado a Oklahoma para su servicio militar, en donde nació, al año siguiente, su hija Jane Carol.

A su regreso, ambos ingresaron a la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, aunque con un año de diferencia; y graduado Martin, fue contratado por una de las grandes firmas de abogados de Nueva York y Ruth fue transferida a la Universidad de Columbia, en donde, en 1959, terminó sus estudios. Sin embargo, a pesar de tener un excelente *curriculum vitae*, ella no logró ser contratada por alguna de las doce firmas importantes de Nueva York que la entrevistaron; y, con muchos trabajos, se convirtió en secretaria del juez de Distrito Edmund Palmieri.

Ruth pasó varios años dedicada a la investigación en la propia Universidad de Columbia, y en 1963 fue contratada como profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva Jersey, en donde se le propuso abrir un curso sobre mujeres y Derecho.

1 Al percatarse la madre de que en su salón había muchas Joan, la inscribió como Ruth, a quien, en casa, le llamaban cariñosamente Kiki.

2 A quien de cariño le decían Marty.

Durante la preparación del curso, leyó todos los casos judiciales y artículos disponibles en Norteamérica sobre la equidad de género, desde la fundación nacional, que no eran muchos. Y lo que su lectura le confirmó fue la existencia de ciertos roles preconcebidos y prejuiciosos sobre las mujeres, que, lejos de significarle oportunidades, le representaban vínculos que se transformaban en severos límites; pues, la mayoría de las leyes y de las resoluciones judiciales, incluyendo las de la Corte, presuponían que la mujer, por naturaleza, ocupaba un lugar determinado socialmente, como ama de casa y madre, a diferencia de los hombres, dedicados a trabajar y a proveer el sustento familiar. Por un lado, se decían protectoras de las frágiles mujeres, pero, por el otro, las ponían en una clara desventaja frente a los hombres.

La Corte, inclusive, llegó a afirmar que esos roles protectores de las mujeres eran indispensables y de una importancia vital, pues, garantizaban, ni más ni menos que la sobrevivencia de la raza humana. De ahí que se pensara que había una base racional para hacer la distinción entre hombres y mujeres, sin que ella implicara discriminación alguna (*rational basis test*³).

Con el nacimiento de su hijo James Steven, en el año de 1965, Ruth pudo comprobar de nuevo –y en contra de estas consideraciones de la tradición judicial norteamericana– que ello no representó ningún problema ni un cambio en su desempeño profesional ni familiar, pues, ayudada por Marty, y contando con los auxilios externos necesarios, nunca perdió el equilibrio en su vida.

Poco a poco, y a nivel mundial, también sucedieron cambios en la mentalidad sobre temas tan fundamentales como el racismo, respecto del cual era imposible guardar silencio, por la incongruencia que implicaba el que los Estados Unidos fueran el país vencedor de los alemanes –después del Holocausto– y que mantuvieran inaceptables niveles de segregación racial.

Fueron muchos los movimientos y las inconformidades que empezaron a florecer, por lo que en el año de 1968⁴ –ante los constantes reclamos a favor de las mujeres– se empezaron a abrir los espacios para ellas en la enseñanza, pues, paulatinamente, habían empezado a introducirse en el mercado laboral, aunque todavía sujetas a estrictas prohibiciones para la maternidad, el uso de anticonceptivos y del aborto.

En medio de estos cambios, Ruth fue la primera mujer –en 114 años– contratada como profesora de la Escuela de Derecho de la Universidad de Columbia, y, al poco tiempo, también fue nombrada consejera de un proyecto sobre los derechos de las mujeres. Al mismo tiempo, ella fue la primera mujer que enseñó en la Escuela de Derecho de Harvard, aunque solo fuera como profesora invitada.

3 Este criterio de análisis judicial supone que, cuando existe una base que sea racional para hacer la distinción y, por tanto, la discriminación de un grupo determinado responde a un interés que se considera como legítimo, las Cortes no lo discuten.

4 Mismo año en el que muere su padre.

Ruth Bader se afilió como voluntaria de la *American Civil Liberties Union*⁵, en el afán de involucrarse en casos de discriminación en contra de las mujeres y en contra de las libertades civiles, y, aunque los abogados de la unión no llevaban los litigios directamente, sí les estaba permitido participar en ellos, y expresar sus argumentos frente a la Corte, y eso fue, exactamente, lo que ella hizo.

Su primer argumento oral frente a la Corte Suprema de Justicia fue en el caso *Frontiero v. Richardson*⁶, en 1963, seguido por varios más, en la búsqueda de la equidad de género, y que le permitieron luchar en contra de una realidad –de cien años– en la que la Corte no había encontrado una sola clasificación de género que le hubiera parecido discriminatoria.

Por eso buscó que fuera más fácil decretar la inconstitucionalidad de la disposición, abriendo camino hacia la protección de la Enmienda 14, tratando de homologar los casos de género, hasta lograr que se les otorgara un trato similar al que la Corte daba a las discriminaciones por raza, y a las que se les aplicaban criterios de revisión más estrictos. Lo que ella, en el fondo, pretendía era mostrarle a la Corte Suprema que una clasificación por género era perjudicial para todos, pues, dañaba tanto a los hombres como a las mujeres.

Uno de los programas que ampliaron la perspectiva de Ruth Bader fue su trabajo como investigadora asociada –y, después, como directora– del Proyecto de Procedimientos Internacionales de la Escuela de Derecho de la propia Universidad de Columbia, al que fue invitada por el profesor Hans Smit, que, auspiciado por la *Carnegie Foundation*, le permitió viajar a Suecia y ampliar sus puntos de vista acerca del trato a las mujeres en otras sociedades europeas, pero también afianzar sus conocimientos acerca de los procedimientos jurídicos.

Como se observa, Ruth Bader Ginsburg supo aprender e integrar los aspectos de su vida laboral y personal, formando no solo un criterio amplio y congruente en favor de la equidad de género, sino, además, coadyuvando de manera práctica, en pro de las libertades de cualquiera. Al mismo tiempo, el aspecto más importante de su desempeño profesional –y que aquí se destaca– es, precisamente, la posibilidad de constatar la importancia fundamental de su labor judicial, en la definición propiamente del concepto de Derecho.

3. LA TRACENDENCIA JURÍDICA DEL *JUDICIAL REVIEW* NORTEAMERICANO

Hablar de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica es importante porque nos permite entender la labor de Ruth Bader Ginsburg y, como se ha dicho, también nos da la pauta para evaluar su importancia judicial y social.

La labor de cualquier juez norteamericano debe ser encuadrada en el esquema de una supremacía constitucional –establecida por el Constituyente norteamericano– y que

5 Unión Estadounidense por las Libertades Civiles, fundada desde 1920.

6 411 U.S. 677.

se considera como la piedra angular del sistema político y jurídico. Al decir del juez Scalia esto es así porque “una Constitución es una ley, es un tipo de super ley [...] y el significado de la ley es el trabajo de las cortes.”⁷

Independizadas las trece colonias americanas, se vieron en la necesidad de sustituir las funciones de unificación e integración tradicionalmente sustentadas por el gobierno inglés. Esto, al decir de Hanna Arendt, dotó de características peculiares a la revolución de independencia norteamericana, que la distinguen, por ejemplo, de la francesa.

La filósofa afirma que el “problema que planteaban no era social, sino político, y se refería a la forma de gobierno, no a la ordenación de la sociedad.”⁸ De tal manera que, el movimiento “se dirigía a la fundación de la libertad y al establecimiento de instituciones duraderas.”⁹ Es decir, la finalidad fue fundar un gobierno nuevo que unificara a las colonias, bajo un sistema que, además, llenara el vacío dejado por la corona británica.

Los norteamericanos, para tal efecto, tuvieron una concepción política republicana y respetuosa de los gobiernos de cada colonia; pero, además, las decisiones fueron fruto del consenso de una pluralidad de hombres blancos, libres, propietarios y considerados como iguales, es decir, fue también democrático.

La estructura republicana elegida supuso una garantía en la participación del gobierno, mediante la protección que implicaba –a la manera de Montesquieu– la división de poderes: ejecutivo, legislativo y judicial. Sin embargo, la desconfianza –históricamente observada– acerca de las acciones de gobierno del ejecutivo y del legislativo que, con frecuencia actuaban caprichosamente y cometiendo toda clase de abusos y atropellos, llevaron a la consideración de que el pueblo “puede ser tan capaz de despotismo como cualquier príncipe; la libertad pública no es garantía, después de todo, de la libertad privada [...] Con esta convicción en la mente de los colonos se realizó la Convención de Filadelfia, redactora de una nueva Constitución.”¹⁰

Por eso es que el Constituyente buscó establecer una protección adicional y, así, estatuyó un control constitucional o *judicial review*, con la clara pretensión de que todos los actos de gobierno de los poderes constituidos, tuvieran que ser validados por la propia Constitución.

7 “a Constitution is a law, it’s a sort of super-law, [...] and what the law means is the job of the courts.” [La traducción es mía] Goldstone, Lawrence, *The Activist John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review* [en línea]. 2008, [fecha de consulta: 6 de diciembre de 2020], p. 1. Disponible en: Kindle, www.amazon.com, <https://a.co/gGmaqYB>.

8 Arendt, Hanna, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza, 2019, p. 107.

9 Arendt, Hanna, *op.cit.*, p. 145.

10 Lousteau Heguy, Guillermo, *Democracia y Control de Constitucionalidad. Los fundamentos filosóficos de la Judicial Review*, Miami, Fondo Editorial del Inter-American Institute for Democracy, 2009, pos. 2686, [fecha de consulta: 5 de diciembre de 2020]. Disponible en: Kindle, www.amazon.com, <https://a.co/dwhWFAS>.

Ella, por su parte, no solo era la ley suprema, sino que representaba la norma fundante de la legitimidad para el propio gobierno y del ordenamiento jurídico, con lo que se redondeaba el sistema político, pues, suponiendo la fuerza vinculatoria de los pactos y de las promesas de la tradición inglesa, todo comenzaba con el de Mayflower, hasta llegar a la Declaración de Independencia y al Constituyente.

La regla de las mayorías, sin embargo, era un supuesto fundamental en el gobierno republicano, por lo que los fundadores reconocieron los principios democráticos como parte esencial de su nuevo sistema político. Al mismo tiempo, algunos de ellos, como Madison, insistieron en la necesidad de proteger a ciertas minorías, limitando, constitucionalmente, el voto mayoritario. No se puede olvidar que los norteamericanos más influyentes de esa época eran los hombres blancos, libres y propietarios, es decir, una minoría, por lo que había que garantizarles sus derechos civiles.

Establecidos los límites a los poderes ejecutivo y legislativo, se dotó de autonomía al judicial –fortalecido por su independencia del voto popular– y, al mismo tiempo, se le reconoció como detentador supremo del carácter definitorio de los actos de gobierno, pues, a partir “del *judicial review*, la autoridad para declarar inconstitucionales los actos del Congreso y del presidente es, simplemente, obvia y universalmente aceptada respecto del rol asignado a la Corte Suprema, y resulta irrelevante si la Constitución le ha otorgado, o no, específicamente el derecho a ejercer ese poder.”¹¹

En la opinión del juez Scalia, la única excepción a la perspectiva de un *originalista*¹² es, precisamente que la “Constitución de los Estados Unidos en ningún lugar establece que la Corte Suprema será la última palabra sobre el significado de la Constitución. O que la Corte Suprema tenga la autoridad para invalidar las leyes emitidas por el Congreso de los Estados Unidos, sobre la base de que ellas no coinciden con la perspectiva constitucional. No lo dice en ningún lugar. Lo resolvemos nosotros.”¹³

El asunto se había decidido en la resolución del juez John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*, en la que se definieron las facultades de la Corte Suprema para invalidar las acciones de los otros dos poderes que fueran dictadas en contradicción con la Constitución:

11 “*Since judicial review, the authority to declare acts of Congress and the president unconstitutional, is therefore simply an obvious and universally accepted facet of the Supreme Court’s role, it follows that whether or not the Constitution has specifically granted the Court the right of that power is irrelevant.*” [La traducción es mía] Goldstone, Lawrence, *The Activist John Marshall, Marbury v. Madison, and the Myth of Judicial Review*, 2008, p. 1, [fecha de consulta: 6 de diciembre de 2020]. Disponible en: Kindle, [www.amazon.com](https://a.co/gGMaqYB), <https://a.co/gGMaqYB>.

12 La corriente de los Originalistas considera que la interpretación debe estar referida a las palabras expresadas por el legislador, y no dan la mayor pauta a la libre interpretación.

13 “*The Constitution of the United States nowhere says that the Supreme Court shall be the last word on what the Constitution means. Or that the Supreme Court shall have the authority to disregard statutes enacted by the Congress of the United States on the ground that in its view they do not comport with the Constitution. It doesn’t say that anywhere. We made it up.*” [La traducción es mía]. *Ídem*.

“Marbury era un juez de paz del distrito de Columbia, nombramiento secreto del presidente Adams en las últimas horas de su gobierno. Madison, el nuevo secretario de Estado, se negó a entregar su comisión a Marbury, quien apeló a la Corte Suprema por un mandato, de acuerdo con la sección 13 de la Ley Judicial de 1789. El juez Marshall, reflejando la opinión del tribunal (febrero de 1803), afirmó que Madison no tenía derecho a retener la comisión de un funcionario debidamente nombrado. Pero las esperanzas de Marbury se vieron frustradas por el resto de la opinión. La Constitución federal, al definir la jurisdicción original de la Corte Suprema, no había incluido la cuestión de los mandatos a los funcionarios del ejecutivo. Por tanto, la sección 13 de la Ley Judicial no era constitucional, y el tribunal no podía intervenir. Un mejor sentido de la propiedad debió de haber indicado a Marshall que si el tribunal no tenía jurisdicción, no debía anunciar cómo habría decidido el caso si tuviera jurisdicción, pero Marshall estaba decidido a contrariar a Jefferson y a Madison por lo que consideraba un acto arbitrario. Al hacerlo así, enunció firmemente la doctrina de la revisión jurídica: el derecho, en realidad el deber de la Corte Suprema de invalidar los estatutos que son ‘contrarios a la Constitución.’”¹⁴

Por un lado, el juez Marshall denunciaba la violación de los derechos civiles de Marbury, y, por el otro, que esa Sección 13 estaba en clara contradicción con el Artículo III, Sección 2 de la Constitución –y, por tanto, era inconstitucional–, pues, este no le otorgaba explícitamente jurisdicción a la Corte Suprema en esa materia.

El presidente Jefferson se negó a otorgar las comisiones demandadas y, con esto, le dio, tácitamente, a la Corte Suprema, el poder de verificar la constitucionalidad de las leyes, al resolver acerca de la violación de los derechos civiles de las personas y, al ser ella, el intérprete supremo y definitorio del significado de la Constitución.

4. EL PLURALISMO JURÍDICO QUE IMPLICA LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Cuando se habla de la labor del poder judicial, lo fundamental es determinar si lo que se pretende es que su función sea la resolución de conflictos, o, si lo que se busca, en cambio, es que esta sea, además, justa. Es decir, o se considera que la única posibilidad es la aplicación literal del texto constitucional (por considerar que la justicia formal de una democracia es suficiente), o, bien, se da la posibilidad de interpretarlo dentro de un contexto más amplio y flexible, que incluya una salvaguarda de los derechos de las minorías y civiles de los individuos, y que, por lo tanto, otorgue una protección actualizada de una justicia sustancial.

Desde luego, como se ha dicho anteriormente, las aprensiones del Constituyente norteamericano lo llevaron a protegerse del riesgo democrático que implicaba un voto mayoritario, y, así fue como este le entregó a la Corte Suprema una autoridad inter-

14 Eliot Morison, Samuel *et al*, *Breve Historia de los Estados Unidos*, 4ª ed. México, FCE, 2017, p. 193.

pretativa final, es decir, la posibilidad de determinar la validez jurídica de lo dispuesto por la propia Constitución.

Esto –a los ojos de algunos– constituye una interpretación escandalosa, pues, implica el otorgamiento de una facultad legislativa que es propia solo del poder legislativo, que, creado *ex profeso*, es capaz de definir, en última instancia, los contenidos constitucionales. Así vemos como, incluso, los “presidentes Ronald Reagan y George Bush se mostraron profundamente indignados por la ‘usurpación’ de los privilegios de la gente supuestamente perpetrada por la Corte Suprema. Dijeron estar decididos a designar jueces capaces de respetar, y no de desafiar, la voluntad del pueblo.”¹⁵ Sin embargo, estas consideraciones provocarían el efecto de anular la protección que el Constituyente, de manera clara, quiso establecer, y, por tanto, modificaría el sentido fundamental del papel asignado por él, en la definición de los contenidos aplicables y aplicados a los casos concretos sometidos a su jurisdicción.

Si lo vemos con cuidado, observaremos que el otorgamiento de dicha facultad al órgano judicial supremo no subvierte el principio de división de poderes, sino que más bien lo complementa; ni tampoco provoca el que los jueces –mediante su interpretación– impongan sus convicciones morales en la resolución de sus casos, como algunos piensan.

La interpretación judicial se muestra, en cambio, como algo distinto, con características determinables, pero, bien definidas; que, además, no tienen por qué constituir un campo abierto a la arbitrariedad ni al abuso, sino que claramente están contenidas por útiles cauces de justicia material, concretos y fácilmente reconocibles. Y, en este sentido, podremos observar, en adelante, el valor de la interpretación judicial llevada a cabo por Ruth Bader Ginsburg.

Por lo pronto, podemos concluir que la manera de considerar a la interpretación, determina no solo los contenidos de las disposiciones legales –incluyendo las constitucionales–, sino también sus alcances normativos. Es decir, dependiendo de lo que entendamos por interpretar, se definirán, en última instancia, los atributos de la legislación misma, lo que, sin lugar a dudas, determinará la resolución judicial de los casos concretos, estableciendo qué prevalece: o la abstracta voluntad de un legislador o el juicio prudencial y referido al caso concreto de un juez, y, en consecuencia, lo justo en un sentido sustancial.

Y esto fue, precisamente, lo que dispuso la voluntad constituyente, al establecer el control constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, pues –como se ha dicho– temerosa de lo dispuesto por las mayorías legislativas y atenta a

15 Dworkin, Ronald, *El Derecho de las libertades. La lectura moral de la Constitución Norteamericana*, Lima, Palestra, 2019, p. 9, [fecha de consulta: el 7 de marzo de 2021]. Disponible en: Kindle www.amazon.com, <https://a.co/0frO9A6>.

los derechos individuales y a la defensa de las minorías, la dotó de la facultad última interpretativa, es decir, del control supremo judicial y jurídico.

La cuestión parece mantenerse vigente, pues, difícilmente podría decirse que las condiciones de dicha aprensión hayan cambiado; más bien se trata de una discusión vieja, que sigue estando vigente; de ahí la importancia de continuar con la defensa de esos intereses que el Constituyente ha querido proteger, porque aún hoy se llevan a cabo abusos y se cometen arbitrariedades, por lo que siguen constituyendo una defensa frente a las deficiencias probadas de las democracias mayoritarias.

Con claridad observamos que la interpretación puede ser vista hoy como un conveniente puente generacional, capaz de darle continuidad al fenómeno jurídico, al que reconoce como sustrato que se decanta lentamente y vive cercano a su raíz social, para luego llegar a convertirse en sólido cimiento de indispensable justicia sustancial.

El análisis de las principales características de la interpretación nos facilitará, no solo la comprensión del sentido de los controles establecidos por el Constituyente norteamericano y el fondo la función de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América y de cada uno de sus jueces, sino que nos proporcionará un criterio importante para valorar la labor judicial de Ruth Bader Ginsburg.

a. Las características de la interpretación judicial

Un primer análisis de la interpretación judicial determina que ella está referida a la interpretación de textos judiciales y legislativos, cuyo conocimiento constituye su principal objetivo. Al mismo tiempo, es indispensable aclarar que en estos casos, la búsqueda no se hace en abstracto, sino que está dirigida concretamente a encontrar el sentido auténtico de la legislación, para así tener la capacidad de determinar su contenido normativo y su alcance, siempre, con referencia al caso concreto.

En este sentido, Gadamer, por un lado, se refiere a la hermenéutica jurídica relacionándola con un texto, a partir del cual, ella se desarrolla; y, por el otro, habla de él como información originaria, ya sea escrita u oral; y, entonces, lo considera como una «primitiva noticia» que podrá ser comprendida, por estar dotada de sentido.

La obra de Gadamer, frente a la reducción de la generalidad de la experiencia y del conocimiento a su forma científica, muestra un compromiso para reestablecer una certeza universal para las ciencias del espíritu, equivalente al de las ciencias naturales. Por eso postula que la interpretación no solo no sea un recurso complementario del conocimiento humano, sino, más bien, introduce al texto como el punto de encuentro y de coincidencia entre las partes que intervienen en la interpretación. Asimismo, considera al texto como un concepto hermenéutico y como una «realidad que se da» en el encuentro y no preexistente, lo que constituye una diferencia fundamental con otras posturas. En este sentido afirma que:

“La fundamentación del conocimiento no puede evitar en el ámbito de las ciencias naturales la consecuencia hermenéutica de que la realidad «dada» es inseparable de la interpretación [...] Solo a la luz de la interpretación algo se convierte en «hecho» y una observación posee carácter informativo [...] esto significa en definitiva que la interpretación no es un recurso complementario del conocimiento, sino que constituye la estructura originaria del «ser-en-el-mundo».”¹⁶

La obra de Gadamer –como se observa– ha venido a revolucionar consideraciones tan fundamentales de la hermenéutica, como el que la comprensión sea la estructura originaria de esa perspectiva heideggeriana del «ser-en-el-mundo»; misma que le aporta, no solo, concreción, sino la posibilidad de identificar a los sujetos que intervienen en una interpretación, mostrándolos en una relación más equilibrada y en razón del texto. Al efecto afirma que:

“En el acontecimiento hermenéutico tenemos un texto que postula y exige un autor, y que supone o pide un lector. Pues si es un texto es porque alguien lo produjo, y sabemos que es texto porque lo leemos. Hay, además, un código o lenguaje. Y también hay interferencias, intereses, etcétera; pero podemos centrarnos en esos cuatro elementos principales: texto, código, autor y lector, y hemos de añadir un quinto elemento muy relevante: el contexto, pues, en definitiva, interpretar es poner un texto en su contexto. Cuando se ve un texto fuera de contexto suele malentenderse. En buena medida la hermenéutica nos enseña a buscarle a un texto su contexto, para que en él adquiera significado, se ilumine.”¹⁷

Lo que en realidad Gadamer nos está mostrando aquí, es que, al tener una importancia común, ambas personas coexisten y que lo que las relaciona es un diálogo referido al texto, que, así, manifiesta una trascendencia insoslayable. No se trata, pues, de preferir a uno sobre el otro ni de privilegiar alguno de los elementos, ya que cada uno de ellos tiene importancia propia y un papel protagónico en la interpretación.

Esto es fundamental afirmarlo para que ella constituya una actividad libre, pero, también, para que sea elaborada a partir de un lugar común (*topoi*) que acote, y, a la vez, permita una comprensión de fondo y que pueda ser compartida por ambos actores, desde luego, con referencia a una certeza fundamental: el texto. Es decir, si lo importante al interpretar, es comprender el sentido de la «primitiva noticia», se requiere que este sea legible, y que lo sea para ambas partes.

Por otro lado, una vez guardado el equilibrio entre los participantes, lo segundo fundamental es que exista la posibilidad de hacer una lectura, evitando que el mensaje se distorsione o que exista la posibilidad de que conduzca a conclusiones erróneas y que

16 Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método*, Salamanca, Sígueme, 1998, t. II, pp. 327-328.

17 Espinosa Contreras, Ramón y Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica analógica y hermenéutica crítica dialéctica*, México, Ediciones y Gráficos Eón, 2015, p. 215, [consultado el 23 de febrero de 2021]. Disponible en: Kindle www.amazon.com, <https://a.co/26Cfrl>.

nada tengan que ver con lo establecido en él, pues, en el fondo, de lo que se trata es de comunicar *algo*.

La lectura, finalmente, hará que el intérprete de un texto no pueda evitar su propio contexto, que constituirá el lugar común y de encuentro con su autor. La interpretación será, entonces, una muestra de la histórica continuidad normativa, que la ubicará en una posición cercana a la raíz social de la comunidad a la que pretende regir; pero, también, a aquella que la antecede, evitándose, así, una abrupta ruptura normativa. Sin embargo, esto solo podrá suceder, si, por un lado, el que escribe incluye la información que se necesita para que el texto sea comprendido, y, por el otro, el que lo lee acude al encuentro y logra comprenderlo, haciendo “hablar de nuevo al texto fijado. En este sentido, leer y comprender significan restituir la información a su autenticidad original.”¹⁸

Como se ha dicho, para la interpretación se requiere, en primer lugar, de un texto que sea interpretable y capaz de mediar entre el autor del mismo y su intérprete, pues, él constituye, en última instancia, la razón última de ser de la posibilidad de que ellos se comuniquen, y aquello que se comunica, entonces, ya no es lo que se dijo originalmente, sino “lo que habría querido decir si yo hubiera sido su interlocutor originario.”¹⁹

No olvidemos que el texto aparece “como el punto de referencia frente a la cuestionabilidad, arbitrariedad o al menos pluralidad de posibilidades interpretativas que apuntan a él”²⁰, ni que Gadamer está en la búsqueda de un referente *cierto* que pueda poner en contacto a los que dialogan y fijar los términos del diálogo, dotándolo, por tanto, de seguridad; pero, también, determinándolo circunstancialmente y definiendo los elementos a partir de los cuales se deberá de llevar a cabo la labor, misma que, desde luego, podrá tener la amplitud que el sentido de certeza del texto le otorgue.

Y esto así en las cuestiones jurídicas, pues, la norma escrita cumple con la función de evitar discusiones y de despejar dudas, al establecer, como cierto, su contenido normativo. En este sentido la opinión de Gadamer afirmando que:

“La pretensión de validez inherente a la legislación hace que esta sea como un texto, codificado o no. La ley en tanto que estatuto o constitución necesita siempre de la interpretación para su aplicación práctica y esto significa, a la inversa, que toda aplicación práctica lleva ya implícita la interpretación. Por eso le compete siempre a la jurisprudencia, a los precedentes y a la praxis anterior una función legislativa. En este sentido aparece en el ámbito jurídico con claridad ejemplar hasta qué punto la redacción de un texto hace referencia siempre a una interpretación, es decir, a una aplicación correcta y razonable.”²¹

18 Gadamer, Hans-Georg, op. cit., nota 16, p. 333.

19 *Ídem*.

20 *Ibidem*, p. 328. pp. 333-334.

21 *Ibidem*, pp. 333-334. 332.

Por eso –agrega– para la interpretación de un texto y su comprensión, se requiere de la sinceridad en los interlocutores del diálogo hermenéutico y, por lo tanto, que en ambos haya una buena voluntad, lo ayudará al mejor entendimiento entre ambos, ya que, al igual “que el participante en el diálogo intenta comunicar lo que piensa y esto implica la atención al otro, con el que comparte ciertos presupuestos y cuya comprensión cuenta. El otro se atiene al significado de lo dicho, es decir, lo entiende completándolo y concretándolo, sin tomar nada al pie de la letra en su sentido abstracto.”²² De ahí, que la intención en el diálogo cuente y sea, desde luego, fundamental. La búsqueda del sentido se endereza, entonces, sobre aquello dicho en el texto que se interpreta, entre personas desinteresadas que, a pesar de tener intereses y prejuicios personales, se colocan en un plano de neutralidad, capaz de permitirles escucharse.

Desde otro ángulo vemos que cualquier análisis enderezado sobre la interpretación judicial está relacionado íntimamente con el tema de la discrecionalidad judicial; debatido y tantas veces abordado, cuyos límites van desde el más estrecho apego a la simple revelación de la voluntad del legislador de la Escuela Exegética francesa o del Originalismo norteamericano, hasta consideraciones más flexibles como la de Gadamer, pasando por las de Dworkin.

Lo que Dworkin propone es hacer una lectura moral de la Constitución norteamericana, a partir de lo que él llama *principios morales* sobre la decencia política y la justicia, mismos que, al ser abstractos, en su aplicación práctica requieren de la interpretación de jueces, abogados y ciudadanos.

Desde esta perspectiva, no nos queda más que observar cómo es que esos *principios morales*, constituyen límites ciertos para el ejercicio de la actividad judicial y, en última instancia, le sirven de acotamiento; pero como una especie de normas adicionales, incluso, superiores, que sujetan a todos –y no solo los jueces–, pero porque suponen una regulación constitucional desde un inicio.

Por eso es que Dworkin establece una débil visión de la discrecionalidad interpretativa de la Corte, al considerar que lo que debe buscarse es la intención original del legislador o del constituyente, poniendo poco énfasis en el papel de quien interpreta.

Al respecto, es interesante observar cómo Dworkin guarda una posición matizada respecto del papel y de las características de la interpretación judicial y, sobre todo, de la discrecionalidad de los jueces, al establecer que no está a favor de una interpretación literal propiamente dicha, pues, considera, más bien, que la función judicial de la Corte Suprema presupone el reconocimiento de unos principios morales que, siendo directrices ciertas, dan la pauta para una lectura moral de aquella y que obliga a los jueces, con lo que:

“incorpora la moralidad política al corazón del Derecho constitucional. Pero la moralidad política es inherentemente incierta y controvertida, por lo que cual-

22 *Ibidem*, p. 332.

quier sistema de gobierno que haga de tales principios una parte constitutiva de su Derecho habrá de decidir a quién le dará la autoridad de interpretarlos y comprenderlos. En el sistema estadounidense, quienes detentan esa autoridad son los jueces –en última instancia, los integrantes de la Corte Suprema–, y, por lo tanto, la lectura moral de la Constitución, al decir de sus críticos, consiste en otorgar a los jueces el poder absoluto de imponerle al público sus propias convicciones morales.”²³

Esta manera de ver las cosas de Dworkin es paradójica, pues, más allá de llevar implícita la duda acerca de cuál sería el fundamento de la obligatoriedad de dichos principios y de qué es lo que los ha convertido en normativos, para él, la voluntad legislativa mayoritaria debiera ser la que definiera las cuestiones sociales y, por tanto la regulación jurídica. Sin embargo, su posición es intermedia, pues, también, destaca la labor de interpretación de los jueces a partir de la importancia del reconocimiento que le otorga a unos principios morales que, coexistiendo con esa voluntad legislativa, constituyen criterios fundamentales para las decisiones judiciales, y que, al mismo tiempo, son intrínsecos a ella; es decir, no son externos, sino que forman parte del propio sistema jurídico original, solo que no están escritos en el texto normativo original.

Con esto busca, a todas luces, evitar frías resoluciones judiciales alejadas de una justicia derivada de una cierta justicia moral que presupone. En las propias palabras de Dworkin, existen dos posibilidades:

“La primera, y más directa, considera que la lectura moral es correcta, que la Carta de Derechos puede ser entendida solo como un conjunto de principios morales. Pero niega que los jueces deban ser las últimas personas autorizadas en dirigir la lectura moral, que ellos deban tener la última palabra sobre, por ejemplo, si una mujer goza de un derecho constitucional a optar por un aborto o si las acciones afirmativas tratan con igual consideración a todas las razas. En esta estrategia, la autoridad interpretativa se reserva para el pueblo [...] La segunda alternativa, denominada estrategia ‘originalista’ o de la ‘intención original’, no la acepta. La lectura moral insiste en que la Constitución significa lo que los redactores tenían la intención de decir. El originalismo insiste en que significa lo que ellos esperaron que su texto dijera, lo cual se trata, como he dicho, de una cuestión muy diferente [...] Según el originalismo, las grandes cláusulas de la Carta de Derechos deberían ser interpretadas, no ya como si establecieran los principios morales abstractos que de hecho describen, sino como refiriéndose, con algún tipo de código o disfraz, a las propias presunciones y expectativas de los redactores sobre la correcta aplicación de aquellos principios. Entonces, la cláusula de igual protección debe ser entendida no como ordenando el igual estatus, sino lo que los propios redactores pensaron que este era, a pesar del hecho de que, como he dicho, los redactores claramente quisieron establecer el primer estándar y no el segundo.”²⁴

23 Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 15, p. 6.

24 *Ibidem*, pp. 16-18.

Para Dworkin, entonces, la interpretación es una traducción de lo que el Constituyente quiso decir y, por eso, es fundamental la historia, ya que ella nos permite conocer el entorno original y nos aporta los datos necesarios para comprender su intención al dictar determinada disposición normativa. Desde esta perspectiva, el énfasis normativo está ubicado en la voluntad del legislador, cuyo descubrimiento constituye el objetivo singular de la actividad interpretativa. Y por eso, piensa el inglés que:

“debemos encontrar las palabras que mejor expresen, en términos que nos resulten claros, el contenido de lo que los ‘artífices’ intentaron decir. (Los constitucionalistas utilizan la expresión ‘artífices’ para describir de forma algo ambigua, a las diferentes personas que redactaron y sancionaron una disposición constitucional.) La historia es crucial para ese proyecto, porque debemos saber algo sobre las circunstancias en las cuales una persona habló para tener alguna buena idea de lo que quiso decir al hablar como lo hizo. Sin embargo, no encontramos nada en la historia que nos genere dudas sobre qué quisieron decir quienes redactaron la Tercera Enmienda.”²⁵

Como se ha dicho, para Gadamer, en cambio, la cuestión es diferente, ya que, considerando la estrecha correlación “entre texto e interpretación resulta evidente teniendo en cuenta que ni siquiera un texto tradicional es siempre una realidad dada previamente a la interpretación. Es frecuente que sea la interpretación la que conduzca a la creación crítica del texto. El esclarecimiento de esta relación interna entre interpretación y texto constituye un avance metodológico”²⁶

La diferencia entre los puntos de vista de ambos autores radica en el peso que le reconocen al texto que se interpreta, pues, para Dworkin resulta determinante la perspectiva de quien lo produce –a la luz de sus llamados *principios morales*– a partir de la cual se entiende, únicamente, la actividad del intérprete. Para Gadamer, en cambio, el texto es solo un intermediario entre quien lo produjo y el que lo interpreta, y que lo importante es, primero, que el texto sea legible para que sea capaz de comunicar algo que el segundo pueda comprender, para que, en última instancia, pueda llegarse a un consenso, que –a final de cuentas– es lo que más importa. Desde luego que no se trata de decir una cosa y que se entienda otra que nada tenga que ver, sino de encontrar aquello que une y comunica a los dos personajes relacionados por el texto:

“se entra en la situación de diálogo escrito sin ruptura de continuidad si no se interpone un obstáculo especial para la comprensión que obligue a recurrir al texto mismo. En el diálogo escrito se requiere, pues, en el fondo la misma condición básica que rige para el intercambio oral. Los dos interlocutores desean sinceramente entenderse. Siempre que se busca un entendimiento, hay buena voluntad [...] En todo caso el escritor, al igual que el participante en el diálogo, intenta comunicar lo que piensa y esto implica la atención al otro, con el que comparte

25 *Ibidem*, p. 12.

26 Gadamer, Hans-Georg, *op. cit.*, nota 16, p. 329.

ciertos presupuestos y con cuya comprensión cuenta. El otro se atiene al significado de lo dicho, es decir, o entiende, completándolo y concretándolo, sin tomar nada al pie de la letra en su sentido abstracto [...] «Escribir» es algo más que la mera fijación de lo dicho. Es cierto que la fijación escrita remite siempre a lo dicho originariamente, pero debe mirar también hacia adelante. Lo dicho se dirige siempre al consenso y tiene en cuenta al otro.”²⁷

La postura hermenéutica de Gadamer, por tanto, muestra una mayor libertad en la interpretación judicial y la reconoce como fuerte, pues, como se ha dicho, presupone el equilibrio entre el productor del texto normativo y el intérprete.

b. Las consideraciones del Originalismo Intencionalista norteamericano

La intervención de los Estados Unidos de América en la Segunda Guerra Mundial había provocado toda una serie de cuestionamientos y de críticas sobre la legitimidad de su participación en contra de la discriminación nazi, a pesar del evidente racismo de las propias tropas norteamericanas:

“La respuesta internacional de la Segunda Guerra Mundial al catalogar al nazismo como racista, creó un dilema para los Estados Unidos: cómo mantener el prestigio y el liderazgo moral en el mundo, debido a sus propias políticas de segregación racial, incluyendo la de los soldados afroamericanos peleando y muriendo en la guerra en contra de Hitler.”²⁸

La polémica enderezada en este sentido provocó y motivó la defensa de los derechos y la lucha por la igualdad en la sociedad americana, y, así, se conformaron movimientos importantes como el de Martin Luther King.

A pesar de la abolición de la esclavitud decretada por el presidente Abraham Lincoln, desde un principio siempre ha habido segregación racial, y el fundamento que se alegaba era el principio de “iguales pero separados”, que en 1976 derivó en las Leyes *Jim Crow*, ampliamente favorecedoras de esta inequitativa perspectiva.

Cuando las voces se hicieron más fuertes y se empezaron a sentir y se fortaleció la lucha en contra de la segregación racial, la defensa se fue articulando de otras maneras y aparecieron posturas que pretendieron seguir justificándola. Una de ellas fue, precisamente, el Originalismo Intencionalista que –relacionada con el modo de interpretar la Constitución– hacía su planteamiento a partir de la intención originaria de

27 *Ibidem*, pp. 331-332.

28 Bader Ginsburg, Ruth (*et al*), *My Own Words*, Nueva York, Simon & Schuster, 2016, [fecha de consulta: 4 de marzo de 2021], p. 196. Disponible en: Kindle www.amazon.com, <https://a.co/CZss5z>. “*The international response during the World War II era to the ‘rank racism’ of the Nazis created a dilemma for the United States: how to maintain prestige and moral leadership in the world, given its own policies of racial segregation, including the segregation of African-American soldiers fighting and dying in the war against Hitler.* [La traducción es mía].”

los constituyentes, o, en el caso, norteamericano, de los delegados estatales que habían aprobado, incluso, sus respectivas enmiendas.

En este sentido, Robert Heron Bork –importante funcionario de la estructura judicial norteamericana– habló de la conveniencia de la segregación racial, fundamentándola en un derecho de libertad irrestricto, y, así, se opuso:

“al movimiento de los derechos civiles y al de las mujeres, desde el principio de libertad individual. Él creía que si el propietario blanco de un restaurante quería evitar que una persona afroamericana comiera en su restaurante, debía poder hacerlo. Las personas de color podrían encontrar otro plato para comer. Si una compañía quería despedir a una mujer cuando quedaba embarazada, ellos deberían poder hacerlo también. Las mujeres que no aceptaran esta política, podrían trabajar en cualquier otro lugar. Los críticos de Bork lo mostraron como un racista y segregacionista. De hecho, él dijo que la segregación era equivocada, pero comparó su criminalización con una prohibición, en la que –en sus propias palabras– ‘las morales de la mayoría serían impuestas por minorías que se creen superiores moralmente.’ No todo lo que es inmoral puede ser criminalizado o regulado, y en esta perspectiva, la segregación criminalizada es un intento de regulación moral mal encaminado.”²⁹

Al interior de la Corte el juez Scalia –amigo cercano de Ruth Bader y con quien frecuentemente discrepaba– fue quien sostuvo esta postura y afirmaba que había una sola manera de interpretar la Constitución, pues, consideraba que: “La Constitución que yo interpreto y aplico no está viva, sino muerta, y yo prefiero llamarla permanente. Esto significa hoy que no es la sociedad actual, mucho menos la corte (*sic*), la que piensa lo que debería significar, sino lo que significaba cuando fue adoptada.”³⁰

Por su parte Dworkin –como se ha dicho– aunque parece coincidir con la postura “originalista” al afirmar el valor de la democracia mayoritaria, añade la existencia de lo que llama una “lectura moral”, relacionada con unos principios que, estando inmersos en las disposiciones constitucionales, forman parte de ellos, pero, a la vez, sirven de

29 Kanefield, Teri, *Free to be Ruth Bader Ginsburg. The story of women and law*, California, Armon Books, [fecha de consulta: 4 de marzo de 2021], p. 216. Disponible en: Kindle [www.amazon.com](https://www.amazon.com/co/6TtLaMp), <https://www.amazon.com/co/6TtLaMp>. “the civil rights movement and the women’s movement on the principle of individual liberty. He believed if a white restaurant owner wanted to prevent a black person from eating in his public restaurant, he should be allowed to. Blacks could find another plate to eat. If a company wanted to fire a woman when they became pregnant, they should be allowed to do that, too. Women who didn’t like the policy could work elsewhere. Bork’s critics painted him as a racist and segregationist. In fact, he said segregation was wrong, but he compared laws outlawing segregation to Prohibition, in which –in his words– ‘the morals of the majority were self-righteously imposed by minority.’ Not everything that is immoral can be criminalize or regulated, and in his view, outlawing segregation was a misguided attempt to regulate morality.” (La traducción es mía).

30 Ídem. (La traducción es mía). “The Constitution that I interpret and apply is not living but dead, or as I prefer to call it, enduring. It means today not what current society, much less the court, thinks it ought to mean, but what it meant when adopted.” [La traducción es mía].
Dworkin, Ronald, *ibidem*, p. 17.

criterios para la interpretación, matizándola en aras de un principio de justicia que pareciera estar más allá de una mera interpretación literal. Y así afirma que:

“la lectura moral insiste en que la Constitución significa lo que los redactores tenían la intención de decir. El originalismo insiste en que (*sic*) significa lo que ellos esperaron que su texto dijera, lo cual se trata, como he dicho de una cuestión diferente. Y esto lleva a la discusión de fondo, pues, mientras que un “bando se declara fanático de la democracia y ansioso por protegerla [...] el otro clama ser más sensible a las injusticias que ella produce a veces.”³¹

Lo que sucede con Dworkin es que –como se ha dicho– no se afilia a la interpretación literal de la Constitución, porque reconoce las posibles arbitrariedades de una voluntad legislativa en abstracto, y por eso recurre a los principios morales, como elementos que, sin embargo, no son extrínsecos al sistema jurídico, sino propios de él e igualmente normativos, y que le aportan al juez la posibilidad de resolver, con certeza, sin pasar por alto la voluntad legisladora, en la que pone el énfasis, pero con cierta flexibilidad que el “originalismo” no prevé.

La cuestión discutida, en el fondo, es saber en dónde está puesto el énfasis, es decir, en la justicia formal de una democracia mayoritaria, garante de derechos individuales y colectivos en abstracto, o en la justicia sustancial que pudiera ser fruto de una resolución judicial que, sin llegar a ser jurisprudencial, tampoco está totalmente inclinada hacia la libertad de interpretación, o lo que Dworkin llamaría “en sentido fuerte”. Su postura es, hasta cierto punto conservadora, aunque contempla cierta flexibilidad en la interpretación, a partir de los principios morales que postula.

Esto no es trivial, desde luego, y el legislador americano la vio con precisión: la facilidad con que los intereses particulares o de grupo interfieren son las decisiones legislativas y sus perjuicios; no solo para las minorías, sino para individuos y bienes jurídicos particulares que así podrían quedar desprotegidos y que, en última instancia, son de interés común.

c. La interpretación judicial como una fuente fundamental de un derecho jurisprudencial

Las estructuras políticas y jurídicas dependen –en un sentido fundamental– del significado que se le reconozca al concepto de interpretación judicial, pues, el hecho de otorgarle facultades amplias a la libertad de los jueces, da la pauta para que ella constituya una rica fuente de derecho jurisprudencial. Si, por el contrario, el poder judicial es un mero aplicador literal de la voluntad del legislador, se abona a que el consentimiento sean la única fuente posible del derecho, y se privilegia a las voluntades, con todas las consecuencias que esto implica.

31 Dworkin, Ronald, *ibidem*, p. 19.

Y fueron los constituyentes norteamericanos quienes tuvieron una legítima preocupación por los riesgos que implicaba la justicia formal de las decisiones de las voluntades democráticas y mayoritarias; pues estando ellas vacías, podrían llenarse con cualquier contenido, incluyendo a las arbitrariedades y a los abusos –lo que no había sido poco común–no solo en perjuicio de las minorías que no lograran los consensos, sino en perjuicio de los derechos de los individuos en lo particular.

Por eso, la pretensión de los legisladores originales de establecer candados y contrapesos a la actividad legislativa, y de establecer la facultad judicial de revisar la constitucionalidad de los actos de gobierno de cualquiera de los otros dos poderes, pues, la única manera de administrar una justicia sustancial protectora de los derechos individuales, era otorgarle a la Corte la posibilidad de interpretar las leyes y los actos de gobierno, pero, con la libertad suficiente para constituir una auténtica fuente de Derecho.

Y esto es lo que sucedió, que el Constituyente no se rindió ante las desventajas de una democracia formal, sino que prefirió asegurarse de que, mediante una interpretación judicial, se procurara una justicia material, que salvara los contenidos de las disposiciones por él establecidas. Esto, en última instancia, propició el libre ejercicio de los jueces y el que se mantuviera vigente y actualizado el sentido original de sus disposiciones; ya que, aun circunscrito a un texto, se le dotaría de la amplitud necesaria para la determinación de lo justo en los casos de los particulares, es decir, en la aplicación concreta.

La apuesta del Constituyente norteamericano, por lo tanto, fue por una justicia capaz de proteger los intereses y los derechos de sus ciudadanos, y, no obstante que la frase inicial de la Constitución a la letra diga: “*We, the people...*”, y, que en un principio estuviera referida, únicamente, a hombres blancos y propietarios, mediante la acción interpretativa de los jueces norteamericanos –entre los que destaca la labor de la juez Ruth Bader Ginsburg– se ha ampliado su significado para llegar a comprender a mujeres, a personas de grupos étnicos diversos, etc.

Si la pretensión, sin embargo, hubiese sido el ceñirse literalmente a lo establecido por la norma constitucional original, y no existiera la posibilidad real de interpretación, hubiera sido imposible ampliar dicho concepto, y, sobre todo, otorgarle la extensión indispensable para la protección de los derechos de aquellas otras personas que no hubieran pertenecido a la clase establecida por el planteamiento inicial.

Esta interpretación judicial auténtica provee, asimismo, el equilibrio indispensable para las diferentes fuerzas políticas y constituye una garantía de los intereses de los diversos grupos y de los individuos. Y una pluralidad de fuentes –como se ha dicho–permite, además, un sano desarrollo de la convivencia social, al establecer bases de justicia sustancial, necesaria y conveniente para solventar las intrincadas relaciones de nuestras sociedades modernas, cada día más complejas y complicadas.

Por eso, la labor interpretativa de la juez Ruth Bader Ginsburg tuvo una importancia fundamental, pues, ella mostró el daño pertinaz causado por los estereotipos femeninos que, considerados como protectores de las mujeres, resultaban en su total perjuicio e, inclusive, propiciaban una descarada discriminación, que, disfrazada, resultaba vergonzosa e indignante.

Su labor, fue pausada y discreta, pero continua y perspicaz, y Ruth supo enfrentar esos estereotipos de una manera brillante; primero, al hacer planteamientos contundentes y bien fundamentados, al hacerlos en un lenguaje claro y que no daba lugar a ambigüedades, y que, al mismo tiempo, evidenciaba la discriminación cruzada, es decir, la masculina, respecto de la cual, los jueces no tenían reparo para reconocerla, al no haber un rol social determinado, como sí lo había en el caso de las mujeres.

Mediante el planteamiento de casos de discriminación masculina evidente, la juez Ginsburg logró mostrar a los jueces la existencia de un trato diferenciado no justificado, y, a contrapelo, la de un desequilibrio en la participación de las mujeres en el ámbito laboral principalmente, pero, también mostró una diferenciación en las capacidades femeninas que no se justificaba y que, en última instancia, dañaba a todos.

d. El peligro del abuso del incremento de la potestad discrecional de los jueces

Como se ha dicho, hablar de interpretación, y hacerlo desde una perspectiva integradora y libre, permite no solo la adaptación de la reglamentación al contexto, sino que propicia el que ella perdure, y, por supuesto, que responda a las circunstancias sociales y sus necesidades durante su vigencia.

El otorgarse facultades de interpretación amplias, sin embargo, no significa que ellas sean ilimitadas, sino, simplemente que no están atadas a las arbitrarias voluntades democráticamente mayoritarias (legislativas y de gobierno), sino que responden, más bien, a los límites que cualquiera puede conocer, objetivamente, pues son evidentes y responden a las respectivas necesidades que, por tanto, las acotan; y, al mismo tiempo, permite paliar la injusticia provocada por una normatividad que es *a priori* y abstracta.

El problema radicaría en que la libertad para interpretar fuera irrestricta, y que, en última instancia, diera la pauta para que se inmiscuyeran los sentimientos, las creencias o los intereses que, siendo propias de los jueces, contaminarían las resoluciones, parcializándolas y hasta pervirtiéndolas.

Sin embargo, históricamente ha quedado demostrado –y por siglos– que esto no sucede necesariamente, y que la interpretación puede constituir una actividad plenamente científica y jurídica; y que, por lo tanto, bien puede ser objetiva, independiente y justa.

De ahí que las opiniones de los juristas romanos y del *Ius Commune* –además de constituir una fuente jurídica fundamental y tradicional durante muchos siglos– hoy constituyen, y sin lugar a dudas, un ejemplo claro de un ordenamiento jurídico aestatal

que, no obstante serlo, tuvo vigencia y validez jurídicas, y que, además, se ha convertido en una normatividad clásica, es decir, modélica.

El problema surgió con el surgimiento del Estado político europeo que, transformando el fundamento de la obligatoriedad de las normas y modificando las relaciones de sujeción entre los hombres, las redujo a solo las jurídicas, es decir, aquellas que obligan porque son fruto de una voluntad libre, colocada en términos de igualdad dentro de un sistema político moderno contractualista, a la manera de Hobbes.

Con este planteamiento, la única fuente de obligatoriedad posible para los individuos es el consentimiento, pues, descartados paulatinamente –y desde diferentes perspectivas– los límites objetivos de las voluntades, estas quedaron libres para equipararse a la de cualquiera, igualándolas y eliminando, así, cualquier relación de subordinación natural.

Esta supresión tuvo el beneficio de abrir la puerta a gobiernos democráticos posteriores³² que constituyeron un significativo avance en cuanto al derrocamiento del Antiguo Régimen y el restablecimiento de la justicia social; pero que, sin embargo, olvidó que las voluntades no solo están limitadas por la voluntad de los otros, sino que existen –y siempre han existido– ciertos acotamientos que no están relacionados con los sujetos, sino que, más bien, son objetivos y que han demostrado ser útiles, y hasta indispensables, para establecer reglas justas en una convivencia, pero que no son solo formales, sino que dotan a las autoridades judiciales de parámetros objetivos necesarios para determinar los daños y restituir a la normalidad de las relaciones alteradas, desde la perspectiva de una indispensable justicia material.

Por un lado, es una magnífica cuestión que se eliminaran –aunque fuera teóricamente– las diferencias y las relaciones naturales de subordinación de los hombres; pero, por el otro, esta pérdida de referentes objetivos los desprotegió, provocando que la justicia que medía sus relaciones, se vaciara de contenidos indispensables para la determinación de los parámetros de la justicia sustancial, y haciendo que todo quedara en una cuestión formal que, sin duda es aconsejable, pero que no es suficiente.

Y es, precisamente, esa labor integradora, interpretadora y libre –mas no arbitraria– de los jueces, la que puede dar la pauta para que la formalidad encuentre sus referentes objetivos, al relacionarla con las circunstancias de los casos concretos que se someten a su jurisdicción, y que, sin duda, le aportan datos útiles; y, al mismo tiempo, sin perjuicio del reconocimiento de esa igual libertad originaria, capaz de establecer un fructífero diálogo entre sujetos iguales y libres, pero en pos de hechos concretos, de realidades sociales y en pro de la democracia. Todo esto, sin prejuicios, sino, más bien, coadyuvando al fortalecimiento de la democracia y dotándola de sentido.

En la reunión de los muchos casos sometidos a los jueces, se podrán recuperar lineamientos para la justicia sustancial de las relaciones de una sociedad, y en el

32 El planteamiento político de Hobbes supone el gobierno de un monarca absoluto.

conjunto de ellas, se podrán ver nuevos horizontes para una democracia más justa, y, desde luego, ajena a sentimientos, prejuicios, creencias e intereses particulares, de grupo o de jueces, ampliando las bondades de la toma común de las decisiones, en la medida en que las voluntades, siempre iguales y sin subordinaciones naturales, sean capaces de reconocer la existencia de límites objetivos y protectores de cualquiera, y de todos.

e. Hacia donde debe centrarse la crítica del Positivismo Jurídico

De acuerdo con lo dicho anteriormente, resulta conveniente hacer una breve referencia a una de las posturas modernas de mayor arraigo, el planteamiento positivista que siempre ha estado sujeto a severas y variadas críticas, enderezadas, principalmente, por el Iusnaturalismo que presupone la existencia de un criterio extrínseco al ordenamiento jurídico positivo, a partir del cual se determina su validez y vigencia.

Si pensamos, en cambio, que para el Positivismo Jurídico, la obligatoriedad de las normas deriva del hecho de que ellas formen parte de un sistema jurídico válido y vigente, y que solo las conductas así determinadas son coercibles y sujetas a coacción, por un lado, se eliminan los criterios externos de validez jurídica y, por el otro, la única opción posible sería el que la formalidad constituyera el criterio de validación de las normas jurídicas; pues, de continuar con la afirmación de referentes objetivos de justicia sustancial, en el fondo, se estaría acudiendo a esos criterios extrínsecos al sistema jurídico que, precisamente, se ha tratado de eliminar.

Siendo este el problema de fondo, pareciera lo lógico eliminar cualquier criterio diferente del derivado del consentimiento y legislativo, y se piensa que el asunto no tiene la menor importancia; sin embargo, en los hechos se ha comprobado el riesgo que representa el abandono de la determinación de ciertos contenidos a las facultades irrestrictas de las voluntades humanas, por más de que se les someta a parámetros democráticos o formales. Y para muestra, un botón: el régimen democrático que empoderó al Partido Nacional Socialista alemán.

La falta de referentes objetivos da la pauta para que las normas puedan llenarse con cualquier contenido, sea este pertinente o no, justo o injusto, a modo, a beneficio de uno o de varios, etc. En cambio, cuando se reconocen criterios objetivos de conducta, aunque sean básicos, esto se complica y parece que es más fácil determinar lo justo.

De ahí podríamos partir a una crítica específica al Positivismo Jurídico, pues, estando como estamos conscientes de las características humanas, es difícil no tener la desconfianza evidente que provocan algunas –por no decir muchas– de las decisiones mayoritarias democráticamente tomadas, y se sustentaría la necesidad de contar con un *judicial review*, encomendado a los jueces, a fin de que sean ellos los que, revisando la constitucionalidad de los actos de las mayorías o de gobierno, pudieran restituir esos contenidos de justicia sustancial, tan saludable para cualquier sociedad política.

Lo importante, entonces, sería, más allá de pensar en los inconvenientes de que los sentimientos y las creencias de los jueces pueden verse reflejados en sus resoluciones, también reconocer –dándole un mismo valor– a la fragilidad en las decisiones de las voluntades que bien pudieran verse afectadas por las creencias, convicciones o intereses particulares o de grupo, en perjuicio, desde luego, de otro, y de todos. De tal manera que, revisar el útil papel de los referentes objetivos en la determinación de las decisiones legislativas, realmente no sale sobrando, sino que, por el contrario, coadyuva, de manera fundamental en la determinación de una justicia que, además, de ser formal, debiera ser también sustantiva. Esta sería una manera de evitar abusos y arbitrariedades, que hoy, son bastante comunes.

f. El *judicial review* como prueba del pluralismo jurídico

En conclusión, al introducir el constituyente norteamericano el *judicial review*, evitó el monopolio estatal del Derecho, reconociendo que este puede surgir desde diferentes fuentes y que, por lo tanto, las decisiones de la Corte Suprema son legítimas; validando, entonces, la revisión que ella haga de las decisiones normativas de los otros dos poderes, y otorgándole la última palabra en la determinación de la obligatoriedad de ciertas conductas, con lo que, en el fondo, se está reconociendo la existencia de elementos objetivos, más allá de las meras expresiones de las voluntades humanas, y con independencia de que cumplan o no con las reglas y formalidades democráticas que, desde una sola perspectiva, son capaces de limitar –de cierta manera– los ejercicios irrestrictos y arbitrarios, pero, que, en muchas ocasiones, no son suficientes para garantizar una justicia sustancial.

Históricamente se ha demostrado –por siglos– que constituye una sana práctica jurídica, la creación de un ordenamiento afín a sus raíces sociales y conformado en su cercanía; lo que favorece que ellas respondan realmente a las necesidades de las propias comunidades a las que rigen; pues está comprobado que la determinación de los cauces jurídicos, desde donde se origina un ordenamiento de Derecho, no bastan para garantizar su justicia ni la paz de una convivencia, porque, sin la primera, no es posible la segunda.

Por eso, el esquema norteamericano garantiza un derecho que es capaz de vivir adaptándose constantemente a las realidades sociales de los tiempos que rige, y, asimismo, sensible a las necesidades de cada época, lo que le permite mantenerse fiel a su finalidad de proveer soluciones justas a los conflictos surgidos en el día a día; pero, también, coadyuvar a un desarrollo institucional que garantice toda la serie de libertades indispensables para un desarrollo pacífico y armónico de las sociedades que regula.

Porque el Derecho no solo es norma que prohíbe o inhibe ciertas conductas, castigando sus incumplimientos, pues –no todo es penal–, sino que constituye también esa trama indispensable para el establecimiento de relaciones seguras que otorguen certeza a las diversas posibilidades de las relaciones sociales, no solo en el arranque, sino, desde luego, en su propio desempeño y desarrollo, hasta el logro final de sus objetivos.

De ahí, la importancia de la inclusión del *judicial review* en un sistema jurídico, pero, sobre todo, del reconocimiento de la división de poderes y de las funciones de cada uno de los actores políticos, de lo que dependerá el peso específico de la propia Corte Suprema, que, así podrá constituirse en efectiva guardiana de la legitimidad de las actuaciones y resoluciones de los otros dos poderes políticos.

Reconocer la falibilidad humana en el desempeño de los cargos legislativos y ejecutivos, y la posibilidad del involucramiento de intereses particulares o de grupo, no es nada nuevo ni extraño a cualquier ordenamiento jurídico. Por sabido, se calla. Sin embargo, es indispensable no dejar de reconocer, además, la importancia que tiene la labor democrática en la toma de decisiones fundamentales para la vida social. La realidad es que, los dos aspectos deben conjuntarse en la búsqueda de un sano y real equilibrio entre los poderes, mediante un ejercicio objetivo de justicia para los casos concretos, que, al final de cuentas, es en beneficio de todos y de cualquiera.

5. CONCLUSIONES: LA TRASCENDENCIA JURÍDICA DEL LEGADO JUDICIAL DE RUTH BADER GINSBURG

Al ser amplio y variado el legado judicial de Ruth Bader Ginsburg puede ser apreciado desde diferentes puntos de vista, y lo que aquí se plantea es la trascendencia de su perspectiva jurisprudencial y de su visión a largo plazo, no solo desde la óptica jurídica, sino desde su más profunda raíz social.

El trabajo de Ginsburg al interior del poder judicial norteamericano es una muestra concreta y palpable de la cercanía que el Derecho puede y debe tener con los hechos de la realidad humana; pues, ella siempre se mantuvo atenta a los acontecimientos de su propia experiencia y a los sucesos nacionales y avances internacionales, tomando en cuenta las consecuencias de estos en la vida cotidiana, mostrando un especial interés en la búsqueda de la equidad de género en todas sus expresiones. Al grado, incluso, de convertirse ella, en un icono de la lucha por lograrla.

De la revisión de su vida resulta una experiencia llena de datos indispensables para el conocimiento del impacto de las diferentes formas de discriminación por raza, género, profesión, etc., de donde la juez supo sacar conclusiones fundamentales para sus planteamientos jurídicos y, con el tiempo, para la argumentación de sus resoluciones judiciales.

Haber pertenecido a una familia judía hacia finales de la Segunda Guerra Mundial y haber vivido en Estados Unidos, no fue trivial, sino que cobró un gran sentido en la historia de Ruth Bader, quien fue capaz de comprender no solo el daño originado por el desprecio y medir hasta donde podían llegar las consecuencias de la falta de equidad en la valoración de los seres humanos.

La complejidad que resolvió durante su vida de recién casada, estudiando en prestigiosas universidades, con una hija pequeña y con la enfermedad de Martin, su esposo, le

demonstraron no solo su capacidad extraordinaria, sino la versatilidad de una mujer y la posibilidad de desempeñarse con éxito en sus diferentes responsabilidades y tareas.

Conocer, por otro lado, las dificultades y toda la serie de obstáculos que tuvo que sortear para lograr un trabajo a la altura de sus capacidades y sueños, le permitió tenerlos muy claros para el estudio de los casos sobre equidad de género en los que intervino, ya fuera como abogada postulante o como jueza, y, desde luego, le imprimió una claridad excepcional para desmenuzarlos en las clases que impartió.

Una vida rica en experiencia y compleja dieron por resultado una plena de conocimiento humano y, sobre todo, llena de realidad humana; la que, además, pudo plasmar a lo largo de toda su obra jurídica.

Dadas las características de la supremacía constitucional del poder judicial norteamericano, se comprende la importancia que tiene el *judicial review* para lograr un sano equilibrio entre la voluntad humana y la equidad que detentan las mayorías, y, al mismo tiempo, evitar los abusos de los poderes democráticos que pudieran estar contaminados por intereses de grupo o personales, mediante el tamiz de una revisión judicial capaz de juzgar los hechos a la luz de una justicia sustancial que equilibra las diferentes posturas y los conflictos.

La importancia de la discrecionalidad judicial es la que, precisamente, se aboca a la resolución justa de ellos, mediante una interpretación de las leyes lo suficientemente cercana a su propio texto, pero con la suficiente autoridad como para resolver con auténtica libertad y soltura, en pro de una justicia material y objetiva, a la que no hay que tenerle miedo, sino, todo lo contrario, en la que hay que confiar, al ser capaz de corregir discrepancias legales frente a una realidad humana que, en el fondo, aporta los suficientes asideros como para lograr una resolución justa de las controversias. Y no se trata de una interpretación escandalosa, sino por demás confiable.

Se trata de una manera de interpretar definida y que no necesariamente da paso a arbitrariedades ni abusos, sino que claramente es capaz de establecer cauces concretos y fácilmente reconocibles para todos.

Al respecto, la opinión de Gadamer muestra, con claridad, la posibilidad de que se establezca un diálogo en una actividad que es libre, pero que, al estar referida a un lugar común, es acotada, lo que permite una comprensión del fondo del mensaje que, perfectamente, puede ser compartida por las partes. Lo que en el fondo afirma, es la importancia que tiene la comprensión del mensaje que se emite en un primer momento, lo que hace factible que perdure en el tiempo.

Y esto, precisamente, es lo que Ruth Bader percibió en su obra, en la que mostró haber sido capaz de interpretar el sentido de fondo de aquellos precedentes judiciales que, mostrándose condescendientes con las mujeres, les imprimían roles y cartabones que implicaban una discriminación ramplante.

En el mismo sentido, van las consideraciones de Dworkin acerca de límites ciertos de una interpretación judicial que debe quedar sujeta a los principios morales que –en su opinión– son normas constitucionales adicionales a las constitucionales e, incluso, superiores a estas.

Desde estas dos perspectivas es posible adentrarse en la visión de los constituyentes, sin una consideración de literalidad de las consideraciones del Originalismo Intencionalista, y comprender sus disposiciones con una amplitud de criterio suficiente y capaz, como los de la jueza Ginsburg, de comprender y explicitar su sentido de fondo y actual.

Del significado que le demos al concepto de interpretación judicial dependerá la libertad con que los jueces realicen su labor y, en consencuencia, la construcción de un Derecho jurisprudencial que, desde épocas ancestrales, ha demostrado su eficacia en la resolución justa de los conflictos sociales.

Por eso que la apuesta del Constituyente norteamericano de establecer una justicia capaz de proteger los intereses y los derechos de los ciudadanos referida en su frase inicial: “*We, the people...*”³³ está vigente, y la labor de Ruth Bader colaboró a explicitarla en cuanto a rubros fundamentales como el de la equidad de género, demostrando, además el daño que causaban los estereotipos femeninos, pretendidamente protectores de las mujeres.

Y para aquellos que tienen miedo de la discrecionalidad judicial, es preciso decirles que, aunque se trata de que los jueces tengan facultades y libertades para la interpretación de las disposiciones jurídicas, esto no significa que la manera de hacerlo sea irrestricta, sino que sus límites son objetivos y, por lo tanto, a disposición del conocimiento de cualquiera y a su valoración, al estar relacionados –de manera evidente– con las necesidades y las circunstancias del caso, y de cara con la normatividad aplicable.

Hasta aquí, la cuestión de la interpretación judicial nunca había presentado problemas. Estos surgieron, en cambio, cuando la Modernidad suprimió las relaciones naturales de subordinación entre los hombres y cualquier referente objetivo, provocando que la única fuente de la justicia fuera la formal que media a las relaciones de los hombres, uno frente al otro, y ya sin las *cosas*³⁴ de por medio.

Sin embargo, el sistema norteamericano del *judicial review* ha demostrado en la obra de Ruth Bader Ginsburg y en la labor de sus jueces, que es posible contar con su labor integradora, equilibradora, interpretadora y libre, sin que esta sea necesariamente arbitraria o abusiva, sino constitutiva de una constante búsqueda del equilibrio entre democracia y justicia sustancial.

33 “Nosotros, la gente...” (La traducción es mía).

34 Y por *cosas* no entiendo las materiales, sino las jurídicas.

De ahí el valor fundamental del *judicial review* norteamericano frente al principal postulado del Positivismo Jurídico que establece la obligatoriedad de las normas a partir de criterios de validez formales y democráticos, ausentes de útiles y necesarios referentes objetivos de justicia sustancial que, el constituyente norteamericano sí supo ver, al establecerle límites a los otros dos poderes estatales: ejecutivo y legislativo.

En consecuencia, y como conclusión final, se puede afirmar que el Constituyente norteamericano evitó el monopolio estatal del Derecho al establecer el *judicial review*, reconociendo diferentes fuentes jurídicas y otorgándole plena validez de resoluciones judiciales, muchas de ellas –como las de la jueza Ginsburg– capaces de corregir discriminaciones y situaciones endémicas de conflictos sociales; mostrando, sin lugar a dudas, la importancia de que el Derecho surja cercano a su raíz social, la que no solo le da sentido, sino su contenido fundamental.

De ahí la trascendencia y el reconocimiento de la labor jurisprudencial de una mujer discreta como Ruth Bader Ginsburg, que, sin embargo, tuvo el enorme mérito de ser coherente en todos los aspectos de su vida personal, sus convicciones, sus intervenciones como abogada postulante, sus resoluciones judiciales y su labor docente, y quien logró hacer la diferencia.



LA SEGURIDAD SOCIAL COMO DERECHO HUMANO: RECUESTO DEL CONCEPTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

FERNANDO VILLASEÑOR RODRÍGUEZ*

RESUMEN: Este texto pretende hacer un balance teórico-conceptual sobre el derecho a la seguridad social (DSS) conforme con el derecho internacional. Con el objetivo de dar una noción sobre su historia y evolución, se analizará cómo está delimitada su conceptualización, así como los diferentes paradigmas que llegan hasta los pisos de protección social, su actual estándar de eficacia. Entre otros problemas, el DSS carece de una definición compartida, contenidos mínimos y obligaciones precisas para los estados. Un argumento subyacente en este recuento es que estos problemas, tanto conceptuales como contextuales, han facilitado el desuso y contravención del DSS en las jurisdicciones nacionales.

ABSTRACT: This text intends to make a theoretical-conceptual balance on the right to social security (RSS) by international law. In order to give an idea of the history and evolution of this right, it will be analyzed how its concept is delineated, as well as the different paradigms that have led to the social protection floors as its current standard of effectiveness. Among other problems, the RSS lacks a shared definition, minimum contents, and precise domestic obligations. An underlying argument in this analysis is that these problems have facilitated the implication and contravention of the RSS in national jurisdictions.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, seguridad social, DESC, justiciabilidad, protección social, Estado de bienestar

KEYWORDS: human rights, social security, ESCR, justiciability, social protection, welfare state.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. PROBLEMATIZACIÓN. II. ANTES DE QUE LA SEGURIDAD SOCIAL FUERA UN DERECHO. III. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. IV. LOS ESTÁNDARES MÍNIMOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA AMBIGÜEDAD DEL ARTÍCULO 9 DEL PIDESC. V. LA OBSERVACIÓN GENERAL N.º 19 (CG19). VI. PISOS DE PROTECCIÓN SOCIAL. VII. DISTINCIONES Y CONFUSIONES ENTRE CONCEPTOS DE SEGURIDAD SOCIAL PARA EL DERECHO INTERNACIONAL. A MANERA DE CONCLUSIÓN. FUENTES DE CONSULTA.

INTRODUCCIÓN

Aunque existe un desarrollo paralelo de la seguridad social en diversos países¹, su ideación y posicionamiento como derecho humano corresponde principalmente con el discurso del derecho internacional de posguerra.

* 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.

1 Destacando por supuesto la rica tradición que le corresponde a México como uno de los primeros países en adoptar a la seguridad social como una de sus insignias resultando de los movimientos revolucionarios a principios de siglo.

En efecto, la seguridad social comenzó en Occidente como un subproducto de la caridad para convertirse más tarde en una política pública. No obstante, en ambos casos la discrecionalidad y dependencia en las voluntades (de los más privilegiados económicamente o de los gobernantes en turno), implicó siempre limitaciones importantes. El paradigma de la seguridad social como derecho humano es un rompimiento relativamente reciente respecto de esta trayectoria histórica y, al menos en teoría, debería significar su transformación de dádiva a obligación jurídica. Pero ¿qué significa para efectos prácticos que la seguridad social sea un derecho humano? En este texto, se buscará ahondar sobre esta pregunta sobre la base de la definición (o como se explicará, indefinición) conceptual del DSS como base para su justiciabilidad.

El texto empieza por presentar la **problematización** del tema en sus términos generales. A continuación, el recuento inicia a partir de señalar breve y panorámicamente el contexto antes **de que la Seguridad Social fuera un Derecho**. En seguida, se hará referencia a los inicios del Siglo XX con la **Organización Internacional del Trabajo y la Declaración Universal de los Derechos Humanos**. Entrando propiamente en materia, la consolidación de la seguridad social como derecho humano se analizará conforme con **los estándares mínimos de seguridad social y la ambigüedad del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)**, así como su posterior reglamentación conforme con **la Observación General no. 19 (CG19)**.

El antecedente más directo para la justiciabilidad y realización será expuesto a partir de la referencia internacional a los **pisos de protección social**. Finalmente, se hará un balance sobre

las **distinciones y confusiones entre conceptos de seguridad social para el Derecho Internacional** en la actualidad, y se adelantaran los retos y perspectivas a futuro para la conceptualización y efectividad del derecho a la seguridad social **a manera de conclusión**.

I. PROBLEMATIZACIÓN

La falta de una definición común es probablemente el problema más importante para el derecho a la seguridad social. A pesar de que la Organización Internacional del Trabajo comúnmente se refiere a la seguridad social como:

“...la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente de trabajo, o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos.”²

2 Organización Internacional del Trabajo, *Administración de la Seguridad Social*, OIT, Ginebra, 1991, p. 9.

También la ante citada organización ha manifestado más recientemente que:

“Los conceptos de seguridad social y protección social han ido cambiando con el tiempo y en la actualidad se emplean en todo el mundo con significados diversos. Debido a esta diversidad de sentidos, resulta muy difícil formular una definición precisa de cada uno de estos conceptos, sobre todo porque ninguno se emplea de forma coherente, sino que sus significados varían considerablemente según el país y las organizaciones internacionales de que se trate.”³

Lo anterior, deja de manifiesto que no existe una definición unánime o legalmente unívoca y vinculante del derecho a la seguridad social. De hecho, este derecho se mantiene con uno de los conceptos más flexibles y heterogéneos, tanto en el derecho internacional como en los contextos nacionales. En cuanto a la justiciabilidad, tener una definición equívoca significa que no queda claro cuáles podrían ser las obligaciones precisas de los estados que ratifiquen los instrumentos internacionales sobre este derecho, o que incorporen este derecho en su constitución nacional.⁴

Aunque como práctica social y luego política pública ha tenido una larga historia, como derecho, la seguridad social se desarrolló primero en el derecho internacional y luego se adaptó en la legislación nacional de algunos países. En la siguiente sección se hará una recapitulación de dicho desarrollo, desde la edad media hasta la recomendación más reciente de la OIT. La razón de tal recuento histórico es resaltar la constante falta de una definición precisa del derecho a la seguridad social.

II. ANTES DE QUE LA SEGURIDAD SOCIAL FUERA UN DERECHO

La seguridad social tiene una fuerte afinidad histórica con el cristianismo, y en particular con la iglesia católica. Las Sagradas Escrituras consideraban sagrada la pobreza y, por lo tanto, abogaban por la caridad para los pobres y la atención médica para los enfermos.⁵ Sin embargo, con el advenimiento del protestantismo en el siglo XVI, la pobreza perdió su valor sacramental y la caridad compitió con la beneficencia. El sustituto para la virtud individual de la pobreza fue el deber social de la caridad, misma que implicaba que todo hombre debía de ayudar a un compañero necesitado, transfiriendo así el discurso sobre la ayuda a los pobres de la exclusividad de la Iglesia a la sociedad en general.⁶

Un segundo momento llegó en el siglo XVIII con la Ilustración francesa, cuando un mínimo de bienestar para las masas comenzó a considerarse como responsabilidad del

3 Organización Internacional del Trabajo, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa (ILC.100/VI)*, OIT, Ginebra, 2011, p. 8.

4 Put, Johan, “Social Security Rights” en Jef Van Langendonck (ed.), *The Right to Social Security*, Oxford: Intersentia Anterpen-Oxford, 2007. p. 187.

5 Mollat, Michell, *The Poor in the Middle Ages: An Essay in Social History*, New Haven: Yale University Press, 1986. Pp. 20-25.

6 Ewald, Francois, *History of the Welfare State*, Paris: Grasset, 1986. p. 44

Estado. En 1748 Montesquieu comentó que: “El Estado le debe a cada ciudadano cierta subsistencia, alimentación adecuada, ropa conveniente y un tipo de vida no incompatible con la salud”⁷. Y en 1755 su colega filósofo Jean-Jacques Rousseau agregó que: “la seguridad de las personas está tan íntimamente relacionada con la confederación pública que, más allá de la consideración que se debe prestar a la debilidad humana, esa convención en cuestión de derecho se disolvería, si en el Estado se dejara morir a un solo ciudadano que hubiera podido ser salvado...”⁸.

Estos dos Enciclopedistas también ayudaron a crear el modelo de seguridad social dependiente del trabajo. Sobre este tema, en *Del Espíritu de las Leyes* Montesquieu postula que: “Un hombre no es pobre porque no tiene nada, sino porque no trabaja. El hombre que sin ningún grado de riqueza tiene un empleo se siente tan a gusto como el que sin trabajo tiene un ingreso de cien coronas al año.”⁹. Rousseau también propone el trabajo como el medio principal para asegurar la igualdad y advierte que: “El hombre en sociedad está obligado a trabajar; rico o pobre, débil o fuerte, todo holgazán es un ladrón”¹⁰.

El bienestar subordinado al trabajo vendría con toda su fuerza inmediatamente después de la Revolución Francesa. Por un lado, en 1793 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano reconoció que: “El bienestar público es una deuda sagrada. La sociedad debe manutención a los ciudadanos desafortunados, ya sea proporcionándoles trabajo o proporcionándoles los medios de subsistencia a quienes no pueden trabajar”¹¹. Por otro lado, con la secularización del Estado, cada individuo se volvió responsable de sí mismo.

El enfoque de *laissez passer*¹² sería influyente en toda Europa hasta la segunda mitad del siglo XIX, cuando los gobiernos tuvieron que lidiar con el pauperismo y los accidentes laborales debido a la industrialización demasiado acelerada.¹³ La creciente presión de los movimientos socialistas y obreros llevó al Canciller Otto von Bismarck a diseñar y establecer un sistema de seguridad social. Aunque originalmente se limitó a los trabajadores industriales, este sistema se extendió gradualmente a otras profesiones, aunque no llegó nunca a cubrir a los desempleados.¹⁴

7 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2007. Libro XXIII, Capítulo XXIX (Asilos y Hospitales) pp. 350-351.

8 Rousseau, Jean Jacques, *A Discourse On Political Economy*, 1755, disponible en línea en: <http://www.constitution.org/jjr/polecon.htm>.

9 Montesquieu, *Op. Cit.* P. 195.

10 Rousseau, Jean Jacques, *Emile, or Education*, Traducido por Barbara Foxley. 1762, disponible en línea en: <http://oll.libertyfund.org/titles/rousseau-emile-or-education>

11 *Liberty, Equality, Fraternity: Exploring the French Revolution*, Nueva York: American Social History Productions, 2001, disponible en línea en: <http://www.columbia.edu/~iw6/docs/dec1793.html>.

12 Popularizado por Adam Smith en su libro “La teoría de los sentimientos morales”. Cfr. Smith, Adam, *The Theory of Moral Sentiments*, New York: Gutenberg Publishers, 2011.

13 Bottini, Fabien, “The Roots of the French Welfare State” en la Revista *Jurisprudence*, (2013) 20:2 Mykolo Romero University. P. 643.

14 Carrillo Prieto, Ignacio, *Derecho de la Seguridad Social*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. P. 32.

El ejemplo alemán comenzó a ser emulado por otros países occidentales, entre ellos Inglaterra con su Ley de Seguridad Social (1911), Francia con su Ley de Seguridad Social (1930) y Estados Unidos con su Acta de Seguridad Social (1935).¹⁵ Finalmente, después de la Segunda Guerra Mundial y bajo las recomendaciones del Informe Beveridge, Gran Bretaña puso en marcha un vasto sistema que unificó los programas y las leyes anteriores en un solo esquema de seguros. El plan de seguro “Beveridge” tuvo tanto éxito que se convirtió en el modelo respaldado por la ONU prácticamente hasta nuestros días.¹⁶

III. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Junto con la Declaración de Filadelfia del 10 de mayo de 1944¹⁷, la OIT emitió el primer instrumento internacional sobre seguridad social: la Recomendación sobre la seguridad de los ingresos, también conocida como (R067)¹⁸. En ella, se sugieren esquemas de seguridad sobre los ingresos para aliviar la necesidad, prevenir la indigencia y restaurar los ingresos que se pierden por incapacidad laboral o fallecimiento del proveedor del sustento familiar. La R067 también estableció una división entre el seguro social (que cubría a los trabajadores y a quienes cotizaban por cuenta propia) y la asistencia social (que cubría a los niños, los ancianos, las viudas y los incapacitados permanentemente para trabajar)¹⁹.

En 1948, la DUDH estableció a la seguridad social como un derecho humano. Al respecto, se deben analizar en paralelo dos artículos de la DUDH, ya que el artículo 22 reconoce que:

“Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

Mientras que el artículo 25 establece que:

15 Herce, José Antonio & Juan Fernando Jimeno, *La reforma de las pensiones en el contexto internacional*, Ciudad de México: Editorial UNAM, 2006. P. 164

16 Solís, Fernando & Alejandro Villagómez (comps.), *La seguridad social en México*, Ciudad de México: Editorial UNAM, 2011. P. 156; y Martin Lengwiler, “Cultural, Meanings of Social Security in Postwar Europe”, en *Social Science History* (2015) 39:1. P.85.

17 “III. La Conferencia reconoce la solemne obligación de la Organización Internacional del Trabajo de promover entre las naciones del mundo programas que logren... (f) la extensión de las medidas de seguridad social para proporcionar un ingreso básico a todos los que necesitan tal protección y atención médica integral” (OIT, Declaración de Filadelfia, 1944).

18 OIT, *Recomendación sobre seguridad de los ingresos (R067)*1944, p. 1 a 4.

19 *Ídem*.

“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad...”

La lectura en paralelo de estos dos artículos es un tanto confusa. La primera frase del artículo 22 anuncia el derecho a la seguridad social, pero el contenido de ese derecho no aparece sino hasta el artículo 25. Como señala Johannes Morsink: “La anomalía es que la frase “seguridad social” y su lista enunciativa están divididas, ya que el adjetivo “social” se omitió en el artículo 25. El texto dividido fue causado por un error administrativo, que pasó desapercibido durante un tiempo y causó muchos problemas al ser descubierto”²⁰.

El “error administrativo” antes mencionado influyó en cómo se debatiría, definiría y aplicaría el DSS a partir de entonces. Mientras que el artículo 22 contiene un derecho de tipo amplio y vagamente humanitario, el artículo 25 contiene una definición jurídica más técnica y estandarizada con el adjetivo “social” suprimido. Teniendo dos posibles significados, cada país podría elegir la interpretación que resultara más favorable a sus intereses y eso fue precisamente lo que ocurrió.

Además, hubo un fuerte desacuerdo entre los puntos de vista comunista y capitalista sobre el financiamiento del bienestar²¹. Tal desacuerdo llevó a una interpretación minimalista de los beneficios enumerados en el artículo 25.²² Con el objetivo de negar un derecho a un esquema de seguro administrado o incluso financiado por el estado, “el consenso sobre la lista fue que los elementos señalados en ella eran parte del derecho de a la seguridad (social) en su conjunto, pero que los medios para implementar ese derecho deberían dejarse a la discreción de cada estado.”²³

La DUDH estableció así el papel del Estado como facilitador en lugar de garante; su deber podría cumplirse con la mera promoción y fiscalización del derecho a la seguridad social en lugar de proporcionarlo directamente.²⁴ Además, los beneficios de tal derecho parecen quedar reservados a los trabajadores y sus dependientes (en caso de

20 Morsink, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2000. P. 200.

21 Un comentario notable que resume la oposición a los derechos sociales proviene de Maurice Cranston cuando afirma que “lo que han hecho los comunistas modernos es apropiarse de la palabra “derechos” por los principios en los que creen”. Cranston, Maurice, *Human Rights Today*, Londres: Ampersand, 1962. Pp. 38-39.

22 Para un recuento más detallado sobre la división entre capitalismo y socialismo en el contexto de los DESC se sugiere revisar: Villaseñor, Fernando, “Justiciabilidad de los derechos sociales: una discusión inacabada” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, Vol. 43, 2019.

23 “De esta manera, los redactores se negaron a vincular su declaración a ninguna forma específica de organizar una economía nacional. Como lo habían hecho en el caso de los derechos de propiedad, querían permitir las opciones de economías mixtas y paquetes de seguridad social”. Morsink, Johannes, *Op. Cit.* P. 210.

24 Young, Katharine, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford: Oxford University Press 2012.

desempleo), estableciendo así un paradigma que privilegia a los hombres empleados formalmente sobre cualquier otro grupo demográfico. En muchas naciones, las circunstancias anteriores permitieron el modelo patriarcal de organización económica y familiar, así como al paradigma de la dependencia laboral.²⁵

IV. LOS ESTÁNDARES MÍNIMOS DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA AMBIGÜEDAD DEL ARTÍCULO 9 DEL PIDESC

Comúnmente reconocido como el instrumento base para los “estándares mínimos de seguridad social”, el Convenio de la OIT de 1952 (C102) se convirtió en el primer instrumento internacional en establecer las nueve ramas a ser cubiertas por la seguridad social, a saber: atención médica, prestaciones por enfermedad, prestaciones por desempleo, prestaciones por vejez, prestaciones por accidentes de trabajo, prestaciones familiares, prestaciones por maternidad, prestaciones por invalidez y prestaciones para sobrevivientes y deudos del fallecido.²⁶ Estas prestaciones se otorgaron principalmente habiendo de por medio una falta de empleo parcial o total, y variaron con cada estado en términos de la población cubierta, así como del alcance y nivel de beneficios proporcionados.²⁷

Aunque el C102 sigue siendo el convenio insignia sobre seguridad social, no reconoció a éste como un derecho *per se* (como sí lo hizo la DUDH), ni distinguió entre seguridad y asistencia sociales. Más significativamente, una vez más los empleados y burócratas fueron privilegiados sobre el resto de la población. Por lo tanto, e incluso aunque el C102 no impone una forma específica de financiación para el régimen de seguridad social,²⁸ persisten las características del seguro social con su modelo patriarcal de organización económica y familiar.²⁹

25 “Uno de los efectos negativos de fusionar el derecho a la atención médica en el artículo sobre la seguridad social es que (estrictamente hablando) los derechos de una persona a la alimentación, el vestido, la vivienda, la atención médica y los servicios sociales ahora dependen de su condición. un miembro de un hogar o una familia con un sostén de familia, que estaba empleado o, como dice el artículo, desempleado “por razones que escapan a su control”. Esta fusión, en efecto, mató la existencia independiente del derecho a la atención médica y los otros derechos (a la alimentación, el vestido y la vivienda) que son medios para ayudar a uno a obtener y mantener una buena salud... En su deseo de brevedad, la Tercera Sesión fusionó estos derechos sobre los derechos que los trabajadores tienen a la seguridad social para ellos y sus familias”. Morsink, Johannes, *Op. Cit.* Pp. 198-199.

26 OIT, C102, 1952. Partes II a X.

27 Reynaud, Emmanuel, “The Right to Social Security – Current Challenges in International Perspective” en Eibe Riedel, *Social Security as a Human Right, Drafting a General Comment on Article 9 ICESCR – Some Challenges*, Berlin: Springer Publishing, 2007. P. 1.

28 “Artículo 71. El costo de las prestaciones otorgadas en cumplimiento de este Convenio y el costo de la administración de dichas prestaciones serán sufragados colectivamente por concepto de cotizaciones al seguro o impuestos o ambos...” OIT, C102, 1952.

29 La Convención sólo establece los términos de esposa “como mujer mantenida por su esposo” (artículo 1 (c)); una viuda “como una mujer mantenida por su marido en el momento de su muerte”. (Artículo 1 (d)); e hijo “como niño en edad escolar o menor de 15 años, según se prescriba” (Artículo 1 (e)) OIT, C102, 1952. Por su parte, el término “sostén de familia” aparece explícitamente en este Convención 30 veces. En muchos casos se utiliza para describir la necesidad de otorgar algún tipo de beneficios a la

Para 1966, la ambigüedad en la redacción legal del DSS se agravaría con el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ya que su artículo 9 solo reconoce que: “Los Estados Parte del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluido el seguro social”³⁰. Siendo el artículo 9 el más breve del pacto y formulado de manera muy general y abstracta, el contenido específico y los límites del derecho a la seguridad social no son claros. Eibe Riedel explica que esto ocurrió así porque “los redactores fueron claramente de la opinión de que el artículo 9 debería ser visto en conjunto con los artículos 22 y 25 de la DUDH y en particular el Convenio núm. 102 de la OIT”³¹. En este sentido, se pueden encontrar otras disposiciones diversas sobre seguridad social en el artículo 10 del mismo pacto que indica:

- “1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo...
2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social...”³².

Así como el artículo 11 que establece:

- “1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”³³.

Como puede observarse, existe un entretreído entre los artículos 9, 10 y 11 del PIDESC, análogo al de los artículos 22 y 25 de la DUDH. Si bien el artículo 9 parece referirse particularmente a la seguridad social, los artículos 10 y 11 tienen un alcance más amplio y parecen apuntar a la asistencia social financiada con impuestos. Así, Jennifer

viuda e hijos a su muerte (artículos 32, 33, 36, 37, 60); en otros, se le define como un “trabajador manual calificado” o como un “hombre económicamente activo” (artículos 65 y 66).

30 Artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consultado en: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>.

31 Riedel, Eibe, *Op. Cit.* P. 21.

32 Artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

33 Article 11. *Idem*.

Tooze³⁴ ha identificado dos enfoques diferentes para tal dilema: 1) El “enfoque de división”, que analiza el Artículo 9 y los Artículos 10 y 11 por separado, y 2) El “enfoque de integración” que considera los Artículos 9, 10 y 11 como parte de un mismo continuo.

Teniendo dos enfoques posibles, como es habitual, cada estado eligió el que mejor se adaptaba a sus necesidades. En la práctica, la mayoría de los estados cubrían primero a los empleados públicos y luego gradualmente comenzaron a cubrir a los empleados privados. Asimismo, los trabajadores rurales, del sector informal, las mujeres solteras, las personas con discapacidad y quienes no eran residentes quedaban descubiertos conforme con los esquemas anteriores.

Además, según Francois Merrien, desde la década de 1980 la asistencia pública se redujo en todo el mundo bajo el pretexto de que: “el crecimiento económico eventualmente produciría mejoras en el nivel de vida de la población a medida que ingresaran gradualmente al sector productivo moderno”³⁵. Pero las crisis económicas de finales del Siglo XX demostraron en todo el mundo que tal pretensión era incorrecta y como medida de respuesta, a fines de la década de 1990, se desarrollaron a nivel nacional programas de redes de seguridad a corto plazo³⁶ que recibieron el respaldo del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.³⁷ No obstante, esos programas más recientemente han recibido fuertes críticas internacionales por ser “políticamente convenientes, socialmente estigmatizantes, fiscalmente inasequibles y generadoras de dependencia”³⁸.

A principios de la década de 2000, la “asistencia social” estaba ganando importancia por encima de la “seguridad social” en el debate internacional. La OIT inició una campaña para extender un DSS básico en los países en desarrollo y comenzaron a adquirir relevancia los Programas de Transferencia Condicional de Efectivo (CCT por sus siglas en inglés).³⁹ La agenda de “seguridad social para todos” continuó siendo impulsada por

34 Tooze, Jennifer, “The Rights to Social Security and Social Assistance: Towards an Analytical Framework” en Baderin, Mashood & Robert McCorquodale, *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, Oxford: Oxford Scholarship Online, 2009. Pp. 331-361.

35 Merrien, François-Xavier, “Social Protection as Development Policy: A New International Agenda for Action” en *The Graduate Institute Geneva* (2013) 4:2, p. 89

36 Los programas de redes de seguridad se basan en transferencias monetarias o en el suministro de alimentos, generalmente combinados con programas de recuperación (como los programas de obras públicas) para evitar la “trampa de la dependencia”. Ver Gentilini, Umberto, “Mainstreaming Safety Nets in the Social Protection Policy Agenda: A New Vision or the Same Old Perspective?” en: *Journal of Agricultural and Development Economics* (2007) 2:2, p. 133.

37 Townsend, Peter, “From Universalism to Safety Nets: The Rise and Fall of Keynesian Influence on Social Development” en Thandika Mkandawire, (ed.), *Social Policy in a Development Context*, Palgrave, 2004. Pp. 37-62.

38 Devereux, Stephen, J. Allister McGregor & Rachel Sabates-Wheeler, “Social Protection for Social Justice” en: *IDS Bulletin, Special Issue: Social Protection for Social Justice* (2011) 42:6, P. 1.

39 Los casos utilizados para probar esta afirmación fueron los esquemas de Transferencia Condicionada en Efectivo de América Latina como el Programa Mexicano Oportunidades. Ver “Can Low Income Countries Afford Basic Social Security?” en *Social Security Policy Briefing, Paper 3*, OIT, 2008, disponible en línea en: <https://www.ilo.org/gimi/gess/ShowRessource.action?ressource.ressourceId=595>.

la ONU en noviembre de 2007 cuando el Comité de Derechos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas (CDESC) adoptó la Observación General Número 19 (GC19).

V. LA OBSERVACIÓN GENERAL N.º 19 (CG19)

Probablemente, la CG19 ofrece la interpretación internacional más completa del derecho a la seguridad social hasta el día de hoy. Para empezar, establece una base clara para este derecho conforme al artículo 9 del PIDESC, poniendo fin al debate entre los enfoques de división e integración. La GC19 también establece para el derecho a la seguridad social: 1) Delimitación práctica⁴⁰; 2) Elementos básicos⁴¹; 3) Aplicación no discriminatoria⁴²; 4) Obligaciones de los Estados; 5) Cobertura del Estado tanto en esquemas públicos como privados⁴³; 6) Infracciones⁴⁴ y; 7) Seguimiento, indicadores y puntos de referencia.⁴⁵

40 2. El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.

41 Los elementos del derecho a la seguridad social son:

Disponibilidad – sistema de seguridad social

Riesgos e imprevistos sociales

Nivel suficiente

Accesibilidad

Relación con otros derechos

42 Incluyendo al menos mandatos específicos respecto de:

No discriminación e igualdad

Igualdad de género

Trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social (trabajadores a jornada parcial, trabajadores ocasionales, empleados por cuenta propia y personas que trabajan en su domicilio).

Economía no estructurada

Poblaciones indígenas y grupos minoritarios

No nacionales (incluidos los trabajadores migratorios, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas).

Desplazados e inmigrantes internos

43 46. Cuando los planes de seguridad social, ya sean contributivos o no contributivos, son administrados o controlados por terceras partes, los Estados Partes conservan la responsabilidad de administrar el sistema nacional de seguridad social y asegurar que los agentes del sector privado no pongan en peligro un sistema de seguridad social en condiciones de igualdad, suficiente, al alcance de todos y accesible. Para impedir estos abusos, debe establecerse un sistema regulador eficaz, que incluya una legislación marco, una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de sanciones en caso de incumplimiento.

44 62. Para probar el cumplimiento de sus obligaciones generales y particulares, los Estados Partes deben demostrar que han tomado las medidas necesarias a fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social hasta el máximo de los recursos de que disponen y que han garantizado el disfrute de ese derecho sin discriminación tanto por los hombres como por las mujeres por igual (artículos 2 y 3 del Pacto), de conformidad con el derecho internacional, el no actuar de buena fe para tomar estas medidas constituye una violación del Pacto.

45 74. Los Estados Partes están obligados a vigilar eficazmente el ejercicio del derecho a la seguridad social y deben establecer los mecanismos o instituciones necesarios para tal fin. En el seguimiento

La CG19 también proporciona una guía concreta, clara y práctica de los deberes mínimos que debe cubrir cada estado para cumplir con el Artículo 9. Dichos deberes se conocen como “Obligaciones Básicas” e incluyen: a) asegurar el acceso a un esquema de seguridad social que permita a todas las personas y familias contar con atención médica, albergue y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más básicas de educación, o en su defecto que cubra un núcleo de riesgos y contingencias sociales; b) garantizar este acceso de forma no discriminatoria, especialmente para las personas y grupos desfavorecidos y marginados; c) respetar los regímenes de seguridad social existentes y protegerlos de interferencias irrazonables; d) monitorear el alcance de la realización del derecho a la seguridad social y; e) utilizar todos los recursos que estén a su alcance con el fin de satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas.⁴⁶

Además, la GC19 aclara que la implementación práctica del DSS requiere que cada estado tome las medidas necesarias para garantizar que todos disfruten de ese derecho lo antes posible. Estas medidas incluyen la creación de leyes, estrategias, políticas y programas, y la adaptación de los existentes para garantizar que sean compatibles con las obligaciones derivadas del artículo 9⁴⁷. De forma muy importante, la CG19 exige un sistema nacional de seguridad social que sea sostenible, inclusivo, no discriminatorio, constantemente monitoreado y que incluya metas y objetivos claros⁴⁸. Dicho sistema debe basarse en los principios de rendición de cuentas y transparencia que son obligaciones del Estado y que lo deberá seguir siendo incluso si su implementación se delega en autoridades regionales o locales más adelante.⁴⁹

Finalmente, la GC19 proporciona recursos legales para cualquier persona o grupo que haya experimentado violaciones contra su DSS. Estos recursos pueden ser judiciales o de otro tipo, tanto a nivel nacional como internacional, y deben garantizar una reparación adecuada, incluida la restitución, indemnización, satisfacción y otorgar garantías de no repetición. Además, se da legitimación a los defensores del pueblo de cada nación, a las comisiones de derechos humanos y las instituciones nacionales de derechos humanos. En este sentido, la CG19 sugiere incorporar el PIDESC al derecho interno a fin de mejorar el alcance y la efectividad de las medidas correctivas, permitiendo así a los tribunales adjudicar el DSS por medio de referencia directa al pacto.⁵⁰

Pero a pesar de todas estas ventajas, la CG19 tiene un problema significativo dentro de su propia naturaleza jurídica. Y es que los Comentarios Generales son solo “normas no vinculantes que interpretan y detallan a los derechos y obligaciones contenidos

de los progresos alcanzados en el ejercicio del derecho a la seguridad social, los Estados Partes deben determinar los factores y dificultades que obstaculicen el cumplimiento de sus obligaciones.

46 GC19 (Artículo 59).

47 GC19 (Artículo 75).

48 GC19 (Artículo 68).

49 GC19 (Artículo 73).

50 OIT, *Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies*, Londres, OIT, 2004. Par. 18.

en los respectivos tratados de derechos humanos”⁵¹. Por lo tanto, “si bien los Estados los probablemente los considerarán detenidamente, es posible que no los apliquen de forma natural o vinculante”⁵².

VI. PISOS DE PROTECCIÓN SOCIAL

El enfoque amplio, basado en el desarrollo y en los derechos sustantivos sufrió un revés con la crisis económica mundial de 2008-2009. En este sentido, durante su 100ª Conferencia Laboral, la OIT reconoció que la canónica C102 no había logrado alcanzar un paquete de beneficios mínimos definidos conforme con la cobertura universal.⁵³ Así, se elaboró un nuevo mecanismo de “extensión de cobertura horizontal” al que se le denominó Piso de Protección Social (PPS).

En 2011, la OIT reconoció que “[existía] la necesidad de una Recomendación que complementara las normas existentes y que proporcionara una orientación flexible pero significativa a los Estados Miembros en la construcción de un piso de protección social dentro de sistemas integrales de seguridad social adaptados a las circunstancias y niveles de desarrollo nacionales”⁵⁴. En este sentido, en junio de 2012 la OIT emitió su Recomendación sobre pisos de protección social (R202) “para establecer o mantener los pisos de protección social como elementos fundamentales de los sistemas nacionales de seguridad social, y extenderlos para garantizar niveles más altos de seguridad social para el mayor número posible de personas.”⁵⁵

Junto con la Recomendación, se estableció un concepto formal sobre el piso de protección social entendido como un “conjunto de garantías básicas de seguridad social definidas a nivel nacional que garantizan una protección destinada a prevenir o aliviar la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social”⁵⁶. La R202 requiere que tales garantías aseguren el acceso a todos los que lo necesitan y establece como mínimo garantizar el acceso “a la atención médica esencial, la seguridad básica del ingreso y los bienes y servicios, definidos como necesarios a nivel nacional”⁵⁷.

51 Helen Keller & Leena Grover, “General Comments of the Human Rights Committee and their Legitimacy” en Helen Keller & Geir Ulfstein (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012. P. 129.

52 International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies*, Londres, ILA, 2004. Nota 55, Par. 16.

53 ILC.100/VI.VI Informe de la Conferencia Internacional del Trabajo, Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa. Discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social) en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, sexto punto de la agenda. 100º período de sesiones, Génova, June 2011. P. 147.

54 ILC. 2011a. “Conclusiones relativas a la discusión recurrente sobre protección social (seguridad social)”, en la CIT, Resoluciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 100ª reunión.

55 Recomendación sobre los pisos de protección social (Ginebra, OIT, 2012), párrafo 1. (En adelante, PPS).

56 PPS Par. 2.

57 PPS. Par. 4 y 5.

La R202 también exige que sus primeros beneficiarios sean niños (independientemente de su estatus de residencia), así como personas mayores y personas que no puedan obtener ingresos suficientes (residentes del estado parte)⁵⁸. Además, la R202 establece que el piso de protección social debe ser establecido por una ley nacional que especifique el rango, las condiciones de calificación y los niveles de los beneficios, y proporcione acceso gratuito a procedimientos de apelación imparciales, transparentes, efectivos, simples, rápidos y accesibles.⁵⁹ Finalmente, en los párrafos 8 al 12, la R202 proporciona una serie de sugerencias de políticas públicas a fin de implementar el PPS, pero sigue dejando su interpretación abierta para cada estado.⁶⁰

Así, la R202 como la mayoría de los instrumentos internacionales que le antecedieron deja los contenidos, límites y mecanismos de reclamación del PPS a cada estado parte. En términos prácticos, esto significa que el PPS está sujeto a las ideologías económicas y políticas del gobierno en turno. Por tanto, la R202 presenta una visión de la seguridad social que en la práctica es: 1) propensa a la manipulación por parte de los agentes políticos; 2) separada de la perspectiva basada en derechos y; 3) poco clara en su jerarquía entre los instrumentos anteriores que rigen el DSS.

Respecto a este último punto, la R202 tiene un problema similar a la GC19. Mientras que los convenios de la OIT ratificados tienen el mismo efecto vinculante que los tratados y pueden invocarse en la mayoría de los tribunales nacionales⁶¹, las recomendaciones de la OIT no tienen fuerza vinculante y solo tienen la intención de proporcionar orientación para la formulación de leyes y políticas públicas⁶². En este sentido, al tener una guía internacional equívoca, de contenido abierto y no vinculante proporciona poca o ninguna ayuda para hacer justiciable y concreto al DSS.

Peor aún, los PPS en la R202 son menos sólidos y están peor fundamentados que los estándares establecidos por el C102 y la GC19. No obstante, según Virginia Leary la razón para promover una acción internacional para adoptar el concepto de PPS es que “los sistemas de seguridad social, que alguna vez fueron el foco de la crítica política neoclásica durante décadas, ahora son reconocidos como importantes estabilizadores sociales y económicos”⁶³.

58 PPS Par. 5 y 6.

59 PPS Par. 7-11.

60 PPS Par. 8 (d).

61 Ver Leary, Virginia A. & Daniel Harry Warner (eds.), *Social Issues, Globalisation and International Institution: Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Amsterdam: Nijhoff Leiden, 2006. Pp. 77-95.

62 Sauer, Heiko, “International Labour Organization (ILO)” en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford International Public Law, 2014. Par. 15.

63 Cichon, Michael, Christina Behrendt & Veronika Wodsa, *The UN Social Protection Floor Initiative: Moving forward with the Extension of Social Security (ILO, IPG 2 /2011)*. P. 4.

VII. DISTINCIONES Y CONFUSIONES ENTRE CONCEPTOS DE SEGURIDAD SOCIAL PARA EL DERECHO INTERNACIONAL

Como se ha explicado, para la OIT, los conceptos de seguridad social, asistencia y seguro social se han convertido en sinónimos desde la R202 de 2012. La distinción práctica se ha centrado desde entonces en identificar si los programas son contributivos (seguridad social) o no contributivos (prestaciones sociales universales o específicas en efectivo y en especie o asistencia social sujeta a verificación de recursos). Pero a pesar de que la OIT es la organización internacional más importante para establecer normas sobre seguridad social, las definiciones varían ampliamente en otras organizaciones y entre los propios países.

La OCDE, por ejemplo, reconoce que existen superposiciones e interrelaciones entre los términos de prestaciones sociales⁶⁴, asistencia social, seguridad social y seguro social. Sin embargo, esta organización también reconoce que tales términos no son necesariamente autoexplicativos y no siempre se usan de manera consistente, especialmente cuando se hacen comparaciones entre países con diferentes estructuras institucionales. Teniendo en cuenta estos problemas, la OCDE propuso en 2013 un marco teórico para estandarizar los tipos de esquemas que brindan beneficios sociales dividiéndolos en: a) regímenes de asistencia social, y b) regímenes de seguridad social (divididos a su vez en: b1) regímenes de seguridad social (en sentido estricto), y b2) seguro social relacionado con el empleo).

- a) **Regímenes de asistencia social:** comprenden prestaciones sociales proporcionadas en efectivo para la población en general o para segmentos de la población, financiadas por el gobierno general y sin contribuciones directas al régimen por parte de los beneficiarios potenciales. Los beneficios pueden estar disponibles universalmente, como una pensión pagada a toda la población mayor de cierta edad o a todas las personas con una discapacidad específica. Más comúnmente, los beneficiarios suelen tener que cumplir con otras condiciones. En particular, los beneficios a menudo se someten a una “comprobación de recursos”, es decir, están disponibles solo para personas con ingresos y activos por debajo de los umbrales especificados, y es probable que se requieran condiciones adicionales para beneficios particulares. Por ejemplo, las personas desempleadas pueden ser elegibles para las prestaciones por desempleo solo si pueden demostrar que están activamente buscando empleo.

64 Los beneficios sociales son los pagos que se hacen a los hogares como parte de la asistencia social, la seguridad y otros seguros sociales, o transferencias sociales en especie. Los pagos se realizan cuando ocurren ciertos eventos, o existen ciertas condiciones, que pueden afectar negativamente el bienestar de los hogares afectados, ya sea imponiendo demandas adicionales sobre sus recursos o reduciendo sus ingresos. Los beneficios sociales pueden proporcionarse en efectivo o en especie. OCDE, *Marco de estadísticas sobre la distribución de la renta, el consumo y la riqueza de los hogares*, París: OCDE, 2013. P. 225.

b) Regímenes de seguridad social: comprenden las prestaciones sociales que se proporcionan a los participantes que cumplen al menos una de las siguientes condiciones:

- i. La participación en el régimen es obligatoria por ley o según los términos y condiciones de empleo de un empleado o grupo de empleados.
- ii. El régimen es colectivo y se administra en beneficio de un grupo designado de trabajadores, ya sean empleados o no, y la participación está restringida a los miembros de ese grupo.
- iii. Un empleador hace una contribución al régimen en nombre de un empleado, independientemente de que el empleado también haga una contribución.

b.1) Los regímenes de seguridad social (en sentido estricto) son gestionados por el gobierno general. Pueden operar en nombre de toda la población o en nombre de segmentos específicos de la población. Los empleadores pueden proporcionar contribuciones sociales a los regímenes de seguridad social, pero la responsabilidad total de pagar las prestaciones recae en el gobierno general.

b.2) El seguro social relacionado con el empleo es cualquier tipo de seguro social distinto de la seguridad social y, como su denominación lo indica, siempre está condicionado al empleo. Los sistemas establecidos por los gobiernos para proporcionar pensiones u otras prestaciones sociales a sus propios empleados, incluido el personal de defensa, son normalmente un seguro social relacionado con el empleo y no se consideran seguridad social.

Sin perjuicio de las distinciones anteriores, es importante recordar que toda la legislación y las recomendaciones internacionales relativas a la implementación del DSS delegan ese esfuerzo en cada estado parte. Así las cosas, del análisis histórico y el contexto específico para el desarrollo de los DESC parece ser que la “confusión semántica” tiene el propósito de establecer una interpretación discrecional, limitada y condicionada al trabajo formal y remunerado para el DSS.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Este texto proporcionó varias de las definiciones existentes para el DSS en el derecho internacional contemporáneo. Debido a tal cúmulo de definiciones, se argumentó que existe una falta de consenso, que a su vez dificulta la garantía y realización de tal derecho. Este texto también sostuvo que, dado que los documentos internacionales delegan los estándares de cumplimiento a cada estado miembro, la indeterminación del DSS es consustancial e inseparable a su efecto práctico y justiciable. En ocasiones, algunos países aprovechan esta indeterminación consciente e intencionadamente para convertir dicho derecho en letra muerta. Empero, un primer paso que intentó dar

este análisis es manifestar la necesidad de resignificar este derecho a fin de que tenga aplicación concreta en jurisdicciones nacionales.

FUENTES DE CONSULTA

- Baderin, Mashood & Robert McCorquodale, *Economic, Social, and Cultural Rights in Action*, Oxford: Oxford Scholarship Online, 2009.
- Bottini, Fabien “The Roots of the French Welfare State” en la *Revista Jurisprudence*, (2013) 20:2 Mykolo Romerio University. P. 643.
- Carrillo Prieto, Ignacio, *Derecho de la Seguridad Social, Ciudad de México*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. P. 32.
- Cranston, Maurice, *Human Rights Today*, Londres: Ampersand, 1992.
- Cichon, Michael, Christina Behrendt & Veronika Wodsa, *The UN Social Protection Floor Initiative: Moving forward with the Extension of Social Security* (ILO, IPG 2 /2011)
- Devereux, Stephen J. Allister McGregor & Rachel Sabates-Wheeler, “Social Protection for Social Justice” en: IDS Bulletin, Special Issue: Social Protection for Social Justice (2011) 42:6.
- Ewald, Francois, *History of the Welfare State*, Paris: Grasset, 1986.
- Gentilini, Umberto, “Mainstreaming Safety Nets in the Social Protection Policy Agenda: A New Vision or the Same Old Perspective?” en *Journal of Agricultural and Development Economics* (2007) 2:2.
- Herce, José Antonio & Juan Fernando Jimeno, *La reforma de las pensiones en el contexto internacional*, Ciudad de México: Editorial UNAM, 2006. P. 164
- International Law Association, Committee on International Human Rights Law and Practice, *Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies*, Londres, ILA, 2004
- Keller, Helen & Geir Ulfstein (eds.), *UN Human Rights Treaty Bodies: Law and Legitimacy*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Leary, Virginia A. & Daniel Harry Warner (eds.), *Social Issues, Globalisation and International Institution: Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Amsterdam: Nijhoff Leiden, 2006.
- Lengwiler, Martin, “Cultural, Meanings of Social Security in Postwar Europe”, en *Social Science History* (2015) 39:1. P.85.
- Merrien, François-Xavier, “Social Protection as Development Policy: A New International Agenda for Action” en *The Graduate Institute Geneva* (2013) 4:2.
- Mkandawire, Thandika, (ed.), *Social Policy in a Development Context*, Palgrave, 2004.
- Mollat, Michell, *The Poor in the Middle Ages: An Essay in Social History*, New Haven: Yale University Press, 1986.
- Montesquieu, Charles Louis de Secondat, *Del espíritu de las leyes*, Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2007.

- Morsink, Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent*, Filadelfia: University of Pennsylvania Press, 2000
- Organización Internacional del Trabajo, *Administración de la Seguridad Social*, OIT, Ginebra, 1991.
- Organización Internacional del Trabajo, *Can Low Income Countries Afford Basic Social Security? Social Security Policy Briefing*, Paper 3, OIT, 2008.
- Organización Internacional del Trabajo, *Declaración de Filadelfia*, 1944.
- Organización Internacional del Trabajo, *Final Report on the Impact of Findings of the United Nations Human Rights Treaty Bodies*, Londres: OIT, 2004.
- Organización Internacional del Trabajo, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa (ILC.100/VI)*, OIT, Ginebra, 2011.
- Riedel, Eibe, *Social Security as a Human Right, Drafting a General Comment on Article 9 ICES-CR – Some Challenges*, Berlin: Springer Publishing, 2007.
- Rousseau, Jean Jacques, *A Discourse On Political Economy*, 1755, disponible en línea en: <http://www.constitution.org/jjr/polecon.htm>.
- Rousseau, Jean Jacques, *Emile, or Education*, Traducido por Barbara Foxley. 1762, disponible en línea en: <http://oll.libertyfund.org/titles/rousseau-emile-or-education>
- Solís, Fernando & Alejandro Villagómez (comps.), *La seguridad social en México*, Ciudad de México: Editorial UNAM, 2011.
- Smith, Adam, *The Theory of Moral Sentiments*, Nueva York: Gutenberg Publishers, 2011.
- Van Langendonck, Jef (ed.), *The Right to Social Security*, Oxford: Intersentia Anterpen-Oxford, 2007.
- Villaseñor, Fernando, “Justiciabilidad de los derechos sociales: una discusión inacabada” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, Vol. 43, 2019.
- Young, Katharine, *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford: Oxford University Press 2012.



ARTÍCULOS DE DIVULGACIÓN Y DE OPINIÓN



DERECHO A LA INFORMACIÓN DE UN ACCIONISTA FRENTE A LA SOCIEDAD ANÓNIMA

LUIS ALFONSO CERVANTES MUÑOZ¹

ÓSCAR ESQUIVEL PINEDA²

RESUMEN: El presente artículo expone la evolución que ha tenido en la jurisprudencia mexicana el derecho de acceso a la información del que son titulares los accionistas de una sociedad anónima, y los mecanismos para ejercerlo.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la Información, Derecho Societario, Accionista, Derecho a la Propiedad, Sociedad Anónima.

ABSTRACT: This article explains how the right of access to information that a shareholder of a stock company (*sociedad anónima*) holds, has evolved. In Mexican jurisprudence, as well as the mechanisms to exercise it effectively.

KEYWORDS: Right of Access to Information, Corporations' Law, Shareholder, Right to Private Property, Stock Corporation.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DERECHO A LA INFORMACIÓN DE UN ACCIONISTA. II.1. Concepto y características. II.2. Oportunidad para ejercerlo. II.3. Límites al derecho de acceso a la información. III. REGULACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE UN ACCIONISTA. III.1. Regulación en la LGSM y la Ley del Mercado de Valores ("LMV"). III.1.1. Ley General de Sociedades Mercantiles. III.1.2. Ley del Mercado de Valores. III.2. Jurisprudencia reciente. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Durante la última década, nuestro sistema jurídico ha evolucionado de manera importante debido a la interpretación realizada por nuestro tribunal constitucional sobre los derechos fundamentales que gozan las personas, sean naturales o jurídicas, en sede constitucional y convencional.

Por su naturaleza el Derecho Mercantil se encuentra en constante cambio debido a la celeridad y proactividad del tráfico mercantil, así como el impacto que en la forma de hacer comercio tiene día con día la tecnología. El crecimiento del comercio es exponencial.

El nuevo paradigma constitucional empezó a desarrollarse en la jurisprudencia mexicana dando origen a novedosos criterios para la solución de casos mercantiles. La ju-

1 Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho (ELD). Profesor titular de la cátedra de Derecho Mercantil.

2 Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho (ELD). Maestrando en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Panamericana.

risprudencia tuvo que reconocer a las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales, siempre y cuando su ejercicio sea acorde a su objeto social³.

Conforme a ello, los novedosos planteamientos mercantiles radican ahora en determinar cuáles derechos fundamentales deben reconocerse a las sociedades mercantiles, ocupándonos específicamente de la sociedad anónima. La realidad es que en la práctica los objetos sociales de las sociedades mercantiles se redactan para quedar amplísimos, prácticamente ilimitados. Estos planteamientos resultan ajenos al propósito del presente artículo; sin embargo, se esboza con el propósito de ilustrar la evolución reciente que ha existido en la materia.

En la actualidad existe una tendencia a “constitucionalizar” las ramas del derecho, lo que la teoría denomina como “*constitucionalización del derecho*”, concepto definido por el maestro Riccardo Guastini como: “*proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» de las normas constitucionales*”⁴.

Esta constitucionalización del derecho ha ocasionado que los conceptos y las instituciones jurídicas que tradicionalmente se contemplaban como *Derecho Privado*, definido como aquel que rige relaciones entre particulares, se transformen y adquieran nuevas dimensiones. El caso más ejemplificativo radica en el derecho familiar donde en los últimos años las instituciones jurídicas tradicionales han evolucionado y adquirido un nuevo concepto, basta mencionar la evolución que tuvo la definición de matrimonio⁵, así como el desarrollo global del concepto de interés supremo del menor.

Con las ideas anteriores, iniciamos mencionando que accionista, independientemente de su carácter de persona natural o jurídica, es aquel propietario de un derecho incorpóreo llamado “*acción*”, que en todo caso emite una sociedad anónima al recibir una aportación de capital; la acción representa, en todo caso, una porción alícuota del capital social, siendo que este derecho incorpóreo se materializa en un título valor, conocido como título de *acciones*, que sirve para acreditar y transmitir los derechos de socio y *accionista* de la sociedad anónima.

La calidad de accionista conlleva una serie de cargos y privilegios, de derechos y obligaciones. Los derechos del accionista los describe la doctrina como los derechos corporativos y derechos económicos de los que es titular todo accionista derivado del estatuto social y de lo previsto en la Ley General de Sociedades Mercantiles (“**LGS**”), pudiendo estos restringirse o limitarse, según se prevea en el estatuto social. Esta le-

3 Véase: “PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS DERECHOS HUMANOS COMPATIBLES CON SU NATURALEZA” Registro 2001402.

4 Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones”, *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima, Ara Editores, 2010, pp.153-166.

5 Sobre la materia es interesante la publicación realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación denominada “*la constitucionalización del derecho de familia*”.

gislación es especial y por ende excluye la aplicación de cualquier otra, con excepción de aquellas normas aplicables supletoriamente de conformidad con los requisitos establecidos para tal efecto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Considerando la exposición del maestro Jorge Barrera Graf⁶ al socio o accionista le asiste un conjunto de derechos que le confieren una posición especial frente a la sociedad anónima.

Ese vínculo de derechos son inherentes a la acción, como se desprende de los artículos 111 de la LGSM y 5° de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (“**LGTOC**”), y su ejercicio frente a la sociedad emisora supone, en general, además de la posesión material del título mismo⁷, que se le considere tenedor legítimo, si se encuentra inscrito en el Registro de Acciones de la sociedad, y que sea considerado **propietario** de las acciones; ello de conformidad con los artículos 128 y 129 de la LGSM.

Sobre esta cuestión resulta conducente invocar el contenido de la tesis aislada emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: “SOCIEDADES MERCANTILES. EL ARTÍCULO 129 DE LA LEY GENERAL RELATIVA NO CONTIENE UNA RESTRICCIÓN AL DERECHO HUMANO A LA PROPIEDAD PRIVADA”, en la cual la Corte resolvió que la inscripción en el Registro de Acciones es una cuestión de eficacia entre la sociedad y el accionista, por lo que su exigencia no vulnera el derecho de propiedad.

Utilizando la clasificación del maestro Jorge Barrera Graf⁸ formulamos la siguiente tabla de derechos que le asisten a los accionistas:

DERECHOS DE LOS SOCIOS	1. Que derivan de la naturaleza de la sociedad anónima; son irrenunciables aunque libremente ejercibles por el socio.	a) <u>Derecho de obtener información.</u> b) Derecho de participar en los órganos sociales. c) Derecho de igualdad. d) Derecho de voto. e) Derecho de oposición a las decisiones de las Asambleas. f) Derechos como mayoría y como minoría.
	2. Que concede la LGSM, son indisponibles, renunciables en algunos casos, y en otros el contrato social puede preverlos.	a) Derecho de participación en las utilidades. b) Derecho de minorías. c) Derecho de cuota de liquidación. d) Derecho de retiro y exclusión. e) Derecho de participar como representante social. f) Derecho de competir con la sociedad.

6 Barrera Graf, Jorge, “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, México, Porrúa, 2ª edición

7 Artículo 17 de la LGTOC.

8 Barrera Graf, Jorge, *op. Cit.*, p. 521.

	3. Que la Asamblea conceda (derechos disponibles).	a) Derecho de veto. b) Derecho al dividendo. c) Derecho aplazamiento a la votación.
	4. Que deriven de pactos entre la sociedad y el socio, o entre los socios.	a) Pactos sobre el derecho al tanto. b) Pactos sobre el voto c) Sindicación de acciones.

En otro orden de ideas, el 4 de mayo del 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública (“**LG-TAIP**”); regula y reconoce como derecho humano el acceso a la información que se considere pública.

El artículo 4 de la LGTAIP establece que el derecho humano de acceso a la información comprende **solicitar, investigar, difundir, buscar y recibir información**. Como se desprende de lo anterior, el derecho de acceso a la información conlleva un correlativo deber de entregar lo solicitado, para que sea efectivo.

En materia societaria, durante muchos años el derecho a la información del que goza un accionista fue interpretado de manera restrictiva y limitándose a invocar al texto de la ley, lo que ocasionó alentar la falta de transparencia por parte de los órganos de administración de una sociedad hacia sus accionistas. Ello incluso fue intensificado con la deficiente regulación de acciones judiciales que hicieran efectiva la responsabilidad directa de los administradores por falta de transparencia.

Con el presente trabajo académico se pretende impulsar la interpretación amplia del derecho de acceso a la información del que es titular un accionista, para dotarlo de una dimensión que sirva como contrapeso a la administración de una sociedad anónima, y que sea una garantía efectiva al derecho de propiedad.

Es importante mencionar que un socio no tiene el carácter de trabajador de la sociedad, por el contrario, es propietario de la misma, lo que incluso ha sido reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada de rubro: “ACCIONISTAS, NO SON TRABAJADORES”.

II. DERECHO A LA INFORMACIÓN DE UN ACCIONISTA

II.1. Concepto y características

El derecho a la información del socio, luego de su reconocimiento como tal, fue considerado derecho instrumental para el ejercicio de otros derechos, como el de voto, otorgándole un carácter accesorio y no autónomo. Al respecto se estudiará este derecho partiendo del supuesto de que es un derecho autónomo, que merece una tutela específica y diferenciada.

El derecho de información debe considerarse como un derecho subjetivo individual, limitado, irrenunciable e inherente a la calidad de socio o accionista, que permite obtener el conocimiento real de los negocios sociales de la sociedad sobre la cual es propietario y que es exigible contra administradores y consocios, inclusive en contra de la propia sociedad.

El derecho de información del accionista comprende, además de la facultad de pedir a los administradores informes y aclaraciones sobre los asuntos contenidos en el orden del día materia de la convocatoria a asamblea de accionistas, la de requerir a los administradores cualquier conjunto de datos que le proporcione conocimiento **real y oportuno** de la situación de la sociedad anónima o de cualquier otro hecho que tenga incidencia en el valor patrimonial de sus acciones o en el ejercicio de los derechos incorporados a la acción.

El concepto de información debe entenderse como el procesamiento de datos y es el resultado de un proceso de análisis y organización de datos de una determinada cuestión. Por ejemplo, la información contable comprende, de manera genérica, el conjunto de datos consistentes en balances generales, auxiliares contables, estados financieros, además de otros, que implican un procesamiento.

Su génesis es la necesidad de que el socio o accionista conozca el estado real y completo de los negocios sociales, a efecto de que a partir de tal conocimiento objetivo esté en aptitud de, consciente y responsablemente, y conforme a ello pudiera emitir su opinión y voto respecto de cualquier asunto que sea sometido a la consideración del accionariado, especialmente respecto de los informes e información financiera y contable puesta a disposición de los socios por la administración anualmente, previo a la celebración de la Asamblea General Ordinaria Anual de Accionistas.

Así, en un inicio es sostenible en juicio que el derecho a la información consiste en una condición previa necesaria para ejercer el derecho de voto en cualquier Asamblea de Accionistas, por lo que no estar debidamente informado implica un vicio de la voluntad que incide en la validez de las resoluciones que pueda adoptar la Asamblea de Accionistas.

No obstante lo anterior, la función instrumental que tiene el derecho de acceso a la información no se agota como presupuesto del ejercicio del derecho de voto, ni se circunscribe al mismo, por dos razones fundamentales:

- a) Porque la información con que debe contar necesariamente el accionista, con los límites y modalidades propios del tipo adoptado por la sociedad del que es parte, le va a permitir el ejercicio de todos y cada uno de los restantes derechos, y no solo los de naturaleza deliberativa y decisiva.

Por ejemplo, tener conocimiento pleno del estado que guardan los negocios sociales según la administración de la sociedad, y sus proyecciones financieras,

incide en la decisión del accionista sobre la suscripción, o no, de aumentos en el capital social de la sociedad, o en la enajenación de sus propias acciones.

- b) El acceso a la información también es fundamental para ejercer un control individual del socio o accionista frente a los actos realizados por los órganos de administración y de vigilancia.

Con ello el accionista podrá cuestionar aspectos específicos de los informes y estados financieros, así como de cualquier otro aspecto materia de los informes y estados financieros previstos en el artículo 172 de la LGSM.

El derecho de acceso a la información tiene como características principales:

- a) *Ser derecho optimizador*: esta característica significa que el derecho de acceso a la información permite desarrollar el contenido de otros derechos inherentes a la calidad de accionista, como pueden ser el derecho de voto, o el derecho de disponer de las acciones.
- b) *Temporal*: esta característica significa que el derecho únicamente se tiene al contar con la calidad de accionista en los términos establecidos en la LGSM. Teniendo el carácter de accionista, el ejercicio del derecho puede realizarse en cualquier momento, y no necesariamente se encuentra limitado al tiempo previo a la celebración de una Asamblea de Accionistas.
- c) *Progresivo*: en cuanto a que su interpretación dependerá de la situación especial en la que se encuentre el accionista, sin que deba interpretarse restrictivamente, pero siempre atendiendo a que su ejercicio no es absoluto.
- d) *Limitado*: contrario a considerarlo como un derecho absoluto, significa que el derecho de acceso a la información tiene límites, ya sea por contravenir disposiciones de orden público o que sea considerado un abuso de derecho.
- e) *Personal*: solamente puede ser ejercido por quien es accionista, por sí o por conducto de apoderado o representante, existiendo obligación de confidencialidad.

Es importante mencionar que el derecho de acceso a la información ha adquirido un valor muy importante, por lo que ha fomentado una necesaria protección normativa. La razón de ello es que en las sociedades de capitales los administradores tienen, en muchas ocasiones, mucha más información y más poder que los propietarios o accionistas, porque su injerencia no tiene límite, y son precisamente los administradores quienes preparan y entregan información que será la discutida aprobada, o no, por los accionistas.

La falta de información ha sido utilizada recurrentemente como un instrumento de las mayorías para atropellar derechos de minorías; por ejemplo, es común que la mayoría del capital social designe a las personas que formarán al órgano de administración, por lo que los documentos contables y financieros son elaborados en beneficio de quien

cuenta con la mayoría del capital social, limitándose a aprobarlos sin mayor discusión o revelación.

Frente a este fenómeno, el ordenamiento jurídico consagra el derecho de información del accionista, que tiene por objeto un conocimiento pleno e irrestricto de los acontecimientos sociales y de la situación legal, financiera, comercial, etcétera, de la sociedad, que se apoya e impide las maniobras turbias y poco transparentes que pueden realizar en perjuicio de la sociedad quienes ostentan el control social.

El maestro Fernando Valenzuela Garach opina que en una nueva conformación del sistema jurídico de información societaria es necesario un reforzamiento del derecho de información del accionista entendiéndolo como derecho fundamental, que no requiere un reconocimiento general, sino la plasmación de su efectividad en diversas circunstancias y vicisitudes normales en la marcha de la vida social⁹.

En consecuencia, si el accionista carece de información, carece del instrumento fundamental para exigir que sus derechos se cumplan. La información, en ese sentido, se ha transformado en la principal arma de defensa del accionista.

Sobre el contenido del derecho a la información, de forma general, podemos referir que comprende, por lo menos, dos aspectos: (i) el derecho a inspeccionar o a hacer inspeccionar la contabilidad de la sociedad; y, (ii) el derecho a pedir información sobre la marcha de las operaciones sociales.

El derecho de acceso a la información debe complementarse con la regulación y alcance que dota el derecho de propiedad. Es decir, a cualquier accionista propietario de cualquier porcentaje del capital social de una sociedad anónima debe otorgársele protección especial frente a la administración de quienes actúan sobre su patrimonio, es decir la administración social; por ello, mediante el ejercicio del derecho de información los accionistas tienen la facultad de conocer el verdadero valor comercial de sus acciones, quiénes son sus consocios e información relacionada, las decisiones y políticas empleadas para la ejecución de los negocios sociales, la exactitud o inexactitud de los balances generales e información contable, así como la inspección de los libros corporativos y demás documentos de la sociedad, con la intención de que los propietarios tengan oportunidad de conocer la realidad de la sociedad anónima de la que son propietarios.

II.2. Oportunidad para ejercerlo

El derecho de acceder a la información es un derecho que, consideramos, puede ser ejercido en cualquier momento; sin embargo, para efectos académicos, distinguimos

9 Valenzuela Garach, Fernando “*La Información en la Sociedad Anónima y el Mercado de Valores*”, Madrid, Civitas, 1993, p. 60.

dos momentos: (i) antes de la celebración de cualquier Asamblea de Accionistas; y, (ii) con total independencia de la celebración de Asamblea de Accionistas.

Respecto del primer supuesto, el accionista debe conocer, con anterioridad suficiente a la celebración de la Asamblea de Accionistas, detalles sobre los asuntos listados en el correspondiente Orden del Día, con la finalidad de poder deliberar y votar con suficientes elementos de juicio. Hoy no existe en la LGSM precepto alguno que reconozca o conceda este elemental derecho a información.

En este supuesto se trata de una facultad en cierto modo complementaria, implícita e inherente al derecho de voto, aunque independiente de él, pues si bien su eficacia se aprecia de un modo especial en relación con la emisión del voto, no queda exclusivamente reducida a los supuestos de participación del accionista en la confección de la voluntad social; sin embargo, la falta de información puede actualizar vicio o defecto en la voluntad del accionista, y la consecuente nulidad de la Asamblea y/o de las resoluciones respecto de las que no se haya respetado ese derecho de acceder a información.

Esta disciplina de la información societaria adquiere diversos matices dependiendo los asuntos contenidos en el orden del día materia de la convocatoria a Asamblea de Accionistas. No es lo mismo información relativa al otorgamiento de poderes que aquella pertinente a la discusión sobre la fusión de la sociedad, o a su escisión.

Solo cuando se satisface a cabalidad la generación y entrega oportuna de la información, los accionistas se encuentran en condiciones de votar consciente y responsablemente en las Asambleas, con verdadero conocimiento de causa. Sin embargo, la votación no debe ser un referente para considerar satisfecha la entrega de información.

Este derecho, como lo hemos asentado, es autónomo y le asiste a los accionistas titulares incluso de acciones sin derecho a voto, dado que el derecho a la información no depende de la votación, aunque sí puede ser un presupuesto importante para considerar válida la votación.

Como se analizará en el siguiente apartado, el texto de los artículos 172, 173, 176, 177 y 186 de la LGSM hace pensar que la sociedad no se encuentra obligada a entregar información que no haya sido materia del orden del día de la Asamblea de Accionistas convocada, y que ningún accionista podría exigir a la sociedad que le otorgue aquella información que considere necesario conocer si no existe una convocatoria real a Asamblea de Accionistas que trate tales temas; pero en una interpretación sistemática, fundados en los derechos fundamentales de propiedad y acceso a la información que le asisten a las personas, podemos sostener la necesidad de ligar el derecho de información con la celebración de cualquier Asamblea de Accionistas.

Respecto de la segunda hipótesis para solicitar información, consideramos que el accionista no tiene porqué acreditar un interés razonable y legítimo para tener acceso a la misma; es un derecho indisoluble del derecho de propiedad que tiene sobre las acciones.

Negarse a informar cuando exista simple solicitud del accionista es una infracción al derecho en estudio. Por ello, interpretar que solo existe una obligación legal de informar a los accionistas cuando se publique una convocatoria a Asamblea es limitar injustificadamente el derecho en comento, al restringir su ejercicio únicamente a los asuntos comprendidos dentro del orden del día, lo que incluso es contrario al principio de progresividad que debe existir en la interpretación y estudio de los derechos fundamentales.

II.3. Límites al derecho de acceso a la información

Como todos los derechos, el derecho de acceso a la información del accionista no es absoluto, sino que debe ejercerse de acuerdo con los principios de buena fe o bien con la intención de contar con elementos de análisis para la adopción de decisiones que pueden resultar ajenas, incluso, a la propia emisora, como podría ser la evaluación de si es oportuno, o no, vender acciones, o adquirir más acciones.

La única limitación válida al derecho de información debe ser cuando su ejercicio entorpezca o afecte la operación cotidiana de la sociedad como consecuencia de una excesiva intervención de los accionistas solicitando y obteniendo información.

Establecemos dos limitaciones genéricas al derecho de acceso a la información: (i) abuso del derecho en su ejercicio; y, (ii) que la información solicitada tenga el carácter de secreta o confidencial.

Sobre la primera limitación, la legislación civil federal, supletoria en esta materia, referente necesario en la institución de abuso de derecho, establece que cuando al ejercer un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho solo se ejerció con el fin de causar daño y sin utilidad para su titular¹⁰.

Consideramos que el derecho de acceso a la información que le asiste al accionista solo es procedente cuando su ejercicio este respaldado con motivos fundados y dentro de condiciones razonables de tiempo y lugar.

Respecto a la segunda limitante, se debe tener en cuenta el interés que tiene la sociedad mercantil de guardar secrecía a ciertas cuestiones relacionadas con el negocio, que no pueden ser libremente reveladas a los accionistas. Estos secretos pueden tener objetos diversos como puede ser: proceso de fabricación, técnicas de comercio, estrategias de venta o similares.

El criterio de confidencialidad debe ser considerado en cualquier momento por la sociedad y por el órgano jurisdiccional correspondiente para determinar si debe restringirse la información solicitada por representar amenaza o peligro para la sociedad en

¹⁰ Artículo 1912 del Código Federal.

caso de ser divulgada. También debe considerarse la posición real del accionista, ya que puede ser un competidor directo de la sociedad, quien mediante el abuso de derecho pretenda obtener secretos comerciales, o financieros que puedan poner en riesgo la libre competencia o el orden público, o simplemente la estabilidad de la sociedad.

Consideramos que únicamente estos supuestos, esbozados de manera genérica, pero que contienen el fondo suficiente para resolver los supuestos específicos, son limitantes al derecho fundamental de acceso a información que asiste a cualquier accionista.

III. REGULACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN DE UN ACCIONISTA

III.1. Regulación en la LGSM y la Ley del Mercado de Valores (“LMV”)

El derecho de acceso a la información desde un inicio tuvo una dimensión limitada, otorgándole mayor peso a las actividades económicas y a la poca o nula participación de los accionistas en cuestiones inherentes a la administración de una sociedad mercantil, por regla general.

Al respecto, es interesante la distinción que existe en la regulación actual de la LGSM y la relativa a la LMV sobre el derecho en estudio.

III.1.1. Ley General de Sociedades Mercantiles

La protección del derecho de información de un accionista se reflejó en la LGSM como un deber de informar a cargo de la administración y se limitaba a rendir cuentas a la Asamblea y a poner a disposición únicamente la información descrita en el artículo 172 de la LGSM, previo a la celebración de la Asamblea Anual de Accionistas.

Esta limitación con que se regulaba el derecho de información del socio se basaba en el temor a las adquisiciones de acciones con el solo propósito de poder asistir a una Asamblea de Accionistas, siguiendo los intereses de una sociedad competidora, para lograr obtener información sensible de la sociedad en cuestión.

Lógicamente, este criterio aumentaba la falta de transparencia por parte de la administración, siendo que el accionista no podía ejercer eficientemente sus derechos fundamentales al carecer de conocimiento real sobre los bienes de su propiedad, máxime que la sociedad anónima no se encontraba obligada a brindar información correspondiente, sino solo aquello que regulaba estrictamente la LGSM, es por eso que su ejercicio solo era posible realizarlo con motivo de la celebración de la Asamblea Anual de Accionistas y exclusivamente en la extensión que se prevé en los artículos 172 y 173 de dicho cuerpo legislativo.

Entrando al análisis de la LGSM, puntualizamos que los artículos fundamentales que regulan lo relativo al derecho a la información de un accionista son los identificados

con los numerales 166, fracción IV, 167, 172, 173 y 199 que establecen textualmente lo siguiente:

“Artículo 166.- *Son facultades y obligaciones de los comisarios: (...)*

IV.- Rendir anualmente a la Asamblea General Ordinaria de Accionistas un informe respecto a la veracidad, suficiencia y razonabilidad de la información presentada por el Consejo de Administración a la propia Asamblea de Accionistas. Este informe deberá incluir, por lo menos:

- A) La opinión del Comisario sobre si las políticas y criterios contables y de información seguidos por la sociedad son adecuados y suficientes tomando en consideración las circunstancias particulares de la sociedad.*
- B) La opinión del Comisario sobre si esas políticas y criterios han sido aplicados consistentemente en la información presentada por los administradores.*
- C) La opinión del comisario sobre si, como consecuencia de lo anterior, la información presentada por los administradores refleja en forma veraz y suficiente la situación financiera y los resultados de la sociedad.*

Artículo 167.- *Cualquier accionista podrá denunciar por escrito a los Comisarios los hechos que estime irregulares en la administración, y éstos deberán mencionar las denuncias en sus informes a la Asamblea General de Accionistas y formular acerca de ellas las consideraciones y proposiciones que estimen pertinentes.*

Artículo 172.- *Las sociedades anónimas, bajo la responsabilidad de sus administradores, presentarán a la Asamblea de Accionistas, anualmente, un informe que incluya por lo menos:*

- A) Un informe de los administradores sobre la marcha de la sociedad en el ejercicio, así como sobre las políticas seguidas por los administradores y, en su caso, sobre los principales proyectos existentes.*
- B) Un informe en que declaren y expliquen las principales políticas y criterios contables y de información seguidos en la preparación de la información financiera.*
- C) Un estado que muestre la situación financiera de la sociedad a la fecha de cierre del ejercicio.*
- D) Un estado que muestre, debidamente explicados y clasificados, los resultados de la sociedad durante el ejercicio.*
- E) Un estado que muestre los cambios en la situación financiera durante el ejercicio.*
- F) Un estado que muestre los cambios en las partidas que integran el patrimonio social, acaecidos durante el ejercicio.*
- G) Las notas que sean necesarias para completar o aclarar la información que suministren los estados anteriores.*

A la información anterior se agregará el informe de los comisarios a que se refiere la fracción IV del artículo 166.

Artículo 173.- *El informe del que habla el enunciado general del artículo anterior, incluido el informe de los comisarios, deberá quedar terminado y ponerse a disposición de los accionistas por lo menos quince días antes de la fecha de la asamblea*

que haya de discutirlo. Los accionistas tendrán derecho a que se les entregue una copia del informe correspondiente.”

“Artículo 199.- *A solicitud de los accionistas que reúnan el veinticinco por ciento de las acciones representadas en una Asamblea, se aplazará, para dentro de tres días y sin necesidad de nueva convocatoria, la votación de cualquier asunto respecto del cual no se consideren suficientemente informados. Este derecho no podrá ejercitarse sino una sola vez para el mismo asunto”.*

Del contenido de los preceptos legales en comento se desprende que la LGSM únicamente regula la obligación de administradores y comisarios de “presentar” o “rendir” a los accionistas ciertos informes que contienen únicamente los rubros establecidos enunciativamente, a nuestra consideración, en los mencionados preceptos normativos.

Los mencionados informes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 186¹¹ de la LGSM, deben estar a “disposición” de los accionistas en (i) las oficinas de la sociedad; y, (ii) durante los quince días previos al de la celebración de la Asamblea.

Como se desprende de la explicación anterior, el derecho de acceso a la información de un accionista, conforme a la regulación literal de la LGSM, comprende un único momento y una extensión muy acotada, que es **previo a la celebración de una Asamblea de Accionistas**; sin embargo, dicho vacío normativo no tiene el alcance de limitar la temporalidad del ejercicio del derecho de acceso a la información, el cual puede ejercerse en cualquier momento.

Otra cuestión importante para destacar es que la información no debe estar necesariamente a disposición del accionista en las “oficinas de la sociedad” sino que los accionistas, como propietarios, tienen derecho de tener la documentación corporativa correspondiente y toda aquella que sea necesaria para un estudio completo y suficiente de la situación económica de la sociedad.

Especial comentario merece el citado artículo 199 en el cual la ley, utilizando palabras subjetivas, otorga un derecho a los accionistas que detenten el 25% (veinticinco por ciento) del capital social que no se “consideren” suficientemente informados a aplazar la votación de cualquier asunto del orden del día en una Asamblea de Accionistas para dentro de tres días.

Sin embargo, la ley nunca determina como debe interpretarse el término “*considerarse suficientemente informado*” siendo utilizando de manera subjetiva y sin razonamiento alguno. El artículo contiene una evidente carencia de técnica legislativa al no esta-

11 Artículo 186. La convocatoria para las asambleas generales deberá hacerse por medio de la publicación de un aviso en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía con la anticipación que fijen los estatutos, o en su defecto, quince días antes de la fecha señalada para la reunión. Durante todo este tiempo estará a disposición de los accionistas, en las oficinas de la sociedad, el informe a que se refiere el enunciado general del artículo 172.

blecer una obligación por parte de la administración de proporcionar la información sobre la cual el o los accionista(s) refirieron carecer de suficiente información.

III.1.2. Ley del Mercado de Valores

Desde su origen, la LMV contiene una regulación moderna en el aspecto societario, reglamentando situaciones que lentamente se han ido replicando en la LGSM. Como ejemplo de lo anterior tenemos la regulación de los “pactos parasociales” que fueron incorporados a la LGSM en su artículo 91, fracción VII, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio del 2014.

No es materia del presente artículo referir las razones por las cuales el legislador optó, en su momento, por regular desde un inicio el derecho de acceso a la información de un accionista, aunque principalmente consistió en que se trata de una sociedad pública que capta público inversionista que debe estar informado previo a invertir su capital, y durante la vida de su inversión, por razones evidentes.

Desde el artículo 2° de la LMV podemos obtener una definición de qué se considera como información relevante: *“toda información de una emisora necesaria para conocer su **situación real y actual** en materia financiera, administrativa, operacional, económica y jurídica, y sus riesgos, así como, en su caso, la información del grupo empresarial al que pertenezca, independientemente de su posición en el grupo, siempre que influya o afecte dicha situación, y que sea necesaria para la toma de decisiones razonadas de inversión y estimación del precio de los valores emitidos por la propia emisora, conforme a usos y prácticas de análisis del mercado de valores mexicano”¹²*.

El objetivo principal de la LMV es que el público inversionista esté en todo tiempo correcta y completamente informado; no tienen que ser “buenas noticias”, pero tienen que ser “noticias veraces y oportunas”. Que el inversionista decida lo que considera más adecuado o conveniente, pero que lo decida con base en información cierta, completa y oportuna¹³.

Incluso prohíbe y castiga revelar información al público de la sociedad o de sus accionistas a sabiendas que es falsa o induce al error¹⁴.

Dentro de las sociedades anónimas bursátiles se regula la figura del Director General como aquel encargado de difundir información relevante de la sociedad, haciéndolo plenamente responsable del contenido y oportunidad de dicha información.

En ese orden de ideas y en complemento de lo expuesto, el artículo 49 de la LMV consagra el derecho de los accionistas de una sociedad anónima bursátil de tener a su

12 Lo subrayado es nuestro.

13 Artículo 30, fracción I, de la LMV.

14 Artículo 36 de la LMV.

disposición, en las oficinas de la sociedad, de forma gratuita, la información y documentos pertinentes respecto de los asuntos incluidos en el orden del día para cualquier Asamblea de Accionistas, con quince días de anticipación a la fecha de su celebración.

Lo anterior no debe entenderse limitado a ese aspecto, toda vez que la LMV es más extensa sobre la obligación de los órganos sociales de difundir, generar y poner a disposición toda aquella información relevante, sin necesidad de que medie una Asamblea de Accionistas, bastando la simple solicitud de un accionista, y, en ciertos casos, sin siquiera mediar tal solicitud o excitativa, sino que la sociedad debe, por iniciativa propia, en complemento de las disposiciones de la LMV, revelar y publicar información.

Modernamente, este derecho de información está siendo reconocido como uno de los pilares fundamentales de protección, no solo del accionista, sino también del público en general, particularmente tratándose de aquellas sociedades que tienen en el mercado de valores su principal fuente de financiación.

El deber correlativo a dicho derecho de información, como ya se expuso, es lo que en el derecho anglosajón se conoce como “*disclosure*”, esto es, la obligación a cargo de sociedades denominadas “públicas”, o sociedades anónimas abiertas, de divulgar oportuna y fielmente la información relevante cuyo conocimiento resulta indispensable para la transparencia y seguridad del mercado, de los títulos que emiten, y de los propietarios de los mismos.

III.2. Jurisprudencia reciente

No obstante la regulación legal deficiente del derecho de acceso a la información de la que son titulares los accionistas de una sociedad anónima, debemos reconocer el papel que ha tenido nuestro Tribunal Constitucional en los últimos años, dotando de efectividad a los derechos que asisten a los accionistas de una sociedad anónima.

En ese sentido, hacemos referencia al Amparo en Revisión 281/2015 resuelto el 4 de noviembre del 2015 por mayoría de cuatro votos por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ponencia de la entonces ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, primer precedente relevante en materia de derecho de acceso a la información de los accionistas.

Los hechos del caso, de manera resumida, fueron los siguientes: un accionista promovió medios preparatorios a juicio ordinario mercantil en contra de sus consocios solicitando la exhibición de todos los acuerdos de colaboración y/o contratos de prestación de servicios de facturación y cobranza que hubiere celebrado la sociedad con ciertas empresas.

El órgano jurisdiccional que conoció en primera instancia admitió a trámite los medios preparatorios señalando fecha para la exhibición de las documentales y requirió a la entonces Comisión Federal de Competencia Económica (“**Comisión**”) la exhibición de los contratos solicitados. En contra de ello, la sociedad promovió un juicio de amparo que le fue sobreseído.

La Comisión, en cumplimiento a la orden judicial, exhibió el contrato solicitado manifestando que se trataba de información respecto de la cual la solicitante no podía imponerse por lo que debía estar en resguardo.

El recurso de revisión del amparo que fue sobreseído fue materia de estudio por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, toda vez que existió un planteamiento de inconstitucionalidad respecto de la fracción IV del artículo 1151 y respecto del artículo 1156 del Código de Comercio¹⁵.

La *litis* constitucional, sin mencionar aquellas cuestiones propias de cualquier litigio, radicó en que el artículo 1151, fracción IV, del Código de Comercio, es inconstitucional por vulnerar el derecho de inviolabilidad en las comunicaciones privadas.

En estudio de fondo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió que el medio preparatorio a juicio tiene por **finalidad** que el consocio o condueño exhiba aquellos documentos o contratos que tenga en su poder y que solicita el socio o comunero por medio del juicio paraprocesal de medios preparatorios a juicio.

Por ende, resolvió infundada la argumentación consistente en que el artículo 1151, fracción IV, del Código de Comercio vulnera el derecho de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, toda vez que el acto de molestia decretado al consocio o condueño únicamente hace referencia a los documentos y/o contratos relacionados con la sociedad, es decir, únicamente a la información contenida en aquellos documentos y/o contratos que se circunscriban a las funciones de la sociedad.

Resultan ilustrativos los puntos 45 y 46 de la ejecutoria en estudio, cuya literalidad se transcribe:

45. De esta manera, esta Sala estima infundado el contraste con el artículo 16 constitucional, en relación con los preceptos legales antes citados, pues de manera expresa hacen referencia a la facultad del juzgador, de garantizar el derecho del solicitante de dichos medios, de requerir la exhibición de los elementos necesarios que le garanticen la procedencia de una acción, cuestión que de negarse, imposibilitaría al solicitante la garantía de su derecho de acceso a la justicia, al no tener los elementos necesarios para acreditar sus pretensiones.

*46. Lo anterior, tiene sentido si se observa que la información que tiene en su poder el consocio o condueño **implica una gran ventaja para éste**, en tanto no permite*

15 Artículo 1151.- El juicio podrá prepararse: (...)

IV.- Pidiendo un socio o comunero la presentación de los documentos y cuentas de la sociedad y comunidad, al consocio o condueño que los tenga en su poder.

Artículo 1156.- Las diligencias preparatorias a que se refiere la fracción III del artículo 1151, de encontrarse ajustada la petición del promovente, así como **acreditada su calidad de socio o condueño**, se admitirán de plano, y se ordenará, mediante notificación personal a aquel contra quien se pide, que exhiba los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, en el día y hora que al efecto se señale, para que se reciban por el tribunal, con el apercibimiento que de no realizarlo se le aplicará alguna de las medidas de apremio que autoriza la ley.

*que el socio que recurre a un juicio paraprocesal como los medios preparatorios a juicio, pueda tener por otro medio la información que se busca garantizar con los medios preparatorios, y **con ello se generaría inequidad procesal en contra del promovente de dichos medios, tutelado por el artículo 17 constitucional***¹⁶.

Este precedente estableció el inicio del desarrollo jurisprudencial del derecho a la información de los accionistas, resolviendo que el medio procesal idóneo pueden ser medios preparatorios a juicio ordinario mercantil; sin embargo, se limitó a referir que dicho artículo no vulnera el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones privadas, y que por el contrario, debe favorecerse el acceso a la información de un accionista, consocio o condueño para evitar la inequidad procesal frente a quien sí tiene la información.

En relación con el derecho humano a la información, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria que motivó la tesis P./J. 54/200814, de rubro: “ACCESO A LA INFORMACIÓN. SU NATURALEZA COMO GARANTÍAS INDIVIDUAL Y SOCIAL.”¹⁷, resolvió:

“SEXTO. En primer lugar, resulta necesario que esta Suprema Corte de Justicia, analice la institución jurídica del derecho a la información.

Por principio, debe destacarse que a diferencia de lo que sucede con los derechos tangibles, como la propiedad mueble e inmueble o la posesión, cuya protección se remonta incluso, al derecho romano, los derechos inmateriales o intangibles ajenos a la esfera de los derechos personalísimos (es decir, diversos al derecho al nombre o los derivados del derecho de familia y del estado civil) tienen un reconocimiento por demás tardío y considerablemente reciente que no va más allá de las últimas décadas del siglo pasado.

Dentro de estos derechos intangibles no relacionados con los derechos personalísimos, podemos incluir, por ejemplo, a la propiedad intelectual (derecho de autor), a la propiedad industrial (patentes y marcas) y, desde luego, al derecho a la información previsto en el artículo 6o. constitucional: [...]

Para percatarse del alcance de este derecho, es inicialmente necesario determinar qué se entiende por información.

***Según su concepción gramatical derivada del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española** (vigésima edición, tomo II-H-Z, editorial Espasa Calpe), los vocablos información e informar tiene las siguientes connotaciones:*

*“Información. (Del lat. Informatio, -onis) 1. **Acción y, efecto de informar o informarse.** 2. Oficina donde se informa sobre alguna cosa. 3. **Averiguación jurídica y legal de un hecho o delito.** 4. Pruebas que se hacen de la calidad y circunstancias necesarias en un sujeto para un empleo u honor. 5. Educación, instrucción. 6. Comunicación o adquisición de conocimientos que permiten ampliar o precisar los que se poseen sobre una materia determinada. 7. Conocimientos así comunicados o adquiridos.”*

16 Lo resaltado es nuestro.

17 Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXVII, junio de 2008, página 743.

“Informar. (Del lat. Informare) 1. Enterar, dar noticia de una cosa. 2. Formar, perfeccionar a uno por medio de la instrucción y buena crianza. 3. Dar forma sustancial a una cosa. 4. Dictaminar un cuerpo consultivo, un funcionario o cualquier persona perita, en asunto de su respectiva competencia. 5. Hablar en estrados los fiscales y los abogados.”

*Ahora bien, la peculiaridad que distingue de manera esencial al derecho a la información de otros derechos intangibles, **es su doble carácter que lo define como un derecho en sí mismo y como un medio o instrumento para el ejercicio de otros derechos***¹⁸.

En efecto, la información tiene, además de un valor propio, un valor instrumental que sirve: (i) como presupuesto del ejercicio de otros derechos y (ii) como base para que los gobernados puedan ejercer un control respecto del funcionamiento institucional de los poderes públicos.

Es de estos elementos de donde surge la noción del derecho a la información, mismo que, con su doble carácter, se perfila como un límite a la exclusividad estatal del manejo de la información y, por ende, como una exigencia social de todo Estado de derecho.”

En relación al derecho a la información del que se viene haciendo mención, además de lo considerado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el ámbito constitucional, el tratadista Julio Marcelo Martín¹⁹ refiere que:

“Todo estudio que aborde el derecho a la información se encauza, por un lado, en la teoría del control que permite ejercer individualmente al socio una fiscalización sobre la administración de la sociedad, y por el otro, en el derecho de información propiamente dicho, que permite al socio ejercer individualmente o a través de órganos de fiscalización, el conocimiento de informes y estados contables de los administradores.

El derecho de información en general, para todos los tipos societarios, ha sido conferido al socio en protección de su interés individual, aunque también en protección de los derechos patrimoniales que derivan de cada acto y que se plasman en el derecho a las ganancias y a la cuota de liquidación.”

En el mismo orden de ideas, el maestro Luis Lapique²⁰, sostiene que el sujeto activo para ejercer el derecho a la información es el accionista y que puede ejercerlo en forma directa o indirecta, por el accionista y mediante la intervención judicial.

Con el precedente 281/2015 emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se resolvió el 5 de diciembre del 2019 por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito el amparo en revisión 142/2019 cuyo plan-

18 Lo resaltado es nuestro.

19 Marcelo Martín, Julio *“El derecho de Información del Socio”*, España, Editorial Nova Tesis editorial Jurídica, 2008, página 9.

20 Lapique, Luis *“El accionista en la sociedad anónima”*, España, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 107.

teamiento principal fue, ahora sí, determinar si es procedente promover conforme al artículo 1151, fracción IV, del Código de Comercio medios preparatorios a juicio en contra de la sociedad o solo contra los consocios o condueños.

Así, empleando la técnica de interpretación conforme el citado órgano colegiado resolvió que el artículo 1151, fracción IV, del Código de Comercio, contiene un requisito impeditivo y obstaculizador del derecho a la información y acceso a la jurisdicción, al limitar el derecho del socio a promover medios preparatorios a juicio, sólo contra el consocio o comunero y no contra la sociedad misma, pese a que ella es la que tiene la información requerida.

Resolvió que la información no es propia de la empresa, pues la intimidad o privacidad de la información de una sociedad mercantil no es absoluta, de lo contrario ningún sentido tendría lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, al permitir el examen de los papeles y posesiones de los gobernados, previa orden de la autoridad competente.

Lo más relevante, a nuestra consideración, fue el considerando relativo a que los artículos 172, 184 y 185 de la LGSM **no pueden ser considerados restrictivamente como la única vía a la que tiene derecho el accionista y propietario a obtener información**, pues siendo la propiedad privada un derecho humano reconocido en los artículos 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los socios tienen derecho a contar con la información suficiente que les permita gozar con plenitud el resto de los derechos inherentes a la acción, o a su calidad de accionistas.

Sobre esa base, haciendo una interpretación conforme y pro persona de los numerales citados, se concluyó que si los medios preparatorios a juicio pueden ser promovidos por un socio frente a un consorcio, por **mayoría de razón** pueden promoverse contra la sociedad, con independencia del número de acciones con las que se cuente, cuando no es propiamente la celebración de una asamblea lo que se quiere preparar, sino la acción ordinaria mercantil sobre rendición de cuentas, así como la de responsabilidad civil de los miembros del Consejo de Administración de la persona moral.

Con ello, los tribunales mencionados permiten que el socio pueda vigilar el correcto funcionamiento de la sociedad en **tutela a su derecho real de propiedad, que le asiste al ser titular de acciones de la empresa**, resolviendo contundentemente que la obligación a cargo de los administradores, respecto al informe que están compelidos a rendir a la Asamblea de Accionistas, no puede limitar el derecho del socio a revisar el balance y los libros de la sociedad, menos aún, a pedir judicialmente la información.

La única limitante que reconoce al derecho a la información es que lo solicitado sea dentro del marco del funcionamiento de la sociedad, a fin de que le permita solamente evaluar la marcha de la sociedad, la actuación de los administradores, los planes a futuro y siempre que no incidan en la marcha y funcionamiento de la sociedad.

El anterior razonamiento dio origen a la tesis aislada publicada el 26 de marzo del 2021 en el Semanario Judicial de la Federación de rubro: “MEDIOS PREPARATORIOS A JUICIO. EL DERECHO DEL ACCIONISTA A PEDIR EN ESTA VÍA LA PRESENTACIÓN DE DOCUMENTOS Y CUENTAS DE LA SOCIEDAD, NO ESTÁ LIMITADO A QUE LO PIDA A OTRO CONSOCIO”.

Aproximadamente un mes después, el Pleno en Materia Civil del Tercer Circuito resolvió la contradicción de tesis 6/2020 que se materializó en la jurisprudencia de rubro: “MEDIOS PREPARATORIOS A JUICIO ORDINARIO MERCANTIL SON PROCEDENTES CONTRA LA SOCIEDAD ANÓNIMA A LA QUE PERTENECE QUIEN LOS PROMUEVE (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN IV DEL ARTÍCULO 1151 DEL CÓDIGO DE COMERCIO)”.

En la citada jurisprudencia se reiteran los considerandos estudiados en el presente apartado, resolviendo que en las sociedades anónimas no son los socios quienes tienen bajo su resguardo la documentación financiera o contable, sino que ésta se encuentra bajo el cuidado de sus administradores, por disposición legal²¹. De suerte que interpretar de manera literal el supuesto previsto en la fracción IV del artículo 1151 en análisis, respecto de la procedencia de los medios preparatorios a juicio únicamente en contra de un consorcio, haría nugatorio el derecho fundamental de acceso a la justicia que implica el supuesto jurídico de referencia. Además de la inequidad procesal que generaría al accionista que pretende ejercer alguna responsabilidad en contra de la sociedad, al no tener acceso a la información con la que pueda demostrarla.

Lo anterior relata, de manera sucinta y concreta, la evolución jurisprudencial que ha tenido el derecho de acceso a la información de un accionista y el mecanismo judicial para hacerlo efectivo, lo que sin duda será una cuestión novedosa en tribunales que dará pauta a nuevos criterios jurisprudenciales desarrollando y limitando, también, el derecho de acceso a la información que compete a los accionistas en atención al derecho de propiedad del que son titulares en una sociedad anónima.

IV. CONCLUSIONES

1. Modernamente, debemos entender a los accionistas como propietarios de una sociedad anónima y con este carácter deben reconocérseles los derechos propios de quien ejerce un *imperium* sobre bienes.
2. El derecho de acceso a la información ha tenido una importante evolución y debe ser empleado como mecanismo de defensa de un accionista frente al bloque mayoritario o de control o frente a la administración de la sociedad de la que

21 Artículo 158 de la LGSM.

es propietario, por lo que a la par resulta un eficaz mecanismo de protección en contra de accionistas mayoritarios.

3. El deber de informar establecido en la LGSM a cargo de administradores y comisarios con motivo de celebración de una Asamblea de Accionistas no es el único cauce que tiene un accionista para ejercer su derecho de acceso a la información, la jurisprudencia ha permitido su ejercicio, incluso en la vía judicial, en cualquier momento siempre que atienda a un principio de buena fe y no incida en el funcionamiento ordinario de la empresa.
4. El derecho de acceso a la información no es un derecho accesorio, sino que debe reconocérsele el carácter de autónomo con la característica de potenciar otra serie de derechos inherentes a la calidad de accionista, como lo es el derecho de voto.
5. Negar información al accionista cuando existe legítimo interés constituye una infracción a dicho derecho, ya que esperar que se le informe cuando se decida publicar la convocatoria para la celebración de una Asamblea de Accionistas incumple el deber de fidelidad que tienen los administradores para con los accionistas.
6. En las sociedades anónimas abiertas, el tradicional derecho a la información del accionista adquiere un carácter general asumido por la sociedad a favor del público inversionista, siendo la transparencia un principio regulador del mercado de valores a fin de que cualquier persona interesada pueda consultarla e invertir su capital.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento: concepto y condiciones”, *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima, Ara Editores, 2010.
- Barrera Graf, Jorge, “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, México, Porrúa, 2ª edición.
- García Velasco, Gonzalo “*Las Minorías en las Sociedades Anónimas*”, México, Porrúa, 2011.
- Iturbe Galindo, Adrián “*Sociedades Anónimas y su Régimen de Capital Variable*”, México, Tirant lo blanch, 2018.
- Lapique, Luis “*El accionista en la sociedad anónima*”, España, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- León Tovar, Soyla “*Pactos de Socios de la Sociedad Anónima*”, México, Tirant lo blanch, 2016.
- Malamud, Jaime “*El derecho de los accionistas para revisar y fiscalizar los libros y papeles de una sociedad anónima*”, *Revista de Jurisprudencia*, Argentina, 1950.
- Marcelo Martín, Julio “*El derecho de Información del Socio*”, España, Editorial Nova Tesis editorial Jurídica, 2008.
- Nissen, Ricardo A “*Curso de Derecho Societario*”, Argentina, Hammurabi, 2015.

Valenzuela Garach, Fernando “*La Información en la Sociedad Anónima y el Mercado de Valores*”, Madrid, Civitas, 1993.

Legislación:

Código de Comercio.

Código Civil Federal.

Ley General de Sociedades Mercantiles.

Ley del Mercado de Valores.



EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS Y EL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS EN EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO¹

SERGIO CHARBEL OLVERA RANGEL*

RESUMEN: Desde los inicios del constitucionalismo mexicano hay una concepción del reconocimiento de los derechos humanos y del otorgamiento de las garantías. Esa concepción no se interrumpió con la expedición de la Constitución de 1917, como erróneamente se ha planteado. El sistema jurídico mexicano se estructura sobre la base de crear garantías para la protección de derechos humanos preexistentes, por ello, es relevante la protección de aquellas; de esa forma es posible la eficacia de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVES: garantías, derechos humanos, garantías individuales, garantías primarias o normativas, garantías secundarias, juicio de garantías.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS. 2. EL ORIGEN DE LAS GARANTÍAS EN EL CONSTITUCIONALISMO. 3. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES MEXICANOS DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS Y EL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS. 4. EL JUICIO DE GARANTÍAS. 5. LA CONTINUIDAD DE LA TEORÍA DEL RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917. 6. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y EL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS EN LA REFORMA DEL 10 DE JUNIO DE 2011. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El constitucionalismo liberal estableció la necesidad de crear garantías para limitar el ejercicio del poder estatal para la protección de los derechos de las personas. En ese contexto, normativamente, lo relevante es la creación de garantías para dar eficacia a los derechos humanos. Los derechos humanos no requieren de un reconocimiento normativo, pero sí es necesario su protección a través del sistema jurídico.

En este artículo se analiza el origen e importancia de la distinción entre el reconocimiento de los derechos humanos y su protección a través de garantías otorgadas a través del sistema jurídico. Se analizan los antecedentes que, sobre esa distinción, existen en el constitucionalismo mexicano y se hace especial énfasis en desmentir el supuesto cambio sobre el reconocimiento de derechos humanos en la Constitución de 1917.

1. LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS

Una persona, ya sea en lo individual o en sociedad, goza de derechos. El Estado como creador de orden garantiza esos derechos, por lo que es una estructura pensada para

* Abogado constitucionalista; maestro en Derecho Constitucional, Derecho Parlamentario y en Derechos Humanos y Democracia; profesor titular y doctorando en la Escuela Libre de Derecho.

la protección de estos. De ahí que la base principal de las estructuras estatales sea la protección de los derechos humanos.

Los derechos humanos son beneficios inherentes a las personas, los cuales son exigibles ante todas las personas, principalmente ante las autoridades estatales.

La persona que vive sola, fuera de una sociedad, es rectora de su vida y es su propio garante; es titular de beneficios inherentes a su persona, pero no son exigibles frente a otras personas. En sociedad, algunos derechos humanos se potencializan y otros emergen; ambos son susceptibles de reconocimiento por el sistema jurídico y son exigibles a los demás integrantes de la sociedad. Se potencializan en sociedad los derechos a la vida, integridad personal, libertad, propiedad, desarrollo a un ambiente digno y seguridad; emergen de la vida en sociedad los derechos de igualdad y desarrollo en un ambiente social digno. Los derechos humanos se pueden reducir a las anteriores categorías, siendo lo restantes derivaciones o garantías de ellos.

Los derechos humanos no se crean, solo se reconocen, la regulación que de ellos se hace en el sistema jurídico es para hacerlos efectivos.

En un sentido jurídico amplio, las garantías son medios para dar efectividad a los derechos, valores y, en general, a la regulación de conductas en una sociedad. Las garantías son el puente necesario entre los derechos, los valores o las norma y su efectividad.

Para el derecho constitucional las garantías son medios para dar efectividad a la constitución. Estas son las denominadas garantías constitucionales.

En materia de derechos humanos las garantías son los medios necesarios para dar efectividad a los derechos humanos.¹

Hay tres categorías de clasificaciones de las garantías de los derechos humanos:

1. Conforme al ordenamiento en el que están reguladas: constitucionales, convencionales y legales, principalmente.
2. Conforme al beneficio que generan: individuales y sociales. Esta clasificación se concibe en función del beneficio individual o social que generan las garantías. Las primeras se identifican con la efectividad de los derechos civiles y políticos, y las segundas con los derechos económicos, sociales y culturales.

1 Aparicio y Pisarello definen a las garantías como “mecanismos de protección de los intereses o necesidades que constituyen el objeto de un derecho.” Aparicio Wilhelmi, Marco y Pisarello, Gerardo, “Los derechos humanos y sus garantías. Nociones Básicas”, en *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Huygens, Madrid, 2008, p. 155.
Ferrajoli las define como “las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.” En *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 7ª ed., Trotta, Madrid, 2010, p. 25.

3. Conforme a su fuente: institucionales y sociales.

Las anteriores clasificaciones no se excluyen entre sí, por lo que pueden complementarse y combinarse.

Las garantías constitucionales institucionales son las más importantes en los sistemas jurídicos estatales. Estas garantías se dividen en primarias y secundarias.

Las primeras también se denominan *normativas*; estas emanan de la función legislativa; dan eficacia a los derechos humanos y pueden manifestarse de las siguientes formas:

1. Normas jurídicas que reconocen derechos humanos.
2. Normas jurídicas que limitan el ejercicio de los derechos humanos en beneficio de la sociedad o de las demás personas.²
3. Normas jurídicas que limitan el ejercicio de las funciones estatales para dar eficacia a los derechos humanos.
4. Normas que establecen obligaciones a las autoridades o a los particulares, para permitir la eficacia de derechos humanos.

Todos los anteriores supuestos son normas de carácter general que emanan de la función legislativa. Las garantías secundarias se encargan de la implementación de las citadas normas, de ahí su denominación. La implementación puede darse a través de la función ejecutiva o jurisdiccional.

Las garantías ejecutivas se encargan, como su propio nombre lo indica, de ejecutar lo previsto por las garantías primarias, por ejemplo, las políticas públicas para brindar atención médica a las comunidades rurales, a través de las cuales se implementan las normas que reconocen derechos humanos.

Las garantías secundarias jurisdiccionales protegen, ante su transgresión, a los derechos humanos o las garantías de estos. Son medios para restablecer a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos; cesar, reparar o compensar las violaciones; sancionar a los responsables; y establecer medidas para su protección.

2 Este supuesto tienen la siguiente lógica apuntada por John Locke: "...aunque al entrar en sociedad renuncian los hombres a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo de que disponían en el estado de naturaleza y hacen entrega de los mismos a la sociedad para que el poder legislativo disponga de ellos según lo requiera el bien de esa sociedad, y habida cuenta de que el propósito de todos los que la componen es sólo salvaguardarse mejor en su persona, libertades y propiedades... no cabe aceptar que el poder de la sociedad política, o de los legisladores instituidos por ella, pretenda otra cosa que el bien común." En *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad. Amando Lázaro Ros, Gredos, Madrid, 2019, p. 197.

2. EL ORIGEN DE LAS GARANTÍAS EN EL CONSTITUCIONALISMO

La emancipación de las colonias norteamericanas y la Revolución Francesa fueron acontecimientos que moldearon la configuración del Estado moderno. En el constitucionalismo de los Estados Unidos de América se crearon instituciones novedosas, como la consolidación de la forma de gobierno federal y una estructura más definida de la división de funciones. Con la Revolución Francesa se reforzaron los fundamentos filosóficos del Estado constitucional democrático y se afianzaron los cimientos para el sistema jurídico garantista de derechos humanos.

Los estadounidenses fueron los primeros en emitir declaraciones de derechos humanos, como instrumentos rectores del Estado. La *Declaración de Derechos de Virginia*, adoptada el 12 de junio de 1776, proclamó que todas las personas gozan de derechos naturales y consideró que las personas, al entrar en sociedad, no pueden ser privadas de ellos; en ella se establecieron diversas garantías como la prohibición de restringir la libertad de imprenta.

La Revolución Francesa consolidó las bases del Estado constitucional garantista de derechos; ese triunfo revolucionario se plasmó en el siguiente texto del artículo 16 de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789: “Una Sociedad en la que no esté establecida la **garantía de los Derechos**, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.” (*Énfasis añadida*). A partir de este precepto, garantizar los derechos se convirtió en un elemento esencial del constitucionalismo, y el estudio de las garantías fue imprescindible. Sánchez Viamonte considera que, a partir de este fundamento, el verbo *garantizar* y el sustantivo *garantía* se comenzaron a emplear en Francia y después adquirió prestigio en el derecho público universal.³

Carlos Sánchez explica que la aprobación del término derivó en que el título primero de la Constitución Francesa de 1791 se denominara: “Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución”, el cual inicia con la siguiente frase: “La Constitución garantiza, como derechos naturales y civiles:”, y señala que después se repite el verbo cuatro veces más, y siempre significa *consagrar* o *asegurar* de un modo efectivo los derechos individuales.⁴ Sánchez Viamonte considera que el término *garantía* “se usa como sinónimo de protección jurídico-política, y suele ser el énfasis gramatical con que se subraya la declaración de un derecho o de un principio y se proclama su vigencia desde el punto de vista constitucional.”⁵

La Constitución Francesa de 1793 contiene tres preceptos con referencias expresas a las garantías, en el sentido de dar efectividad a los derechos humanos, son los siguientes:

3 Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la revolución francesa*, UNAM, México, 1956, p. 69.

4 *Ídem*.

5 *Ibidem*, p. 67.

Artículo 1º. El fin de la sociedad es la felicidad común. **El gobierno ha sido instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles.**

Artículo 23. La **garantía social** consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el **goce y la conservación de sus derechos**; esta garantía reposa sobre la soberanía nacional.

De la Garantía de los Derechos

Artículo 122. La **Constitución garantiza a todos los franceses** la igualdad, la libertad, la seguridad, la propiedad, la deuda pública, el libre ejercicio de los cultos, una instrucción común, ayudas públicas, la libertad ilimitada de la prensa, el derecho de petición, el derecho de reunirse en asociaciones populares, el goce de todos los derechos del hombre.

(Énfasis añadidos)

A partir de los citados fundamentos, el uso del término *garantizar* fue utilizado en las constituciones liberales para hacer referencia al reconocimiento y proclamación de derechos de las personas que son anteriores al Estado y a la constitución.⁶

Antoine Cherbuliez consideró que las garantías son necesarias para terminar con el despotismo, el cual era un obstáculo del libre desarrollo de las leyes políticas; la finalidad de las garantías, según este autor, es la de generar un adecuado ejercicio de las funciones por parte de los gobernantes.⁷ Esta noción fue extendida por diversos tratadistas en los sistemas jurídicos occidentales.

El francés Pierre Claude François Daunou, en su libro: *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*,⁸ publicado por primera vez en 1819, y en español en 1823, fue el primer autor de relevancia que utilizó el término *garantías individuales*. Para Claude François, las garantías son límites a las arbitrariedades de las autoridades frente a las personas, al respecto señaló lo siguiente:

...Nos servimos de ellas para reprochar á la autoridad agresiones de la clase de aquella contra las cuales está armada, es decir, violencias, rapiñas, estorciones, ultrages; y llamamos garantías individuales el empeño que contrae de abstenerse de ellas y las instituciones que la obligan, a efecto, á contenerse.

Estas garantías son casi los únicos límites que en un estado grande pueden circunscribir totalmente a la autoridad... las garantías individuales, ... son, por lo menos, el único objeto del ensayo que emprendo, y que no se dirige sino á impedir que las autoridades que nos protegen contra los malechores lo sean ellas mismas.⁹

6 *Ídem.*

7 Cherbuliez, Antoine, *Théorie des garanties constitutionnelles*, t. II, AB. Chaerbuliez et cie, Libraires, París, 1832, p. 237.

8 Daunou, Pierre Claude François, *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*, Imprenta del D. Mariano, México, 1823.

9 *Ibídem*, pp. 5 y 6.

Las garantías individuales, como límites al ejercicio del poder, es un concepto propio de un constitucionalismo liberal de la época en la que Claude escribió. De la conceptualización que hace de las garantías individuales se infiere que, para él, son límites para la protección y seguridad de las personas, la seguridad de las propiedades, la libertad de la industria, de las opiniones y de las conciencias; respecto a estos derechos se preguntó: “qué reglas y qué instituciones pueden preservarlas de sus atentados”¹⁰, y la respuesta fue: las garantías individuales.

3. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES MEXICANOS DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS Y EL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS

En las constituciones que estuvieron vigentes en México se advierten distinciones entre los derechos y las garantías, y de su regulación se desprende que aquellos se reconocen y estas se otorgan. Desde la creación del sistema jurídico mexicano, a partir de la independencia de España, estuvo presente la necesidad de dar efectividad a los derechos humanos.

Partiendo de la adopción de la teoría jurídica y legislación francesa –como la codificación y la preponderancia de la función legislativa sobre las otras dos funciones estatales–, en materia de derechos humanos, se partió del principio de legalidad.

El principio de legalidad parte de la base de normar la actuación de las autoridades, esto implica que se les da un valor preponderante a las normas de carácter general –a la función legislativa– para dar efectividad a los derechos humanos. Lo importante, bajo este contexto, son las garantías primarias.

El primer texto en donde se plasmó la intención de garantizar los derechos humanos fue en el artículo 9º del *Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano*, del 18 de diciembre de 1822, expedido por la Junta Nacional Instituyente, establecida por Agustín de Iturbide, en el cual se previó lo siguiente: “El Gobierno mexicano tiene por objeto la conservación, tranquilidad y prosperidad del Estado y sus individuos, **garantizando los derechos de libertad, propiedad, seguridad, igualdad legal, y exigiendo el cumplimiento de los deberes recíprocos.**” (*Transcripción del texto original y énfasis añadido*).

En el manifiesto denominado *El Congreso General Constituyente a los habitantes de la Federación*, a través del cual se presentó la Constitución de 1824 y que constituye una exposición de motivos del contenido más relevante de ese ordenamiento fundamental, se consideró que las virtudes cívicas y privadas son “la única base de la verdadera libertad, y la mejor garantía de vuestros derechos y de la permanencia de nuestra Consti-

¹⁰ *Ibídem*, p. 8.

tución.” Y, además, se afirmó: “el respeto más inviolable a los derechos de los demás... es el fundamento de las asociaciones humanas.”. Lo anterior se institucionalizó en el artículo 30 de la *Acta Constitutiva de la Federación*: “La nación está obligada á proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano.” (*Transcripción del texto original*). El precepto retoma la denominación dada en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. El Acta Constitutiva también tiene un reconocimiento tácito de los derechos humanos y una regulación de las garantías en los siguientes artículos 18 y 19.

En la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, promulgada el 4 de octubre de 1824, no hay un reconocimiento expreso de los derechos humanos ni tiene una regulación sistemática de las garantías. En ella hay una regulación de garantías en los siguientes artículos: 50, numerales 1ª y 3ª, 148, 149 y 156.

En el artículo 12 de la Primera de las *Leyes Constitucionales*, promulgada el 15 de diciembre de 1835, se hacía referencia a los derechos naturales, los cuales implícitamente se entendían reconocidos para los mexicanos y de los cuales podían gozar los extranjeros introducidos legalmente en la República; el texto era el siguiente: “Los extranjeros introducidos legalmente en la República gozan de todos los **derechos naturales, y además los que se estipulen en los tratados para los súbditos de sus respectivas naciones**, y están obligados á respetar la religion y sujetarse á las leyes del pais, en los casos que puedan corresponderles.” (*Transcripción del texto original y énfasis añadido*).¹¹

Una garantía prevista en el artículo 45, numeral 5º, de la Tercera Ley de las *Leyes Constitucionales*, era la siguiente: “Art. 45. No puede el Congreso general: (...) 5º Privar ni aun suspender á los mexicanos de sus derechos declarados en las leyes constitucionales.” Esa redacción indica que, en esa Constitución, se realizaba una declaración de derechos –las declaraciones se realizan de algo que ya existe–, más no un otorgamiento o creación.

En el Título III –denominado “Garantías individuales”– del Segundo Proyecto de Constitución,¹² leído en la sesión del 3 de noviembre de 1842, se distinguió entre derechos y garantías, al respecto, en el artículo 13 se estableció que “La Constitución **reconoce en todos los hombres los derechos naturales** de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, **otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías.**” (*Énfasis añadido*). Conforme a este precepto, de forma expresa, se establece que los derechos humanos se reconocen y las garantías se otorgan.

11 Una norma similar se plasmó en el artículo 10 de las Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843: “Art. 10. Los extranjeros gozarán de los derechos que les concedan las leyes y sus respectivos tratados.”

12 Los diputados constituyentes integrantes de la Comisión de Constitución que firmaron ese proyecto fueron: Juan José Espinosa de los Monteros, Antonio Díaz Guzmán, Joaquín Ladrón de Guevara, Mariano Otero, José Fernando Ramírez y Octaviano Muñoz Ledo.

En el Voto Particular de Mariano Otero, del 5 de abril de 1847, se propuso el reconocimiento de los derechos humanos; en esa propuesta, Otero tenía claro que los derechos se reconocen y las garantías se otorgan, así se desprende del artículo 4º, primer párrafo, de su proyecto de Acta de Reformas: “Para **asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce**, una **ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad é igualdad** de que gozan todos los habitantes de la República, **y establecerá los medios de hacerlas efectivas.**” (*Transcripción del texto original y énfasis añadido*). Este primer párrafo trascendió y se plasmó en el artículo 5º del *Acta Constitutiva y de Reformas* de 1847, por lo que se convirtió en la primera norma fundamental vigente que estableció con claridad la distinción. La exposición de motivos de la anterior disposición, dada por Mariano Otero en su Voto Particular, es la siguiente:

En las más de las Constituciones conocidas, no solo se fijan los principios relativos á la organización de los poderes públicos, sino que se establecen las bases de las garantías individuales, probablemente porque *la condición social de los asociados es el objeto primordial de las instituciones, y uno de los caracteres más señalados de la verdadera naturaleza de los gobiernos* y sin embargo de que estas garantías, en la realidad de las cosas, dependen de las disposiciones particulares de los Estados, nuestra Constitución federal declaró que la Nación estaba obligada á proteger por leyes sábias y justas los derechos del ciudadano... De consiguiente entiendo que la Constitución actual *debe establecer las garantías individuales*, y sobre bases de tal manera estables, que ninguno de los hombres que habiten en cualquiera parte del territorio de la República, *sin distinción de nacionales* y extranjeros, tengan que extrañar sobre este punto las mejores leyes de la tierra.

Dominado por este pensamiento, propongo que la Constitución fije los derechos individuales y asegure su inviolabilidad, dejando á una ley posterior, pero general y de un carácter muy elevado, el detallarlos.

(*Transcripción del texto original*)

Esa exposición de motivos confirmó con claridad la distinción entre derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para dar efectividad a estos. Al respecto, Isidro Montiel y Duarte opinó lo siguiente:

Las constituciones anteriores se habían limitado á establecer la obligación de proteger los derechos del hombre, sin llegar á la enseñanza explícita de su pre-existencia respecto de toda ley positiva; y solo la acta de reformas vino á apuntar que esos derechos no eran la creación jurídica de la constitución, sino una realidad anterior á ella, sin que le debieran otra cosa que el reconocimiento autorizado de su existencia.¹³

La apreciación de Montiel y Duarte es incorrecta en lo relativo a considerar que el *Acta Constitutiva y de Reformas* fue el primer ordenamiento fundamental que reconocía la

13 Montiel y Duarte, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, Imprenta del Gobierno, México, 1873, p. 22.

teoría de la preexistencia de los derechos humanos, porque las *Leyes Constitucionales* ya hablaban de derechos naturales; y es correcta por lo que hace a que dicho ordenamiento fue el primero en dar claridad a la teoría del reconocimiento de los derechos naturales, ya que el artículo 13 del Segundo Proyecto de Constitución de 1842 no llegó a ser un texto vigente.

Un precepto similar al artículo 5 del *Acta Constitutiva y de Reformas* fue el 30 del *Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana*, ubicado en la Sección Quinta, denominado *Garantías individuales*, cuyo texto es el siguiente: “Art. 30. La nación garantiza a sus habitantes la libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad.” De este mismo ordenamiento es relevante el artículo 5º que establecía la siguiente regla general: “todos los habitantes de la República gozarán de los derechos civiles conforme á las leyes, y de las garantías que se declaran por este Estatuto, pero los extranjeros no disfrutarán en México de los derechos y garantías que no se concedan, conforme á los tratados, á los mexicanos en las naciones á que aquéllos pertenezcan.”; también tiene gran relevancia el artículo 77, que, en su parte más importante, establecía lo siguiente: “Estas garantías son generales, comprenden á todos los habitantes de la República y obligan á todas las autoridades que existen en ella.” (*Transcripciones de los textos originales*).

El Estatuto fue expedido por el Presidente Comonfort el 15 de mayo de 1856, como anticipo de la que sería la Constitución de 1857. Tal ordenamiento y la expedición de una ley de garantías individuales, fueron sus promesas plasmadas en el programa administrativo de 22 de diciembre de 1855.¹⁴

La idea de derechos anteriores al Estado, nota distintiva del constitucionalismo liberal, fue evidente en la regulación de la Constitución de 1857. La teoría del reconocimiento de los derechos humanos se plasmó en el 1º de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857: “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.” En este precepto hay un reconocimiento que denota la influencia de las teorías iusnaturalistas, ya consolidado en ese momento en el constitucionalismo mexicano, y cuyo primer antecedente expreso fue el artículo 12 de la Primera de las *Leyes Constitucionales*. La redacción del precepto estuvo inspirada en el artículo 24 del *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mejicana*, expedido en Apatzingán el 24 de octubre de 1814.¹⁵

14 Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, 24ª ed., Porrúa, México, 2005, p. 491.

15 El precepto es el siguiente: “Art. 24. La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La integra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos, y el único fin de las asociaciones políticas.” (*Transcripción del texto original*).

El artículo 1º de la Constitución de 1857 contiene dos partes que generan la distinción entre el reconocimiento de los derechos y el otorgamiento de las garantías: la primera parte advierte que los derechos del hombre se reconocen y que son la base y objeto de las instituciones sociales; la segunda parte, como deducción lógica de esa primera, y debido al uso de la expresión “En consecuencia”, establece que las autoridades deben respetar y sostener las garantías que otorga la Constitución.

El diputado constituyente Guzmán, en la sesión del 10 de julio de 1856, señaló la razón para considerar a los derechos del hombre como la base y objeto de las instituciones sociales:

...el hombre es un ser eminentemente libre y eminentemente social; que al reunirse los hombres en sociedad, convienen en sacrificar un poco de su libertad natural, para asegurar la de los demás, y que esta parte de libertad que se reservan todos los individuos es lo que constituye el derecho del hombre en sociedad, y asegurar este mismo derecho debe ser el fin de las constituciones y de todas las leyes; y así la comisión ha tenido razón para decir que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales.

Es evidente, pues, que los derechos existen y que ellos deben ser el fin de la ley.¹⁶

Sobre la misma discusión del artículo 1º, en la sesión del 10 de julio de 1856, el diputado constituyente Aranda señaló lo siguiente: “como la Constitución tiene por objeto asegurar los derechos del hombre, es menester que comience hablando de ellos y que, así, su enunciación tiene una razón ideológica, y las repeticiones se hacen indispensables cada vez que se trata de derechos.”¹⁷ En la sesión del 11 de julio de 1856, el diputado Arriaga afirmó: “el artículo no establece que todas las leyes se ocupen de los derechos del hombre, sino que ninguna ley pueda atacar estos derechos, y que, así, lo que se hace es dictar una regla general a que queden sujetas toda clase de leyes, ya sean políticas o administrativas.”¹⁸ Arriaga también señaló que esos principios, que algunos consideraban como abstractos, son convenientes para evitar interpretaciones arbitrarias.¹⁹

El artículo 1º de la Constitución de 1857 también fue objeto de un amplio debate académica en esa época; sobre el precepto, José María Lozano expresó lo siguiente:

...es una verdad universalmente reconocida, que los hombres no son patrimonio de otros hombres, que tienen por la misma naturaleza derechos innegables, que esos derechos no son creaciones de la ley humana, y que su reconocimiento, su sanción y las garantías con que se les asegura y protege son la base y objeto de las instituciones sociales. Tal es la declaración que contiene la primera parte del art.

16 Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente 1856 y 1857*, Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1857, p. 520.

17 *Ibidem*, p. 251.

18 *Ibidem*, p. 254.

19 *Ídem*.

1º de nuestra ley fundamental. “*El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales.*”

Notemos que nuestro artículo constitucional no dice que el pueblo mexicano *declara* ó *establece*, sino que *reconoce*. Anterior, pues, á la Constitución é independiente de ella, es el hecho que se limita simplemente á reconocer como tal. Los derechos sociales son la base de las instituciones sociales y son al mismo tiempo su objeto. Una institución en que se desconozca como base los derechos de la humanidad, es decir, del hombre, será viciosa. Igualmente lo será si no tiene por objeto hacer efectivos y seguros esos derechos... Si alguna vez se dirigen á procurar el bien social, el bien general ó público, es siempre sobre la base de los derechos del hombre; atender esos derechos, hacerlos respetables y seguros, hacer que el hombre en su uso legítimo se desarrolle y perfeccione, es procurar el bien público y la grandeza y prosperidad de la nación.²⁰

En los trabajos constituyentes que dieron lugar a la Constitución de 1917, en la 11ª sesión ordinaria del Congreso Constituyente 1916-1917, celebrada el 13 de diciembre de 1916, el diputado Martínez de Escobar manifestó lo siguiente con relación al contenido y antecedentes garantistas de la Constitución de 1857:

¿Cuál es la influencia de la Constitución de 1793 de manera especialísima en cuanto los derechos del hombre? Allí se proclamaron esos derechos y en nuestra Constitución de 57, si la vamos estudiando, no al pasar de la mirada, indudablemente vamos viendo que en esa declaración de los derechos del hombre hay una imitación; pero no una imitación a propósito, sino una imitación inconsciente – digámoslo así –, porque es natural que si los derechos del hombre surgieron a la maldad del gran tirano de los Borbones, aquí también, en virtud de los grandes despotismos en nuestras instituciones republicanas, surgieron los derechos del hombre como limitación del poder público; esos derechos, que son parte integrante de la naturaleza humana, que son el elemento constitutivo del hombre, que en algunas partes se sostiene que son ilegislables, porque hay algo que no se le puede quitar al hombre. Entre nosotros, en toda la ley constitucional, señores diputados, que es la ley fundamental de los pueblos, porque allí se plasma nuestras instituciones, nuestras costumbres cívicas, nuestros usos porque allí se condensa el alma de la vida nacional, el alma de la vida de la patria; en toda ley fundamental venimos distinguiendo tres elementos: el reconocimiento de derechos, limitaciones del poder público, forma u organización de los poderes, manera de constituirlos, división de las mismas facultades que tiene cada uno de ellos y la manera de hacer efectiva aquellas garantías individuales que se reconocen al hombre frente al poder público.²¹

20 Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre. Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre. Conforme a la Constitución de 1857 y a la Ley Orgánica de Amparo de Garantías de 20 de enero de 1869*, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía, México, 1876, pp. 586 y 587.

21 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 23, 13 de diciembre de 1916, Querétaro, p. 420.

Respecto al contenido del artículo 1º de la Constitución de 1857, el diputado constituyente Martínez de Escobar, en la 52ª sesión ordinaria del Congreso Constituyente 1916-1917, celebrada el 20 de enero de 1917, señaló lo siguiente:

...cuando se viola una garantía individual, señores diputados, la garantía individual, que es la base fundamental de nuestras instituciones, pues la Constitución de 57 nos decía: “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, etc.” En consecuencia, esa Constitución declaró que todos los derechos del hombre deben ser perfectamente garantizados por todas las autoridades. Vemos, pues, que la organización de todos los Poderes públicos tiene como base garantizar la libertad humana; la garantía individual es, pues, la base, el fundamento especial, la causa eficiente y final de nuestras instituciones públicas. La garantía individual es, consecuencia, la que debemos procurar que se respete, y si no se respeta, de nada sirven las funciones del Poder Legislativo y las del Ejecutivo.²²

El diputado constituyente Martínez de Escobar señala la influencia del constitucionalismo liberal francés en la Constitución de 1857 y demuestra el entendimiento de que los derechos humanos se protegen a través de las garantías individuales.

Respecto al contenido garantista de la Constitución de 1857, el diputado constituyente Machorro Narváez, en la 16ª sesión ordinaria del Congreso Constituyente de 1916-1917, celebrada el 18 de diciembre de 1916, señaló lo siguiente: “La Constitución de 57 llevaba enteramente el espíritu francés de 1830: que contenía ampliamente comprendidas las garantías individuales; el sistema libertario de aquella época fue enteramente individualista.”²³ Con ese pronunciamiento reconocía el contenido liberal de la Constitución de 1857 por contener el reconocimiento de derechos y el otorgamiento de garantías, por influencia del constitucionalismo francés.

La anterior influencia del constitucionalismo liberal francés sobre la Constitución de 1857 se constata en el discurso del diputado constituyente Isidoro Olvera, pronunciado en la sesión del 3 de febrero de 1857, en el que señaló que la obra de Pierre Claude François Daunou, *Ensayo sobre garantías individuales*, fue una fuente de inspiración para el Congreso Constituyente. Además, la composición liberal del Congreso Constituyente de 1856-1857 se reflejó en el dogma de la soberanía del pueblo, por lo que todo el sistema constitucional fue consecuencia lógica de ello.²⁴

En el Congreso Constituyente 1856-1857, al discutirse el precepto que contenía la suspensión de garantías individuales, se puede advertir que el objeto de suspensión son

22 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. II, núm. 65, 20 de enero de 1917, Querétaro, p. 520.

23 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 29, 18 de diciembre de 1916, Querétaro, p. 547.

24 *Cfr.* Discurso: *El Congreso Constituyente a la Nación*, pronunciado el 5 de febrero de 1857 ante el Congreso Constituyente.

las garantías y no los derechos, por lo que los constituyentes tuvieron clara la distinción y la intención de suspender a las garantías; al respecto, en el primer párrafo del artículo 29 de la Constitución de 1857 establecía lo siguiente:

ART. 29. En los casos de invasion, perturbacion grave de la paz pública, ó cualesquiera otros que pongan á la sociedad en grande peligro ó conflicto, solamente el Presidente de la República, de acuerdo con el consejo de Ministros y con aprobacion del Congreso de la Union, y en los recesos de éste, de la diputacion permanente, **puede suspender las garantías otorgadas en esta Constitucion**, con escepcion de las que aseguran la vida del hombre; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la supresion pueda contraerse á determinado individuo.

(Transcripción del texto original y énfasis añadido)

La distinción entre el reconocimiento de los derechos humanos y el otorgamiento de garantías, también se advierte en el discurso denominado *El Congreso Constituyente a la Nación*, pronunciado el 5 de febrero de 1857, en el cual, con relación al artículo 1º, se señaló lo siguiente:

Persuadido el Congreso de que la sociedad, para ser justa, sin lo que no puede ser duradera, debe respetar los **derechos concedidos al hombre por su Creador**, convencido de que las más brillantes y deslumbradoras teorías políticas son torpe engaño, amarga irrisión cuando no se aseguran aquellos derechos, cuando no se goza de libertad civil, **ha definido clara y precisamente las garantías individuales**, poniéndolas a cubierto de todo ataque arbitrario. La acta de derechos que va al frente de la Constitución es un homenaje tributado en vuestro nombre por vuestros legisladores a los **derechos imprescriptibles de la humanidad**. Os quedan, pues, libres, expeditas todas las facultades que del Ser Supremo recibisteis para el desarrollo de vuestra inteligencia, para el logro de vuestro bienestar. (...)

Tales son, ciudadanos, **las garantías que el Congreso creyó deber asegurar en la Constitución** para hacer efectiva la igualdad, **para no conculcar ningún derecho**, para que las instituciones descendan solícitas y bienhechoras hasta las clases más desvalidas y desgraciadas, a sacarlas de su abatimiento, a llevarlas la luz de la verdad, **a vivificarlas con el conocimiento de sus derechos**.

(Transcripción del texto original y énfasis añadido)

En el artículo 58 del *Estatuto Provisional del Imperio Mexicano*, expedido por Maximiliano de Habsburgo el 10 de abril de 1865, establecía el reconocimiento de derechos humanos y la obligación del gobierno de garantizarlos:

TÍTULO XV

De las garantías individuales

Art. 58. El Gobierno del Emperador garantiza á todos los habitantes del Imperio, conforme á las prevenciones de las leyes respectivas:

La igualdad ante la ley;

La seguridad personal;
La propiedad;
El ejercicio de su culto;
La libertad de publicar sus opiniones.

Para efectos de lo aquí expuesto, otro artículo relevante de ese ordenamiento fue el artículo 59: “Todos los habitantes del Imperio disfrutaban de los derechos y garantías, y están sujetos á las obligaciones, pago de impuestos y demás deberes fijados por las leyes vigentes ó que en lo sucesivo se espidieren.” En este precepto se hace una clara distinción entre derechos y garantías.

En la labor doctrinal del siglo XIX, la distinción se advirtió por importantes juristas, como Isidro Montiel y Duarte,²⁵ José María Lozano²⁶ y Justo Arosemena.²⁷

4. EL JUICIO DE GARANTÍAS

Debido a la distinción entre el reconocimiento de derechos humanos y el otorgamiento de garantías que hubo en los congresos constituyentes de 1847 y 1856-1857, se puede advertir que el juicio de amparo se concibió para la protección de las garantías y, por consecuencia, de los derechos que estas hacen efectivos.

En el artículo 101, fracción I, de la Constitución de 1857, se estableció que los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: “Por leyes ó actos de cualquiera autoridad que violen **las garantías individuales.**” (*Énfasis añadido*). Del precepto se advierte que el objeto de protección son las garantías que otorga la Constitución.

En el artículo 2 de la *Ley Orgánica Reglamentaria de los Artículos 101 y 102 de la Constitución*, del 30 de noviembre de 1861, se utilizó el término *garantías* como objeto de la protección del juicio de amparo:

Art. 2. Todo habitante de la República que en su persona ó intereses crea violadas las **garantías que le otorgan la Constitución ó sus leyes orgánicas**, tiene dere-

25 Este autor, haciendo alusión a las obligaciones frente a los derechos humanos, afirma: “Que esta obligación consiste en dar todo género de garantías para todos los derechos del hombre que reconoce como base y objeto de sus instituciones sociales.” *Op. cit.*, p. 23.

26 Lozano, José María, *op. cit.*, pp. 586-595.

27 Este autor al comentar el reconocimiento de los derechos humanos en el artículo 1º de la Constitución de 1857 señala lo siguiente: “Los derechos que encierran son nulos, las declaraciones palabras, si no se prevé de medios para hacer los efectivos; i esos medios son el código penal, la responsabilidad de las autoridades, el inflexible castigo de todo ataque á los derechos concedidos. Eso, i nada menos que eso, constituye la garantía.” (*Transcripción del texto original*). En *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina*, t. II, Librería Española i Americana de E. Denne, Paris, 1878, p. 303.

cho de ocurrir á la justicia federal, en la forma que le prescribe esta ley, solicitando amparo y protección.

(Énfasis añadido)

Para los legisladores de esa época era claro que la protección de las garantías a través del juicio de amparo implicaba, por vía de consecuencia, la protección de los derechos humanos.

En la 15ª sesión del Congreso Constituyente de 1916-1917, celebrada el 16 de diciembre de 1916, el diputado constituyente Rojas manifestó lo siguiente:

...Pues bien, señores, nosotros lo hemos consignado en el artículo 31, porque es importante ponerlo en el capítulo de garantías individuales; nosotros decimos que **las garantías individuales son por excelencia las restricciones que se ponen al poder público en favor de los individuos, y esas restricciones, para que sean efectivas, se garantizan de una manera especial con el amparo.**²⁸

(Énfasis añadido)

El diputado constituyente Medina, en la 55ª sesión ordinaria del Congreso Constituyente, celebrada el 22 de enero de 1917, señaló lo siguiente:

... Todas las Constituciones políticas de todos los países se han tomado el trabajo, para evitar toda duda o mala interpretación, de explicar cuáles son los derechos del hombre y cuáles las garantías individuales. Este sistema, aceptado por la Constitución de 1857, tomada de aquella civilización primera de los revolucionarios, cuando la Francia expidió su Constitución el año de 1879, tenía deberes, tenía derechos; pero, en cambio, ¿cuál era la situación del hombre, colocado enfrente del Poder en esas instituciones? Se le decía: tú eres hombre, tú eres libre, tú piensas, tú tienes derecho de manifestar tus ideas ante el público, tú tienes derecho de ir y venir, de salir y entrar por el territorio de la República; tienes derecho de hacer que tu propiedad sea respetada por todos, y estos derechos te los garantiza el Gobierno de la República; ninguna autoridad, ningún Poder de la tierra puede vulnerarte esos derechos, porque son sagrados. Por eso nuestra Constitución de 57 tiene en su primer artículo aquella grandiosa declaración de que el pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales. El pueblo mexicano que concurrió a hacer el pacto constitucional, reconoció que todos los derechos humanos estaban garantizados en la Constitución, garantías que nadie ha podido tocar; ni nadie puede vulnerar; es el sistema de las garantías individuales. ¿Pero de qué manera se procede para que las garantías individuales sean efectivamente respetadas? ¿Deben quedar en la constitución ¿Deben quedar en la Constitución sólo como un pacto declaratorio y encomiástico de las libertades humanas? No, señores diputados; era nece-

28 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 28, 16 de diciembre de 1916, Querétaro, p. 503.

sario el remedio eficaz, era preciso un remedio eficiente; ... ese remedio se llama el amparo.²⁹

En los anteriores pronunciamientos de los diputados constituyentes, en especial del último, se advierte la distinción entre derechos y garantías, y que el juicio de amparo se creó para proteger directamente a las garantías primarias, dado que éstas son las normas que establecen las obligaciones y prohibiciones para que las autoridades den eficacia a los derechos humanos, por lo que, en caso de violarse, se vulneran los derechos humanos. Por esa razón, si se repara el cumplimiento de las garantías a través del juicio de amparo, de forma indirecta se protegen a los derechos humanos reconocidos por el sistema jurídico.

Con lo anterior, el juicio de amparo se redireccionó a una concepción más procesalista, basada en el principio de legalidad, con sus subprincipios, como el competencial, de ahí que el amparo, preponderantemente, se promueve en contra de violaciones a los artículos 14 y 16 de la Constitución General.

5. LA CONTINUIDAD DE LA TEORÍA DEL RECONOCIMIENTO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

La preponderancia de las garantías primarias en el sistema jurídico mexicano, con base en el principio de legalidad, consolidaron un constitucionalismo enfocado en la parte estructural de los componentes del Estado mexicano, sin embargo, su fin último siempre fue la protección de los derechos humanos.

Venustiano Carranza, en la apertura del Congreso Constituyente de 1916-1917, el 1 de diciembre de 1916, pronunció el discurso denominado *Mensaje del Primer Jefe ante el Constituyente 1916*,³⁰ en el cual señaló lo siguiente:

Por esta razón, lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo, **es garantizar, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana**, para evitar que el Gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente.

La Constitución de 1857 hizo, según antes he expresado, la declaración de que los derechos del hombre son la base y objeto de todas las instituciones sociales; pero, con pocas excepciones, no otorgó a esos derechos las garantías

29 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. II, núm. 68, 22 de enero de 1917, Querétaro, pp. 577 y 578.

30 Sesión inaugural celebrada en el teatro Iturbide la tarde del viernes 1º de diciembre de 1916, *Diario de los Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 12, 1º de diciembre de 1916, Querétaro, pp. 260-270.

debidas, lo que tampoco hicieron las leyes secundarias, que **no llegaron a castigar severamente la violación de aquéllas**, porque sólo fijaron penas nugatorias, por insignificantes, que casi nunca se hicieron efectivas. De manera que, sin temor de incurrir en exageración, puede decirse que a pesar de la Constitución mencionada, la libertad individual quedó por completo a merced de los gobernantes.

(...)

La simple declaración de derechos, bastante en un pueblo de cultura elevada, en que la sola proclamación de un principio fundamental de orden social y político, es suficiente para imponer respeto, resulta un valladar ilusorio donde, por una larga tradición y por usos y costumbres inveterados, la autoridad ha estado investida de facultades omnímodas, donde se ha atribuido poderes para todo y donde el pueblo no tiene otra cosa que hacer más que callar y obedecer.

A corregir ese mal tienden las diversas reformas que el Gobierno de mi cargo propone, respecto a la sección primera del título primero de la Constitución de 1857, y abrigo la esperanza de que con ellas y con los castigos severos que el Código Penal **imponga a la conculcación de las garantías individuales**, se conseguirá que los agentes del poder público sean lo que deben ser: instrumentos de seguridad social, en vez de ser lo que han sido, los opresores de los pueblos que han tenido la desgracia de caer en sus manos.

(...)

...con todas estas reformas, repito, espera fundadamente el Gobierno de mi cargo que las instituciones políticas del país **responderán satisfactoriamente a las necesidades sociales, y que esto, unido a que las garantías protectoras de la libertad individual serán un hecho efectivo** y no meras promesas irrealizables, y que la división entre las diversas ramas del poder público tendrá realización inmediata, fundará la democracia mexicana, o sea el Gobierno del pueblo de México por la cooperación espontánea, eficaz y consciente de todos los individuos que la forman...

(...)

...uno de los anhelos más ardientes y más hondamente sentidos por el pueblo mexicano, es el de **tener tribunales independientes que hagan efectivas las garantías individuales** contra los atentados y excesos de los agentes del poder público y que **protejan el goce quieto y pacífico de los derechos civiles** de que ha carecido hasta hoy.

...reformas todas tendentes a asegurar las libertades públicas por medio del imperio de la ley, a garantizar los derechos de todos los mexicanos por el funcionamiento de una justicia administrada por hombres probos y aptos...

(Énfasis añadido)

Los anteriores fragmentos del discurso de Venustiano Carranza contienen la exposición de motivos de las modificaciones fundamentales a la Constitución de 1857. En ella es evidente la distinción entre derechos y garantías, y su crítica a la regulación de la Constitución de 1857, ya que consideraba que en esta no se otorgaron las garantías debidas y no se expidieron las leyes necesarias para castigar su violación.

Las propuestas del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista se basaron en la consideración de que era necesario fortalecer el cumplimiento de las garantías individuales a fin de dar efectividad a los derechos humanos. La necesidad de dar eficacia a los derechos humanos fue lo que motivó al cambio de denominación del primer apartado de la Constitución por el de *Garantías individuales*. La idea era clara: si no se respetan las garantías se vulneran los derechos humanos.

El texto del artículo 1º que se aprobó de la Constitución de 1917 fue el siguiente: “En 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.” El precepto menciona el otorgamiento de las garantías, no de los derechos humanos, debido a que estos se entienden reconocidos y protegidos a través de las garantías; lo que más importa para la protección de los derechos humanos no es su reconocimiento sino la regulación de las garantías que los protegen. La redacción de esa porción normativa subsistió hasta la reforma del 10 de junio de 2011. A continuación, se analizan las discusiones que se dieron en el Congreso Constituyente 1916-1917 sobre el contenido de ese precepto original.

En la 8ª sesión ordinaria del Congreso Constituyente, celebrada el 11 de diciembre de 1916, la comisión dictaminadora presentó el dictamen del artículo 3º (elaborado el 9 de diciembre de 1916), en el que señaló lo siguiente:

Un diputado ha propuesto a la comisión que incluya en el artículo 3º la obligación que debe imponerse a los gobiernos de establecer determinado número de escuelas. La comisión juzga que esta iniciativa no cabe **en la sección de las garantías individuales: en ella los preceptos deben limitarse a expresar el derecho natural que reconoce la ley y las restricciones que considere necesario ponerle; nada más.**

(Énfasis añadido)

Del anterior pronunciamiento se advierte la diferencia entre derechos reconocidos y garantías otorgadas para la protección de estos; además se desprende la distinción implícita entre garantías individuales y sociales, debido a que la Comisión consideró incorrecto el reconocimiento de garantías sociales para la protección del derecho a la educación y consideró pertinente que la constitución se limitara a la regulación de garantías individuales.

Respecto a la distinción entre derechos y garantías, el diputado constituyente Martínez de Escobar, en la 10ª sesión ordinaria celebrada el martes 12 de diciembre de 1916, mencionó lo siguiente: “...entonces se produjo en México la primera república central; indudablemente que ya se nos habla allí de soberanía, se habla de división de poderes, **se hacen constar ciertas garantías y derechos individuales...**”³¹ *(Transcripción del*

31 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 23, 12 de diciembre de 1916, Querétaro, p. 407.

texto original y énfasis añadido). En la misma sesión, el diputado Rojas señaló lo siguiente: “...El gobierno es precisamente para beneficio común y todas las leyes que dicte no tienen más objeto que garantizar las manifestaciones principales de la vida humana y evitar que se violen los derechos naturales o civiles del hombre; pues el verdadero papel del gobierno es mantener el equilibrio entre todos los asociados.”³²

En el dictamen de la comisión sobre el artículo 1º, presentado ante el Pleno en la 11ª sesión ordinaria del Congreso Constituyente, celebrada el 13 de diciembre de 1916, se distingue entre el reconocimiento de los derechos y sus garantías:

Comenzando el estudio del proyecto de Constitución presentado por la primera jefatura, la comisión es de parecer que debe aprobarse el artículo 1o., que contiene dos principios capitales cuya enunciación debe justamente preceder a la enumeración de **los derechos que el pueblo reconoce como naturales del hombre, y por esto encomienda al poder público que los proteja** de una manera especial, como que son la base de la [*sic*] instituciones sociales. El primero de esos principios, es que **la autoridad debe garantizar el goce de los derechos naturales** a todos los habitantes de la república. El segundo es que no debe restringirse ni modificarse la protección concedida a esos derechos, sino con arreglo a la misma Constitución.

(Énfasis añadidos)

En la misma sesión, el diputado Martínez de Escobar, respecto al mismo artículo 1º y con relación a la distinción entre reconocimiento de derechos y sus garantías, manifestó lo siguiente:

... en toda ley fundamental venimos distinguiendo tres elementos: **el reconocimiento de derechos**, limitaciones del poder público, forma u organización de los poderes, manera de constituirlos, división de las mismas facultades que tiene cada uno de ellos y **la manera de hacer efectiva aquellas garantías individuales que se reconocen al hombre frente al poder público**. Si nosotros vemos nuestra Constitución, indudablemente que se distinguen tres clases de principios; el derecho social, el derecho político y el derecho administrativo, si se me permite la frase, aunque quizá no sea muy exacta; pero no encuentro otra que pudiera plasmar la idea que voy a emitir. Principio de derecho social es todo eso que se llama **derechos del hombre o garantías individuales**; yo más bien no le llamaría a este conjunto de disposiciones que integran todos estos artículos, no le llamaría **garantías individuales**, le llamaría yo, **de las garantías constitucionales**...

(...)

...El artículo anterior decía: “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.”

32 *Ibídem*, p. 402.

Esto, sencillamente, es una redacción ilógica, torpe, porque **es claro que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones**, porque es indudable que las instituciones sociales se hacen para salvaguardar, para beneficiar al hombre, para prosperidad del hombre; el estado no se constituye para protección del estado; el gobierno no se constituye para protección del propio gobierno **pero del hecho de que los derechos del hombre sean la base, ¿Se puede creer que las autoridades respeten las garantías de la Constitución?** No, señores. No son verdad las garantías individuales. Al artículo de la Constitución de 57 bien pudo dársele otra forma; pero nunca debe decirse que las leyes y autoridades deban respetar y otorgar las garantías de manera especial al individuo, mejorar al individuo; porque tras ellos se ve como un beneficio y esto es si solamente se trata de proteger al individuo, de la sociedad, al conjunto de elementos ya acordes para respetar la misma libertad individual en provecho de la libertad social. Por eso decía ya que era principio de derechos social y había pensado bien; no merecería la pena decirlo, porque no debemos impresionarnos de las palabras; **ni siquiera está bien dicho. “De las garantías individuales” debe decir “De los derechos del hombre,” nada más.** Así nuestra Constitución no está bien; dice nada más de las garantías individuales, **yo ya he dicho la palabra que debe usarse en lugar de “Individuales.” Y digo que no está bien dicho, porque la palabra es “Constitucionales;” porque las garantías en esos artículos, la garantía genérica, la que sí existe de una manera efectiva, es la garantía constitucional**, porque en esa garantía constitucional, que es genérica, concurren y coexisten dos clases de garantía; las garantías individuales y las garantías sociales. En esos artículos vemos en cada pensamiento una libertad palpitante: en algunos, todos enteros, vemos una limitación completa al individuo en beneficio de la sociedad; ya es una garantía netamente social. **Si, pues, la garantía constitucional es la garantía individual, es la garantía social, la palabra correcta sería garantía constitucional:** pero no viene al caso porque no tiene mucha importancia la palabra... Pero el artículo, en sí, contienen lo que debe contener, responde de una manera intensa a los anhelos del pueblo; **las garantías individuales, porque ellas son la base de todas nuestras instituciones. ¿Los gobiernos necesitan para el bienestar del individuo, protegerlo? Pues ahí están las garantías individuales** y no se suspenderán sino cuando surja una necesidad política y social... Yo quería decir nada más, que creo que **esas garantías no son renunciables, las garantías individuales, aquellas que se refieren meramente a los derechos del hombre.**³³

(Énfasis añadidos)

Las anteriores consideraciones del diputado constituyente Martínez, además de profundizar sobre el reconocimiento de los derechos humanos y la distinción con las garantías individuales, se centran en proponer como denominación correcta a la de *Garantías constitucionales*, por ser un término más amplio que incluye tanto a las garantías individuales como a las garantías sociales.

33 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 24, 13 de diciembre de 1916, Querétaro, pp. 420-422.

El diputado constituyente Macías, al explicar el proyecto del artículo 1º, presentado por Venustiano Carranza, y en respuesta a los cuestionamientos del diputado Martínez de Escobar, señaló lo siguiente:

Si su señoría, con menos prevención y con una poca de calma, hubiera leído atentamente el artículo, vería que contiene exactamente lo que desea que se le arregle. Dice el artículo:

“En la República Mexicana todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución.”

De manera que no habría en México individuo alguno que no gozara de estas garantías.

Hay leyes que no podrán restringirlas.

“Las que no podrán restringirse ni suspenderse.”

Y luego añade el artículo:

“.....Sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

...**Las garantías aquí otorgadas** no pueden suspenderse ni restringirse, sino en los casos y condiciones que el artículo señala. **Esta garantía tienen por objeto proteger al individuo** y tienden a sacarlo de la garra de la opresión en que ha vivido. Esto, señores diputados, es demasiado elocuente; esto es, señores diputados, la Constitución tal como el C. Primer Jefe la presenta...

...pero tengo que hacer otras observaciones con el de establecer la teoría sobre el artículo 10. de la constitucion de 1857. Decía: “Los derechos naturales del hombre, son la base de las instituciones sociales.” No sólo tenía el defecto que con toda razón le encontró el señor diputado que me precedió en el uso de la palabra; tiene este otro inconveniente gravísimo; **que como la constitución no hace la enumeración de los derechos naturales, todo el mundo creyó ver en esto, que no había derecho que no estuviera aprobado por la Contitución**; de manera que no solamente se creyó que estaban aprobados los derechos propiamente fundamentales; sino estaban compredidos todos los derechos secundarios y políticos, y de ese error surgieron multitudes de dificultades. **El derecho individual quiso extenderse a otra clase de derechos y la justicia federal se vió de tal manera solicitada, que era imposible que pudieran resolverse todas las cuestiones que con este motivo se presentaron.** La redacción de este artículo dio lugar a que el inmortal Batalla formulara un dicho tan conocido por nosotros, “Ni están todos los que son, ni son todos los que están.” Porque hay en la sección primera derechos que no son naturales, si no que son políticos, y no están todos los derechos naturales, porque una certeza expresa no ha habido sobre este punto.

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. Hay que rehuir cuidadosamente todas estas discusiones filosóficas que no sirven más que para hacer confusión de las ideas e inducir a errores que siempre son perjudiciales para los pueblos, y venir a una cosa práctica y positiva. **Las constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta de todas las manifestaciones de la libertad, por eso deben otorgarse las**

garantías individuales, y esto es lo que se ha hecho en el artículo que está a discusión. Hay todavía más; la constitución de 57, en su redacción del artículo 10., decía; “Los derechos naturales del hombre son la base y el objeto de las Instituciones sociales.” Pues bien, si los **derechos naturales del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, quiere decir que a la hora que esa base falta, la sociedad estalla; era, pues, un absurdo que a renglón seguido dijera el artículo 10.:** “Todas las autoridades y todas las leyes del país deben respetarla,” y luego, establecer en el artículo 29 que todos estos derechos pueden suspenderse en un caso dado. Esta contradicción tan manifiesta, que con toda la razón señalaba el señor Martínez de Escobar, dio origen, señores diputados, a que los tratadistas de todo el mundo se burlaran de nuestra Constitución, de que señalaran a los ilustres constituyentes de 57 como hombres que no supieron lo que traían entre manos y que no supieron siquiera formular la base fundamental sobre la cual debe descansar derecho de la sociedad y las instituciones de un pueblo. Todo esto ha desaparecido en el artículo; **en el fondo están reconocidos los derechos naturales del individuo, sea que estos derechos sean de este, o de aquel, o de cualquier otro, sea que fueran de ocho, diez, veinte o cincuenta; todos están reconocidos allí porque las garantías que otorga la sección primera son para respetar las diversas manifestaciones de la libertad humana.** Pero tiene todavía otra ventaja el artículo, y esta ventaja es enteramente trascendental para poder ponerla fuera de toda discusión, para que no dé lugar a confusiones peligrosas que, como dije antes, siempre redundan en perjuicio de las naciones, y es que viene a determinar de una manera clara y terminante, cuáles son la garantías que pueden suspenderse en un momento dado, en cuanto sea necesario, para salvar los peligros que amenacen a la nación.

Decía el señor Martínez de Escobar que no debían llamarse garantías “Individuales,” sino “Garantías sociales constitucionales,” y este es un error gravísimo, trascendental, que no puedo dejar de pasar desapercibido, por que nos llevaría a una confusión desastrosa, a errores terribles, que influirían incuestionablemente, de una manera decisiva en la formación de muchos de los artículos que vamos a estudiar atentamente para hacer las reformas propuestas por el Primer Jefe.

El derecho constitucional supone dos puntos elementales que va a conbinar el individuo como directo combinante del estado; la nación y el gobierno. De manera que son los tres elementos forzosos que entran en la composición constitucional política. No puede haber ni ha habido en parte alguna, jamás, una constitución política, de cualquier pueblo que sea, ya se trate de una dictadura, ya se trate de un imperio o de un gobierno libre, que no tenga forzosamente esos elementos: **el individuo, la nación y el gobierno.** Son tres elementos inconfundibles y es precisamente a los que me voy a referir, para poder desvanecer la confusión en que ha incurrido el apreciable señor licenciado Martínez de Escobar. **El individuo que es, como dicen los tratados, la molécula, la parte principal componente del estado, tiene que quedar por completo fuera de la nación, fuera del estado, de manera que ni la nación, ni el gobierno, ni el estado podrán tener alcance alguno sobre el individuo.**

Por eso es que los tratadistas modernos, hombres que han profundizado esta cuestión de una manera minuciosa, ya no opinan que se llamen garantías individuales, sino derechos del hombre, en la constitución política de los pueblos.

Este es el rubro que aconsejan varios tratadistas modernos; el C. Primer Jefe creyó que era más claro el rubro: “De las garantías individuales,” porque habiendo los tres elementos, el individuo, la nación y el gobierno, hay garantías individuales que ven al individuo, al elemento del derecho constitucional que se llama individuo: Hay garantías sociales que son las que ven a la nación, a todo el conjunto, a todo el conglomerado de individuos, y hay garantías constitucionales o políticas, que se van ya a la estructura, ya a la combinación del gobierno mismo. Al decir, pues, como el señor Escobar, garantías individuales constitucionales, daríamos lugar entonses a que se viniera a pedir amparo cuando se viole verdaderamente una de las garantías constitucionales, o podríamos dar lugar a que se procese amparo cuando se violase una garantía social. Ni las garantías sociales ni las constitucionales están protegidas por el amparo: no están protegidas por el amparo más que garantías individuales. Las otras garantías, sociales, políticas o constitucionales, están garantizadas por la estructura misma y por el funcionamiento de los poderes.³⁴

(Transcripción del texto original y énfasis añadidos)

Es de gran relevancia lo apuntado por el diputado Macías porque señala que no es necesario el reconocimiento de los derechos humanos para su existencia, a tal grado que señala que “Las constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta de todas las manifestaciones de la libertad, por eso deben otorgarse las garantías individuales”, esta es la noción más precisa sobre la distinción en estudio. Considera, con gran elocuencia, que las garantías están otorgadas para respetar los derechos humanos.

El diputado constituyente Macías, al criticar la propuesta del diputado Martínez de Escobedo sobre la denominación de *Garantías constitucionales*, señala que hay tres tipos de garantías atendiendo a los tres elementos de todo Estado individuo, nación y gobierno: garantías individuales que corresponden al individuo, garantías sociales que corresponden a la nación y garantías constitucionales que corresponden al gobierno o a la estructura de este. De esta forma llega a la conclusión que las garantías individuales son las únicas que se protegen a través del amparo. Esa distinción no es correcta. Posturas como estas impidieron la judicialización de las decisiones del gobierno, la materia electoral y la protección de los derechos sociales, durante la última mitad del siglo XIX y gran parte del siglo XX.

En la 12ª sesión del 13 de diciembre de 1916, en la que se discutió el artículo 3º, el diputado Rojas, respecto al concepto de garantías individuales, manifestó lo siguiente:

Pues bien, solamente aquel punto no hay tampoco verdadera dificultad; tanto el Primer Jefe como la comisión y la asamblea, están realmente de acuerdo. Lo único que sucede en el fondo, es que buena parte de esta asamblea no tiene la suficiente preparación jurídica y no se ofendan por ello; tengan ustedes la bondad

34 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 24, 13 de diciembre de 1916, Querétaro, pp. 422-426.

de no exagerar el alcance de mis palabras, lo digo con la mejor intención; **no hay en la mayoría suficiente preparación, y se ha ignorado o no se ha entendido suficientemente lo que significa o vale con toda propiedad la sección de garantías individuales. Estas garantías son las limitaciones en favor del individuo que se oponen al abuso de la autoridad y están sancionadas, protegidas y aseguradas de manera especial, por el recurso de amparo**, honra y gloria del derecho mexicano... por más que dicho juicio o recurso de amparo haya tenido hasta ahora muchos inconvenientes y deficiencias; pero justamente una de las cosas de que estaremos orgullosos en la nueva Constitución, es el tino con que se ha simplificado y reducido el juicio de amparo, a fin de hacerlo mucho más práctico y efectivo. **Repito que, si en la sección de garantías individuales lógicamente se trata sólo de limitaciones al poder y no al individuo**, es enteramente impropio y fuera de lugar que se hable allí de la enseñanza obligatoria, y por eso el C. Primer Jefe, con un buen juicio y con una intuición admirable, ha decidido que esa obligación sea designada en su puesto, en donde se hayan las demás obligaciones de los nacionales.³⁵

(Énfasis añadido)

La consideración de que las garantías individuales implicaban obligaciones y prohibiciones de la autoridad y no así de los particulares, provocó, en gran medida, la regulación de la improcedencia del juicio de amparo en contra de violaciones cometidas por particulares. Esa incorrecta conceptualización fue sostenida por otros diputados constituyentes.

El diputado constituyente Palavicini, en la sesión ordinaria 15ª, celebrada el 16 de diciembre de 1916, manifestó lo siguiente: “Son, pues, las garantías individuales obligaciones para el gobierno; son las garantías individuales un código de limitaciones al poder público.”³⁶ En la misma sesión, el diputado constituyente Lizardi, señaló lo siguiente: “Voy sencillamente a llegar a la síntesis de lo que debe contener una Constitución. / Debe contener, en primer lugar, **un tratado de garantías individuales que consigne los derechos de los individuos como tales**, con relación al estado, es decir, las restricciones que se ponen al poder público con relación a los individuos.”³⁷ (Énfasis añadido). Respecto a la misma discusión, en la sesión ordinaria 16ª, del 18 de diciembre de 1916, el diputado Ibarra señaló lo siguiente:

...Con motivo del artículo 30., el licenciado Rojas y el señor ingeniero Palavicini dijeron que las garantías individuales son restricciones que se oponen al poder público en favor de los individuos y que, por tanto, las restricciones a la iglesia o a los individuos no deben ir en el título de las garantías individuales. Basta leer detenidamente la Constitución para ver, como ya se ha dicho también aquí, que

35 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 24, 13 de diciembre de 1916, Querétaro, pp. 441 y 442.

36 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 28, 16 de diciembre de 1916, Querétaro, p. 509.

37 *Ibidem*, p. 519.

en el título de las garantías individuales se determinan cuáles son los derechos del hombre que garantiza la Constitución; que esos derechos se determinan primeramente, definiendo el principio más o menos general, y luego vienen las limitaciones correspondientes, porque no hay libertades absolutas.³⁸

El diputado constituyente Fajardo, en la sesión ordinaria del Congreso Constituyente, en la 20ª sesión ordinaria del Congreso Constituyente, celebrada el 22 de diciembre de 1916, con relación a la regulación de los derechos humanos, señaló lo siguiente:

Todos los tratadistas de derecho constitucional están unánimes en que los derechos naturales del hombre, basta sólo enunciarlos; basta decir todo hombre es libre, todo hombre tiene derecho de aprender, todo hombre tiene derecho de hablar, todo hombre tiene derecho de escribir, todo hombre tiene derecho de asociarse; en consecuencia, toda restricción a estos principios es una demostración palpable de tiranía.³⁹

El diputado Mugía, en la 25ª sesión ordinaria, celebrada el 28 de diciembre de 1916, señaló lo siguiente: “la comisión se contentó con poco, para el artículo 5º, porque la comisión juzga que esas adiciones que se le hicieron al artículo son las que pueden ponerse entre las **garantías individuales que tienden a la conservación de los derechos naturales del hombre**”.⁴⁰ (*Énfasis añadido*).

Conforme a todo lo anterior, es evidente que la intención del Constituyente de 1916-1917 fue conservar la teoría del reconocimiento de derechos humanos y reforzar el cumplimiento de las garantías individuales. No existió un cambio de teoría con relación a la institucionalización de los derechos humanos; solo hubo un cambio de denominación para reforzar la importancia en la regulación de las garantías de los derechos humanos.

6. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y EL OTORGAMIENTO DE GARANTÍAS EN LA REFORMA DEL 10 DE JUNIO DE 2011

La reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 continuó con la teoría del reconocimiento de los derechos humanos prevista en el primer párrafo del artículo 1º—la diferencia es que ahora se realiza de forma expresa—; este precepto se reformó para quedar de la siguiente manera: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. La oración “así como de las

38 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 29, 18 de diciembre de 1916, Querétaro, p. 543.

39 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 33, 22 de diciembre de 1916, Querétaro, p. 610.

40 *Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, t. I, núm. 38, 28 de diciembre de 1916, Querétaro, p. 732.

garantías para su protección” indica que las garantías no son objeto de reconocimiento –como sí lo son los derechos humanos–, sino que estas se otorgan conforme a las estructuras previstas en la propia Constitución y en el sistema jurídico mexicano.

La diputada Alliet Mariana Bautista Bravo, al presentar la *Iniciativa con proyecto de decreto que reforma y adiciona los artículos 1, 3, 13, 14, 15, 17, 19, 20, 29, 33, 89, 102, 103, 105, 109, 113 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de protección a los derechos humanos*, manifestó lo siguiente:

El silencio de los responsables incrustados en el Estado constituye una afrenta para todas y cada una de las instituciones del Estado que impide construir un auténtico estado de derecho, por tanto, proponemos darle reconocimiento constitucional a los derechos humanos, concepto que amplía los derechos que la Constitución reconoce actualmente con el término de garantías individuales e incluir un pronunciamiento de principio sobre la importancia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos para el orden jurídico mexicano, estableciendo su vinculación constitucional como de primer orden, en virtud de que estos tratados son normas imperantes del derecho internacional.⁴¹

En la exposición de motivos de la citada iniciativa se afirmó lo siguiente:

En ese sentido proponemos modificar la denominación del Capítulo I del Título primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para denominarlo “De los Derechos Humanos y las Garantías Individuales”, con objeto de incluir el reconocimiento y protección de los derechos humanos, concepto que amplía los derechos que la Constitución reconoce bajo el término de “garantías individuales”.

Nuestra Carta Magna no menciona en su capítulo primero el concepto de “derechos humanos” como tal, sino el de garantías individuales; por esa razón, en algunos sectores de la doctrina prevalece la idea de que los derechos humanos vigentes en nuestro país son sólo aquellos que se encuentran previstos por nuestro texto fundamental en sus primeros veintinueve artículos; es decir, el relativo al de las garantías individuales.⁴²

De lo anterior, se advierte que la intención de la reforma constitucional fue alentada por la errónea idea de que el constituyente de 1917 confundió los términos derechos humanos y garantías individuales. La academia y la judicatura retomaron dicho error para reducir el acceso a la justicia. Era necesario proscribir ese error, pero ello no significó un cambio de concepción sobre la institucionalización de los derechos humanos, sino una aclaración de la verdadera intención del constituyente de 1917.

41 Cámara de Diputados, *Diario de los Debates*, LX Legislatura, segundo periodo ordinario de sesiones del primer año de ejercicio, año I, sesión núm. 27, vol. III, 25 de abril de 2007, p. 354.

42 *Ibídem*, p. 356.

Con la iniciativa se amplió expresamente la procedencia del juicio de amparo a la violación a los derechos humanos y ya no solamente a las garantías. Lo anterior, debido a que antes el amparo servía para la protección de las garantías, al respecto, en la exposición de motivos de la referida iniciativa se señaló lo siguiente:

Por lo que hace a la fracción I del artículo 103, proponemos hacer un ajuste para que los tribunales de la federación puedan conocer además de los actos de autoridad que violen las garantías individuales, conozcan además de violaciones a derechos humanos reconocidos por la propia Constitución y por los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.⁴³

Lo anterior permitió que los derechos humanos contenidos en las normas de fuente internacional sean parte del parámetro de regularidad para el control ejercido en el juicio de amparo.

CONCLUSIONES

El origen de la necesidad de proteger los derechos humanos preexistentes a la creación del Estado se consolidó en el constitucionalismo liberal. Los primeros ordenamientos fundamentales liberales enfatizaron en que el Estado garantiza los derechos humanos de las personas, a través de regular y limitar el ejercicio del poder.

Desde el mencionado origen, las garantías tuvieron la finalidad de generar un adecuado ejercicio de las funciones estatales para dar eficacia a los derechos humanos. De esa forma las garantías se convirtieron un elemento esencial de la estructura estatal y se consolidaron como un puente necesario entre los derechos humanos y su efectividad.

Desde los inicios del constitucionalismo mexicano fue clara la distinción entre el reconocimiento de los derechos humanos y el otorgamiento de las garantías para su protección. El Estado mexicano se estructuró bajo esa base liberal. El juicio de amparo se configuró para la protección de las garantías, porque al violarse estas se transgreden los derechos humanos, y al protegerse aquellas se protegen estos.

El texto original de la Constitución de 1917 no rompió la concepción del reconocimiento de los derechos humanos ni, en ella, se confundieron los términos derechos humanos y garantías individuales. En dicho texto se quiso enfatizar en la necesidad de regular las garantías para la protección de los derechos humanos; para los constituyentes no hubo una confusión de términos. La reforma en materia de derechos humanos de 2011 clarificó, no retomó, la concepción del reconocimiento de los derechos humanos y el otorgamiento de garantías para su protección; ello era necesario para abatir el mal entendimiento en la academia y en la judicatura sobre la supuesta teoría del otorgamiento de derechos que atribuían a la Constitución de 1917.

43 *Ibidem*, p. 358.

BIBLIOGRAFÍA

- Aparicio Wilhelmi, Marco y Pisarello, Gerardo, “Los derechos humanos y sus garantías. Nociones Básicas”, en *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Huygens, Madrid, 2008.
- Arosemena, Justo, *Estudios constitucionales sobre los gobiernos de la América Latina*, t. II, Librería Española i Americana de E. Denne, Paris, 1878.
- Cherbuliez, Antoine, *Théorie des garanties constitutionnelles*, t. II, AB. Chaerbuliez et cie, Libraires, París, 1832.
- Daunou, Pierre Claude François, *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*, Imprenta del D. Mariano, México, 1823.
- Diario de Debates del Congreso Constituyente*, Período Único, 1916 y 1917, Querétaro.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 7ª ed., Trotta, Madrid, 2010.
- Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad. Amando Lázaro Ros, Gredos, Madrid, 2019.
- Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre. Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre. Conforme a la Constitución de 1857 y a la Ley Orgánica de Amparo de Garantías de 20 de enero de 1869*, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía, México, 1876.
- Montiel y Duarte, Isidro, *Estudio sobre garantías individuales*, Imprenta del Gobierno, México, 1873, p. 22.
- Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la revolución francesa*, UNAM, México, 1956.
- Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, 24ª ed., Porrúa, México, 2005, p. 491.
- Zarco, Francisco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente 1856 y 1857*, Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1857.

EL JUICIO ORAL MERCANTIL Y EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL ORAL

FAUZI HAMDAN AMAD
FRANCISCO XAVIER MANZANERO ESCUTIA
ARELI MARLENNE VERGARA VARGAS
RODRIGO ALBERTO ESTRADA GARCÍA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. DISPOSICIONES GENERALES. 1. Cuantía. 2. Limitación de Jurisdicción Oral Mercantil. 3. Medios preparatorios a juicio y providencias precautorias. 4. Principios Generales del Juicio Oral Mercantil. a) Oralidad. b) Publicidad. c) Igualdad. d) Inmediación. e) Contradicción. f) Continuidad. g) Concentración. 5. dirección procesal. 6. Desahogo de pruebas fuera de las instalaciones del juzgado. 7. Nulidad de Actuaciones. 8. Recusación del Juez. 9. Supletoriedad. 10. Promociones. 11. Notificaciones personales. II. PROCEDIMIENTO ORAL MERCANTIL. 1. Fijación de la litis. 2. Sistema de audiencias. 2.1. Características de las audiencias. a) Asistencia de las partes con sus representantes. b) Notificaciones. c) Presididas por el Juez. d) Orales. e) Públicas. f) Dirección. g) Preclusión de los derechos procesales. h) Permiso para ausentarse del recinto oficial. i) Suspensión de las audiencias. i. Suspensión por receso. ii. Suspensión por diferimiento. j) Protesta de conducirse con verdad. k) Registro de las Audiencias. l) Acta de las Audiencias. 2.2. Audiencia preliminar. 2.2.1. Depuración del procedimiento. 2.2.2. Conciliación de las partes. 2.2.3. Fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos. 2.2.4. Fijación de acuerdos probatorios. 2.2.5. Calificación sobre la admisibilidad de las pruebas. 2.2.6. Preparación de las pruebas. 2.3. Audiencia del juicio. 2.3.1. Desahogo de pruebas. 2.3.2. Alegatos. 2.3.3. Sentencia. 2.3.4. Inasistencia de las partes. 2.4. Incidentes. 2.5. Pruebas. 2.5.1. Confesional. Preparación. Desahogo. 2.5.2. Testimonial. Preparación. Desahogo. 2.5.3. Instrumental. Preparación. Registros del juicio oral. Desahogo. Objeción de documentos. Impugnación de falsedad de documentos. 2.5.4. Pericial. Preparación. Desahogo. 2.5.5. Prueba Superveniente. 2.5.6. Ejecución de Convenios.

INTRODUCCIÓN

Con la finalidad de mejorar el sistema de impartición de justicia en materia Mercantil, integrantes de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados propusieron una reforma al Código de Comercio, cuya base fuera la preeminencia de la oralidad en los juicios mercantiles, particularmente y por su ubicación en el Código, en los procedimientos ordinarios, dejando a salvo aquellos asuntos que tuvieran una tramitación especial conforme al mismo ordenamiento jurídico¹.

1 Ortiz Romero, Juan Carlos, *Juicio oral mercantil comentado*, México, Oxford, 2013.

En la exposición de motivos del “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Comercio”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2011, se estableció que con el fin de garantizar el respeto al derecho a una pronta y expedita impartición de justicia, reconocido en el Artículo 17 Constitucional, era necesaria la creación de un sistema de impartición de justicia basado en la “oralidad” del juicio en la materia mercantil.

Sobre el particular, vale la pena precisar que los sistemas de impartición de justicia en su mayoría son mixtos y se les denomina orales o escritos, dependiendo de las disposiciones que sean preponderantes en cada uno, siendo importante aclarar que, al día de hoy, en los procedimientos mercantiles ya mencionados se ha implementado la oralidad basada en el sistema de audiencias, sin prescindir de la escritura en algunas etapas del juicio que igualmente serán detalladas, a lo largo del presente trabajo.

Tal como señala Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, no existe un proceso eminentemente oral, ni otro escrito, sino una combinación con un componente mayormente de oralidad o de escritura², de tal forma que la tendencia en los juicios orales mercantiles, a partir de la referida reforma de 2011 al Código de Comercio, se inclina al componente eminentemente oral.

Como consecuencia del Decreto ya mencionado, entre otras cuestiones, se adicionó al Código de Comercio el Título Especial denominado “Del Juicio Oral Mercantil” que abarca 51 artículos, es decir, del Artículo 1390 Bis al 1390 Bis 50. De conformidad con lo establecido en el Artículo Primero Transitorio del Decreto en comento, lo relativo al mencionado Título Especial del Juicio Oral Mercantil, entró en vigor el 27 de enero de 2012, es decir, un año después de su publicación, destacando que la *vacatio legis* de la adición en comento fue bastante larga, seguramente para facilitar su conocimiento y debida implementación³. De esta manera, se introdujo a nuestro sistema jurídico el Juicio Oral Mercantil.

Posteriormente, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 2017, mismo que entró en vigor al día siguiente de su publicación, se adicionó al Código de Comercio el Título Especial Bis denominado “Del Juicio Ejecutivo Mercantil Oral”, estableciéndose para tal efecto, en los Artículos Transitorios, las reglas de cuantía mediante las cuales se detallaron los asuntos a los que serían apli-

2 Bucio Estrada, Rodolfo, “Justicia Oral y Educación”, en *Procesalismo Científico. Tendencias Contemporáneas*, México, UNAM, 2012, p. 161.

3 La *vacatio legis* para la debida implementación del Juicio Oral Mercantil, supuso el tiempo necesario para que los órganos jurisdiccionales facultados para conocer de estos, hicieran las adecuaciones tecnológicas y de infraestructura necesarias para su sustanciación. Sirve de apoyo a lo anterior, la Tesis de rubro “*DEMANDA EN EL JUICIO ORAL MERCANTIL. SU DESECHAMIENTO PORQUE NO SE TIENE LA INFRAESTRUCTURA NECESARIA PARA SU TRAMITACIÓN, VIOLA EL DERECHO HUMANO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.*”, Tesis (X Región)3o.7 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 34, Tomo IV, septiembre de 2016, p. 2655.

cables las disposiciones previstas en el referido Título, así como las reglas de cuantía aplicables a los juicios orales mercantiles, destacándose que, en el Artículo Quinto Transitorio se señaló que, a partir del 26 de enero de 2020, en los juicios orales mercantiles previstos en el Artículo 1390 Bis del Código de Comercio, se tramitan todas las contiendas mercantiles sin limitación de cuantía.

En el contexto ya descrito, el presente estudio tiene como propósito analizar las disposiciones jurídicas del Código de Comercio aplicables a los juicios orales mercantiles y a los juicios ejecutivos mercantiles orales que, indudablemente, representan un paradigma en el sistema de impartición de justicia mexicano, en el que por muchos años predominaron los juicios escritos en dicha materia, siendo importante reiterar que tales juicios se basan en el sistema de audiencias.

JUICIO ORAL MERCANTIL

I. DISPOSICIONES GENERALES

1. Cuantía

Como consecuencia de la mencionada reforma al Código de Comercio, del 25 de enero de 2017, en el Artículo 1390 Bis se estableció que en el juicio oral mercantil se tramitarán todas las contiendas mercantiles sin limitación de cuantía, en el entendido de que, contra las resoluciones pronunciadas en dichos juicios no procederá recurso ordinario alguno.

Sobre el particular, resulta necesario aclarar que, como ya se dijo, en el Artículo Quinto Transitorio se señaló que tal disposición entraría en vigor a partir del 26 de enero de 2020, razón por la cual, a partir de dicha fecha, todas las contiendas mercantiles, sin limitación de cuantía, se tramitan en la vía del juicio oral mercantil.

En virtud de que las resoluciones dictadas en este tipo de juicios no admiten recurso ordinario alguno, en el mencionado precepto se señalan los supuestos en los que, ante una omisión o irregularidad, procederá la regularización del procedimiento.

Asimismo y de nueva cuenta, con el propósito de agilizar el procedimiento y darle mayor celeridad, respetando la preminencia de la oralidad, se establece que en la audiencia en la que se dicten las sentencias definitivas, se podrá solicitar verbalmente la aclaración o adición a las mismas, en contra de cuyas determinaciones tampoco procede recurso ordinario alguno.

2. Limitación de Jurisdicción Oral Mercantil

Es de vital importancia precisar que en la vía oral mercantil no podrán substanciarse aquellos juicios que tengan una tramitación especial en el Código de Comercio y en otras leyes, ni aquellos juicios de cuantía indeterminada.

Por lo que se refiere a las acciones personales, en el Artículo 1390 Bis 1 se precisa que en aquellas acciones en las que no se reclame una prestación económica, la competencia por cuantía la determinará el valor del negocio materia de la controversia.

3. Medios preparatorios a juicio y providencias precautorias

Los medios preparatorios a juicio y las providencias precautorias en los juicios orales mercantiles se tramitarán en términos de los Capítulos X y XI, respectivamente, del Título Primero, Libro Quinto del Código de Comercio.

4. Principios Generales del Juicio Oral Mercantil

De acuerdo con el Artículo 1390 Bis 2 del Código de Comercio, en el Juicio Oral Mercantil se observarán los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, mismos que serán brevemente explicados en los apartados siguientes:

a) Oralidad

Se refiere a la preeminencia o predominio de la palabra hablada sobre la escrita, especialmente patente en las audiencias, que es el momento donde el Juez y las partes que intervienen en el proceso se comunican directamente.

En ese sentido, tal como señala el Artículo 1390 Bis 9, las promociones deberán formularse oralmente durante las audiencias, con excepción del escrito inicial de demanda, reconvención y las contestaciones de ambas, desahogos de vista, así como la nulidad del emplazamiento promovida hasta antes de la audiencia preliminar⁴.

De esta forma, sólo el material procesal aportado oralmente por las partes es fundamento de la sentencia y los acuerdos probatorios.

b) Publicidad

A través de este principio se garantiza el acceso a la sociedad en general, además de las partes en conflicto, a las actuaciones de los jueces, con lo que se pretende preservar la imparcialidad y ejercer un control sobre las actuaciones de los impartidores de justicia, al transparentar su actuación y decisiones. Es decir, la publicidad constituye una garantía que permite un control efectivo de la ciudadanía sobre las actividades de los funcionarios judiciales.

4 Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, *Oralidad civil-mercantil: audiencia preliminar y audiencia de juicio*, México, 2013.

No obstante lo anterior, la publicidad no es irrestricta, toda vez que, durante las audiencias, el Juez tiene la facultad de limitar el acceso al público.

c) Igualdad

La igualdad es una garantía de acceso a la justicia que se traduce en la obligación para el Juez de escuchar, en igualdad de oportunidades, a las partes. Es decir, se les debe brindar igualdad de oportunidades para esgrimir sus pretensiones y probar sus afirmaciones, sin conceder ventajas a alguna de ellas.

Asimismo, partiendo de la base del Artículo 1390 Bis 3, el principio de igualdad supone que en caso de que alguna de las partes no hable español, o bien, cuente con capacidades diferentes o pertenezca a algún grupo vulnerable, se le asignará un intérprete, a fin de que tengan una intervención activa en el proceso.

d) Inmediación

El principio de inmediación garantiza la presencia del Juez en todas las etapas del procedimiento, particularmente en las audiencias, cuya presencia debe ser física y no remota. En ese sentido, el Juez estará en contacto con las partes, desahogando las pruebas que se hayan admitido y sólo tomará en cuenta las pruebas rendidas ante él.

Esto es, el Juez deberá permanecer en contacto con las partes con el fin de apreciar los hechos sin intermediarios, con lo cual estará más cerca de la verdad histórica y no sólo de la verdad formal.

Respecto a este principio se han emitido dos jurisprudencias por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En la primera jurisprudencia, se interpretó que el principio de inmediación no se vulnera cuando se faculta al Secretario encargado del despacho para intervenir en el trámite de un juicio oral mercantil ante la ausencia del titular, en vista de que la sustitución de ese funcionario por otro que también represente al órgano jurisdiccional se justifica, por ser razonable, al tratarse de medidas excepcionales implementadas para lograr finalidades como la cristalización y observancia de otros principios que tienen un papel importante en el juzgamiento oral, como lo son los de concentración y continuidad⁵. La segunda jurisprudencia precisa que el principio en comento exige que sea la misma persona quien lleve a cabo el desahogo de las pruebas (en la audiencia de juicio) y quien actúe como juzgador (dicte la sentencia), lo cual se satisface cuando esa identidad física se materializa en la persona del Secretario encargado del despacho, razón por la cual es evidente que dicho principio no se ve trastocado, aun cuando la Audiencia Preliminar haya sido presidida

5 Tesis 1a./J. 60/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, Libro 71, octubre de 2019, p. 1117.

por un individuo diferente del que dirige la Audiencia de Juicio y dicta la sentencia, pues las decisiones adoptadas en una y otra audiencias son diferentes⁶.

e) Contradicción

El principio de contradicción supone un derecho para las partes de replicar lo manifestado por su contraria y ofrecer pruebas para desvirtuar dichas manifestaciones. Esto es, partiendo de la base de que las partes contendientes representan posiciones antagónicas, el Juez, durante todo el proceso, y de manera especial en las audiencias, debe dar oportunidad a las partes de conocer, controvertir y confrontar⁷ los argumentos de su contraria.

El citado principio se relaciona estrechamente con los principios de igualdad y publicidad ya mencionados, pues a partir de que se conoce el argumento o la prueba vertidos en la contienda, la contraparte tiene derecho a contradecirla.

f) Continuidad

El principio de continuidad garantiza que el debate entre las partes no sea interrumpido, esto es, que las audiencias se desarrollen en forma continua y sin interrupción hasta su conclusión, de una sola vez y en forma sucesiva, a fin de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se reciben todas la manifestaciones y pruebas, las partes formulan alegatos y se dicta la sentencia.

En ese sentido, la sentencia deberá ser emitida inmediatamente después de concluido el desahogo de pruebas y formulación de alegatos.

g) Concentración

Por último, la concentración hace referencia a que todos los actos necesarios que preceden a la sentencia se deben realizar en la misma audiencia, o bien, en el menor número de estas, siempre que sean consecutivas y con la mayor proximidad temporal entre ellas.

Dicho principio va de la mano del principio de continuidad, pues ambos tienden a evitar que las actuaciones procesales se vean interrumpidas.

6 Tesis 1a./J. 61/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tomo I, Libro 71, octubre de 2019, p. 1115.

7 Witker V, Jorge, *Juicios orales y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 78.

5. dirección procesal

Por la propia naturaleza del procedimiento oral mercantil, se dotó al Juez con mecanismos de control y rectoría que le permitieran conducir de la mejor manera el juicio a su dirección. Para lograr lo anterior, en estrecha relación con los Artículos 1390 Bis 4 y 1390 Bis 23, se adicionó el Artículo 1067 Bis, el cual prevé facultades disciplinarias para el Juez, cuyo fin es mantener el orden en las audiencias, por lo que, a partir de la citada reforma del año 2011, el propio Código de Comercio contempla medidas de apremio, las cuales, anteriormente, sólo era posible aplicarlas de manera supletoria con base en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

En relación con lo anterior, resulta oportuno señalar que, de conformidad con la jurisprudencia de rubro: “*MEDIDAS DE APREMIO. EL APERCIBIMIENTO ES UN REQUISITO MINIMO QUE DEBE REUNIR EL MANDAMIENTO DE AUTORIDAD PARA QUE SEA LEGAL LA APLICACIÓN DE AQUELLAS (LEGISLACIONES DEL DISTRITO FEDERAL Y DE LOS ESTADOS DE NUEVO LEON Y CHIAPAS)*”⁸, la autoridad debe emitir su mandamiento en términos y bajo las condiciones establecidas en los Artículos 14 y 16 Constitucionales que consagran los principios de legalidad y seguridad jurídicas, para que el gobernado tenga la certeza de que aquél está conforme con las disposiciones legales y sus atribuciones; señalándose que los requisitos mínimos que tal mandamiento debe contener son: 1) La existencia de una determinación jurisdiccional debidamente fundada y motivada, que deba ser cumplida por las partes o por alguna de las personas involucradas en el litigio; y 2) La comunicación oportuna, mediante notificación personal al obligado, con el apercibimiento de que, de no obedecerla, se le aplicará una medida de apremio precisa y concreta.

6. Desahogo de pruebas fuera de las instalaciones del juzgado

Por lo que hace al desahogo de pruebas y para privilegiar el contacto del Juez con las partes, siguiendo el principio de inmediatez, se establece que las diligencias en las que se pretendan desahogar las mismas, que deban verificarse fuera de las instalaciones del juzgado, pero dentro de su ámbito de competencia territorial, deberán ser presididas por el Juez (Artículo 1390 Bis 5).

7. Nulidad de Actuaciones

Tratándose de la nulidad de actuaciones, en los juicios orales mercantiles existen reglas diversas a las que rigen en el resto de los juicios mercantiles, que dependen del momento en el que deben reclamarse, ya sea en la audiencia subsecuente o en la audiencia del juicio, hasta antes de que el Juez dicte sentencia definitiva.

8 Tesis 1a./J. 20/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIII, junio de 2001, p. 122.

Por lo que se refiere a la nulidad del emplazamiento, también existen reglas especiales y únicas en cuanto a su tramitación en este tipo de juicios, dependiendo de si la misma se promueve hasta antes de la audiencia preliminar, la cual deberá presentarse por escrito, o bien, durante las audiencias preliminar o de juicio, que se realizará de manera oral, las cuales se encuentran detalladas en el Artículo 1390 Bis 6 del Código de Comercio.

Sobre el particular, existen criterios aislados que señalan que las actuaciones emitidas durante la sustanciación del Juicio Oral Mercantil son impugnables mediante el incidente de nulidad, por lo que si el incidente no se plantea, en el juicio de amparo directo que se promueva en contra de la sentencia definitiva, serán inoperantes los conceptos de violación procesales en los que se combatan⁹, mientras que, por el contrario, también hay criterios que señalan que la posibilidad de regularización oral del procedimiento durante las audiencias no constituye recurso ordinario que deba agotarse para efecto de preparar las violaciones al procedimiento que se hagan valer en el juicio de amparo directo contra la sentencia definitiva, en términos del Artículo 171 de la Ley de Amparo¹⁰.

8. Recusación del Juez

Según lo dispuesto en el Artículo 1390 Bis 7 del Código de Comercio, en este tipo de juicios la recusación será admisible hasta antes de la calificación sobre la admisibilidad de las pruebas en la audiencia preliminar, la cual deberá interponerse ante el mismo Juez y éste, a su vez, la deberá remitir para su resolución al Tribunal Superior. Asimismo, si la recusación se declara fundada, será nulo lo actuado a partir del momento en que se interpuso dicha recusación.

9. Supletoriedad

Respecto a la supletoriedad, en el Artículo 1390 Bis 8 del Código de Comercio se señala que, en todo lo no previsto en el Título Especial del Juicio Oral Mercantil, regirán las reglas generales del Código de Comercio, en cuanto no se opongan a las disposiciones de dicho Título y a los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, que precisamente rigen a los juicios en estudio¹¹.

Al respecto, los órganos jurisdiccionales han emitido criterios en el sentido de que en algunos temas específicos, es inaplicable la supletoriedad. A manera de ejemplo,

-
- 9 Tesis V.3o.C.T.13 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 70, Tomo II, septiembre de 2019, p. 2025.
 - 10 Tesis XI.2o.C.4 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 70, Tomo III, septiembre de 2019, p. 2272.
 - 11 Tesis XII.C.4 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 33, Tomo IV, agosto de 2016, p. 2595.

la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que en el Juicio Oral Mercantil no procede la condena de costas por vencimiento, a través de la aplicación supletoria del Artículo 1084 del Código de Comercio, la cual está prevista únicamente para los juicios ejecutivos¹².

10. Promociones

En el Artículo 1390 Bis 9 del Código de Comercio, se establece que las promociones de las partes deberán formularse oralmente durante las audiencias, con excepción:

- a) De las promociones que se refieren a la nulidad de actuaciones en general y a la nulidad del emplazamiento; y
- b) De la demanda, contestación, reconvención, contestación a la reconvención y desahogo de vista de éstas.

11. Notificaciones personales

Asimismo, dejando a salvo la garantía de audiencia tutelada en los Artículos 14 y 16 Constitucionales, a excepción del emplazamiento y del auto que admita la reconvención, se suprimieron las notificaciones personales, con el propósito de agilizar el procedimiento, por lo que, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 1390 Bis 22 del Código de Comercio, los acuerdos tomados en las audiencias se tienen por notificados en ese mismo acto, aun cuando las partes que debieron haber estado presentes no acudan.

En ese mismo sentido, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpretó que el sistema de notificaciones personales implementado en el Juicio Oral Mercantil no vulnera los principios de seguridad jurídica y debido proceso, toda vez que supone una carga para las partes estar pendientes en todo momento del curso del procedimiento y de las determinaciones que en él se tomen, máxime que esta carga no podría considerarse gravosa en este tipo de juicio, al estar regulado para una duración realmente breve¹³.

II. PROCEDIMIENTO ORAL MERCANTIL

1. Fijación de la *litis*

Como se adelantó al inicio de este estudio, en el juicio oral mercantil predomina la oralidad, sin prescindir de la escritura en la fase postulatoria o de fijación de la *litis* del juicio.

12 Tesis 1a./J. 1/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 52, Tomo I, marzo de 2018, p. 923.

13 Tesis 1a. CCXLI/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 49, Tomo I, diciembre de 2017, p. 428.

En efecto, según lo establecido en los Artículos 1390 Bis 11¹⁴ y 1390 Bis 17, en los juicios orales mercantiles la demanda, así como la contestación a la misma, se llevan a cabo de manera escrita, en el entendido de que, conforme al Artículo 1390 Bis 13, a los dos mencionados escritos deben acompañarse las pruebas documentales que las partes tengan en su poder o, en su caso, el escrito sellado por medio del cual acrediten haber solicitado aquellas documentales que no tuvieran en su poder.

Sobre el particular, vale la pena mencionar que, de conformidad con lo establecido en el Artículo 1390 Bis 12 del Código de Comercio, “*Si la demanda fuere oscura o irregular, o no cumpliera con alguno de los requisitos que señala el artículo anterior, el Juez señalará, con toda precisión, en qué consisten los defectos de la misma, en el proveído que al efecto se dicte, lo que se hará por una sola ocasión.*”, de lo que, según la interpretación realizada por el Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito con residencia en Ciudad Nezahualcóyotl, Estado de México, en la jurisprudencia número II.1o. J/4 (10a.), se colige que, antes de desechar la demanda de plano, la autoridad responsable debe prevenir al actor para corregir la irregularidad detectada, sin que ello implique un desequilibrio procesal o una ventaja indebida para alguna de las partes¹⁵.

Continuando con el trámite del juicio oral mercantil, en caso de que la parte demandada pretenda reconvenir a la parte actora, deberá hacerlo precisamente al contestar la demanda, para cuyo efecto dispone de un término de 9 días hábiles.

Una vez desahogada la vista de la contestación y, en su caso, de la contestación a la reconvencción, o transcurridos los plazos establecidos para tal efecto, el Código de Comercio, en su Artículo 1390 Bis 20 obliga al Juez a convocar de inmediato a la Audiencia Preliminar, dentro de los 10 días hábiles siguientes. En el mismo auto, el Juez admitirá, en su caso, las pruebas que fuesen ofrecidas en relación con las excepciones procesales opuestas, para que se rindan a más tardar en la Audiencia Preliminar. En caso de no desahogarse las pruebas en la audiencia, se declararán desiertas por causa imputable al oferente.

Por su parte, la hora y fecha para la celebración de la Audiencia de Juicio, deberán fijarse por el Juez al ordenar el cierre de la Audiencia Preliminar, siendo importante aclarar que, en el mismo auto se deberá ordenar la preparación de las pruebas que

14 En relación con la demanda en los juicios orales mercantiles, el Tribunal Colegiado en Materias Civil y Administrativa del Décimo Cuarto Circuito, emitió la jurisprudencia de rubro “*DESECHAMIENTO DE LA DEMANDA ORAL MERCANTIL. ES IMPROCEDENTE SI SE FUNDA EN QUE EL ACTOR NO SEÑALÓ LA CAUSA JURÍDICA DE SU PRETENSIÓN.*”, en la que se precisa que es improcedente el desechamiento de la misma si se argumenta que el actor no señaló la causa jurídica de su pretensión, entendida como fundamento u origen de algo, es decir, el motivo o razón para exigir los efectos jurídicos que reclama, toda vez que, de acuerdo con dicho criterio, las Fracciones V y VI del mencionado Artículo 1390 Bis 11 del Código de Comercio, no exigen ese requisito.

15 Tesis: II.1o. J/4 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 38, Tomo IV, enero de 2017, p. 2152.

hubiesen sido admitidas, en el entendido de que, la audiencia mencionada en primer término, deberá celebrarse dentro de un plazo de 10 a 40 días hábiles.

2. Sistema de audiencias

en las Audiencias Preliminar y de Juicio se desarrolla propiamente la etapa oral de los juicios orales mercantiles, siendo indispensable destacar que tales audiencias no constituyen una mera formalidad, sino que representan la parte más importante de este tipo de juicios y en ellas se presenta la oportunidad perfecta para propiciar el acercamiento de las partes con el Juez y para este último para allegarse con los elementos probatorios de cada caso, lo que consideramos, indudablemente, representa una gran ventaja para la correcta resolución de los asuntos.

En relación con lo anterior, se llama la atención sobre el hecho de que este tipo de juicios exige un ejercicio intelectual mayor, tanto de los abogados de las partes, como de los Jueces y los Secretarios de Acuerdos, toda vez que todos ellos se ven forzados a estudiar a profundidad los asuntos de manera previa a la celebración de las audiencias y a desarrollar la habilidad de argumentar y contra argumentar de forma oral y, por ende, instantánea, para así poder desvirtuar el alcance y valor probatorio de las pruebas ofrecidas por su contraparte, los primeros, y para poder llevar a cabo la correcta y precisa dirección de los juicios a su cargo los segundos.

2.1. Características de las audiencias

de manera previa a proceder al estudio de las Audiencias Preliminar y de Juicio, en los apartados siguientes analizaremos brevemente las características generales de las mismas.

a) Asistencia de las partes con sus representantes

Las partes se encuentran obligadas a asistir a las audiencias del juicio, por sí o a través de sus legítimos representantes, los cuales deben contar con las facultades amplias a las que hace referencia el tercer párrafo del Artículo 1069 del Código de Comercio, destacándose que tales representantes invariablemente deberán gozar de las facultades expresas para conciliar ante el Juez y suscribir, en su caso, el convenio correspondiente (Artículo 1390 Bis 21).

b) Notificaciones

En el supuesto de que en cualquiera de las audiencias del juicio se dicte una resolución judicial, tal resolución se tendrá por notificada en el mismo acto, sin necesidad de formalidad alguna a quienes estén presentes o debieron haber estado (Artículo 1390 Bis 22).

c) Presididas por el Juez

Como ya lo habíamos anticipado, una de las características más destacadas de los juicios orales mercantiles es que las audiencias siempre son presididas por el Juez, lo cual consideramos tiene una ventaja inmejorable para el conocimiento de la verdad (Artículo 1390 Bis 23).

d) Orales

Las audiencias se desarrollan de forma oral, razón por la cual cualquier intervención que se dé en las mismas debe darse de dicha forma (Artículo 1390 Bis 23).

e) Públicas

Relacionado con lo señalado al comentar el principio de publicidad, las audiencias serán públicas (Artículo 1390 Bis 23), siguiendo en lo que les sean aplicables:

- i. Las reglas de conducción de las audiencias en todos los procedimientos regulados en el Código de Comercio, establecidas en su Artículo 1080; y
- ii. Las disposiciones aplicables de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, por lo que hace a la protección de datos personales¹⁶.

f) Dirección

Al comentar el tema de la dirección procesal, señalamos que al Juez se le dotó de mecanismos de control y rectoría, lo cual precisamente se refleja en el desarrollo de las audiencias del juicio, toda vez que tiene facultades para ordenar la práctica de pruebas, dirigir el debate, exigir el cumplimiento de las formalidades que correspondan, moderar la discusión e inclusive se le facultó para impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos que considere no son pertinentes o sean inadmisibles. De igual manera, se le permitió establecer un límite al tiempo y número de veces en el que las partes hagan uso de la palabra, pudiendo interrumpir a quienes hicieren uso abusivo de su derecho.

Asimismo, como ya dijimos, al Juez adicionalmente se le dotó de facultades disciplinarias con el fin de mantener el orden durante el debate y durante las audiencias, razón por la cual el Juez podrá hacer uso de la fuerza pública e imponer indistintamente

16 Montiel Trujano, Ángel Humberto, “*El proceso por audiencias, fundamento de los juicios orales en las materias mercantil para todo el país y civil para el Distrito Federal*”, en Serie Justicia y Derecho, 2013, 1ª Ed., México, Instituto de Estudios Judiciales, p.51.

las medidas de apremio establecidas en el Artículo 1067 Bis del Código de Comercio (Artículo 1390 Bis 23).

g) Preclusión de los derechos procesales

Otra de las facultades que le fueron otorgadas al Juez, es la de determinar el inicio y la conclusión de cada una de las etapas de las audiencias, señalándose que con tal determinación precluirán los derechos procesales que debieron ejercitarse en cada una de tales etapas, con lo cual se pone en evidencia la importancia de asistir puntualmente a las audiencias y estar pendientes del avance de las etapas en cada una de ellas.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente y como una forma de preservar el derecho de audiencia de las partes, se establece que en caso de que una de ellas asista tardíamente a una audiencia, se incorporará al procedimiento en la etapa en que ésta se encuentre, sin perjuicio de la facultad del Juez para conciliar o mediar en el juicio del que se trate (Artículo 1390 Bis 24).

h) Permiso para ausentarse del recinto oficial

Por otro lado, se da la oportunidad a las partes, peritos o testigos para que, una vez que concluyan su intervención en la audiencia de la que se trate, se ausenten del recinto oficial, siempre y cuando cuenten con la autorización del Juez (Artículo 1390 Bis 24).

i) Suspensión de las audiencias

En el Artículo 1390 Bis 25 se prevé que las audiencias pueden suspenderse por cualquiera de las siguientes tres causas:

i. Suspensión por receso

La suspensión por receso se da cuando el Juez lo estima necesario durante el desarrollo de las audiencias, con el fin de realizar determinados actos relacionados con el asunto que se substancia, fijando en ese mismo momento la hora de reanudación de dicha audiencia.

ii. Suspensión por diferimiento

Por su parte, la suspensión por diferimiento se presenta cuando una audiencia no logra concluirse en la fecha señalada para su celebración, razón por la cual el Juez tiene la facultad de diferirla, teniendo la obligación de fijar en el acto, la fecha y hora de su reanudación, salvo que ello resultare materialmente imposible, y ordenar su reanudación cuando resulte pertinente.

j) Protesta de conducirse con verdad

Tanto las partes como los terceros que intervengan en las audiencias, deberán rendir protesta de que se conducirán con verdad de manera previa. La protesta en comento es tomada por el secretario del juzgado, quien también es el encargado de apercibirlos de las penas que se imponen a quienes declaran con falsedad¹⁷ (Artículo 1390 Bis 26).

k) Registro de las Audiencias

Las audiencias se registrarán por medios electrónicos, o cualquier otro idóneo a juicio del Juez, que permita garantizar la fidelidad e integridad de la información, la conservación y reproducción de su contenido y el acceso a los mismos a quienes, de acuerdo a la ley, tuvieren derecho a ella.

En el mencionado registro se debe hacer constar la fecha, hora y lugar de realización, así como el nombre de todas las personas que intervinieron en las audiencias.

Para registrar las audiencias, en el caso del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México se utiliza un sistema de videograbación con el que, en nuestra opinión, se superan los problemas y malentendidos que en ocasiones se presentan cuando las audiencias son mecanografiadas.

l) Acta de las Audiencias

Al concluir la celebración de las audiencias, se levantará el acta respectiva, cuyos requisitos mínimos, según lo establece el Artículo 1390 Bis 31 del Código de Comercio, son los siguientes:

- i. El lugar, la fecha y el expediente al que corresponde;
- ii. El nombre de quienes intervinieron y la constancia de la inasistencia de los que debieron o pudieron estar presentes, indicándose la causa de la ausencia, si se conoce;
- iii. Una relación sucinta del desarrollo de la audiencia, y
- iv. La firma del Juez y del secretario.

17 De acuerdo con el Artículo 247 Bis del Código Penal Federal, se impondrán de cinco a doce años de prisión y de trescientos a quinientos días multa: al que examinado por la autoridad judicial como testigo o perito, faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar, o aspectos, cantidades, calidades u otras circunstancias que sean relevantes para establecer el sentido de una opinión o dictamen, ya sea afirmando, negando u ocultando maliciosamente la existencia de algún dato que pueda servir de prueba de la verdad o falsedad del hecho principal, o que aumente o disminuya su gravedad, o que sirva para establecer la naturaleza o particularidades de orden técnico o científico que importen para que la autoridad pronuncie resolución sobre materia cuestionada en el asunto donde el testimonio o la opinión pericial se viertan.

2.2. Audiencia preliminar

La audiencia preliminar se encuentra regulada de los Artículos 1390 Bis 32 al 1390 Bis 37, inclusive, del Código de Comercio, y tiene por objeto:

- I.** La depuración del procedimiento;
- II.** La conciliación y/o mediación de las partes por conducto del Juez;
- III.** La fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos;
- IV.** La fijación de acuerdos probatorios;
- V.** La calificación sobre la admisibilidad de las pruebas, y
- VI.** La citación para audiencia de juicio.

Como puede observarse, la audiencia preliminar es crucial para el desarrollo de los juicios orales mercantiles, ya que en ella se depura el procedimiento a través del análisis de la legitimación procesal de las partes y se resuelven las excepciones procesales que se hayan opuesto.

En los apartados siguientes expondremos cada una de las etapas de la audiencia preliminar, no sin antes mencionar que, por la importancia que tiene esta audiencia para los juicios orales mercantiles, la misma se celebrará acudan o no las partes. No obstante, en el caso de que alguna de las partes no acuda sin justa causa calificada por el Juez, se le impondrá una sanción que, para el año 2021, tal y como se establece en el Artículo 1390 Bis 33 del Código de Comercio, no podrá ser inferior a \$2,376.16 M.N. (Dos Mil Trescientos Setenta y Seis Pesos 16/100 Moneda Nacional), ni superior a \$7,695.30 M.N. (Siete Mil Seiscientos Noventa y Cinco Pesos 30/100 Moneda Nacional), en el entendido de que los montos mencionados serán actualizados anualmente.

2.2.1. Depuración del procedimiento

Con el objeto de depurar el procedimiento, en la audiencia preliminar se lleva a cabo el análisis de la legitimación procesal de las partes y se resuelven las excepciones procesales, para cuyo efecto resultan aplicables las reglas generales del Artículo 1122 del Código de Comercio. Consecuentemente, se admiten las pruebas que hayan sido ofrecidas por las partes para acreditar la procedencia de dichas excepciones, debiéndose emitir el pronunciamiento respectivo del Juez en la propia audiencia.

Sobre el particular, resulta de la mayor importancia señalar que, según lo dispone el Artículo 1390 Bis 34 del Código de Comercio, las cuestiones de incompetencia se tramitarán conforme a la parte general del propio ordenamiento jurídico.

2.2.2. Conciliación de las partes

Si resultan improcedentes las excepciones procesales opuestas por las partes, o en caso de que no se haya opuesto alguna, el Juez procurará la conciliación entre las partes, teniendo la obligación de informarles las ventajas de llegar a un convenio proponiéndoles soluciones.

En caso de que los interesados llegasen a un convenio, el Juez lo aprobará de plano si procede legalmente y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada. En caso de desacuerdo, el Juez continuará con el desarrollo de la audiencia.

Respecto a este punto, vale la pena destacar los invaluable beneficios que la mediación o conciliación pueden traer para las partes, quienes, por un lado, se liberarán de la carga emocional que todo juicio trae consigo y, por otro lado, también evitarán invertir parte de sus ingresos en una adecuada defensa. Por último, pero no menos importante, se debe mencionar que con la mediación o conciliación también se da un significativo ahorro de recursos para el Estado.

2.2.3. Fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos

Una de las novedades que sin duda hacen del juicio oral mercantil un procedimiento mucho más ágil, es la fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos.

Lo anterior es así, en vista de que, durante la celebración de la audiencia preliminar, las partes podrán solicitar al Juez, de manera conjunta, la fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos, en el entendido de que, con el establecimiento de tales acuerdos se dejarán fuera de la *Litis* los acontecimientos que no estén sujetos a debate, lo cual evidentemente repercute en las pruebas que se desahogarán en el juicio, pues estas sólo se encaminarán a acreditar los hechos en litigio (Artículo 1390 Bis 36 del Código de Comercio).

2.2.4. Fijación de acuerdos probatorios

Otra de las disposiciones que favorecen el desarrollo de los juicios y que se relaciona directamente con la fijación de acuerdos sobre hechos no controvertidos, a la que nos referimos en el apartado anterior, es el Artículo 1390 Bis 37 del Código de Comercio, en el que se le otorgan al Juez facultades para formular proposiciones a las partes a fin de que realicen acuerdos probatorios, respecto de aquellas pruebas que resulten inocuas e innecesarias.

2.2.5. Calificación sobre la admisibilidad de las pruebas

Si las partes no llegan a un acuerdo probatorio, el Juez realizará la calificación sobre la admisibilidad de las pruebas, así como la forma en que deberán prepararse para su

desahogo en la audiencia de juicio, quedando a cargo de las partes su oportuna preparación, bajo el apercibimiento que, de no hacerlo, se declararán desiertas de oficio por causas imputables al oferente.

Las pruebas que ofrezcan las partes sólo se admitirán cuando:

- a) Estén permitidas por la ley;
- b) Se refieran a los puntos cuestionados; y
- c) Cumplan con los demás requisitos que se señalan en el Título relativo al juicio oral mercantil. A reserva de comentar este tema con mayor detenimiento más adelante, desde ahora es oportuno mencionar que las pruebas tienen algunas reglas especiales en este tipo de juicios.

2.2.6. Preparación de las pruebas

La regla general es que la preparación de las pruebas quedará a cargo de las partes, por lo que deberán presentar a los testigos, peritos y demás pruebas que les hayan sido admitidas.

Por excepción y sólo de estimarlo necesario, el Juez, en auxilio del oferente, expedirá los oficios o citaciones y realizará el nombramiento del perito tercero en discordia, en el entendido de que, aún en este caso, serán puestos a disposición de la parte oferente los oficios y citaciones respectivas, a afecto de que preparen sus pruebas y estas se desahoguen en la audiencia de juicio.

Con el dictado del acuerdo en el que se admitan las pruebas y se ordene su preparación, concluye la audiencia preliminar, siendo importante mencionar que, en el mismo auto, el Juez fijará la fecha para la celebración de la audiencia de juicio, la cual deberá celebrarse dentro del plazo de 40 (cuarenta) días hábiles siguientes a la emisión de dicho proveído.

No obstante, en el supuesto de que en la audiencia preliminar sólo se admitieran pruebas documentales que no requieran ser preparadas para su desahogo, la audiencia del juicio se podrá concentrar en la preliminar, para desahogar las documentales respectivas y dictar la sentencia definitiva en la misma audiencia.

2.3. Audiencia del juicio

como ya lo mencionamos, la audiencia del juicio se celebrará dentro de los 40 (cuarenta) días hábiles siguientes a la fecha en que haya tenido verificativo la audiencia preliminar, se encuentra regulada en los Artículos 1390 Bis 38 y 1390 Bis 39 del Código de Comercio y en ella se desarrollan las etapas siguientes:

a) Desahogo de pruebas

b) Alegatos

Concluidas las etapas mencionadas, se dictará la sentencia que en Derecho corresponda.

2.3.1. Desahogo de pruebas

Abierta la audiencia se procederá al desahogo de las pruebas que se encuentren debidamente preparadas, en el orden que el Juez estime pertinente. Respecto a este punto y como ya mencionamos al tratar el tema relativo a la dirección procesal, el Juez contará con las más amplias facultades como rector del procedimiento; dejando de recibir las pruebas que no se encuentren preparadas y haciendo efectivo el apercibimiento realizado al oferente; por lo que la audiencia no se suspenderá ni diferirá en ningún caso por falta de preparación o desahogo de las pruebas admitidas, salvo en aquellos casos expresamente determinados en el Título del Código de Comercio relativo al juicio oral mercantil, por caso fortuito o de fuerza mayor.

2.3.2. Alegatos

En la audiencia se concederá el uso de la palabra, por una sola vez, a cada una de las partes para formular sus alegatos. Por lo que hace a este punto, debemos decir que los juicios orales mercantiles representan un verdadero reto para los abogados litigantes, toda vez que se ven obligados a adquirir habilidades y destrezas que en otro tipo de juicios no son necesarias, como son la oratoria, la argumentación y la comunicación verbal que, por si fuera poco, naturalmente deben ir acompañadas del conocimiento profundo de los detalles y aristas del asunto en cuestión, así como de las normas jurídicas que lo rigen.

2.3.3. Sentencia

Una vez que las partes, ya sea por su propio derecho, por conducto de sus autorizados, apoderados o representantes, hayan formulado sus alegatos de manera verbal, el asunto se declarará visto y de inmediato se dictará por el Juez la resolución correspondiente. Al hacerlo, expondrá oralmente y de forma breve, los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron su sentencia y leerá únicamente los puntos resolutivos.

Realizado lo anterior, quedará a disposición de las partes copia por escrito de la sentencia que se pronuncie, para que, en un plazo máximo de 1 (una) hora, estén en posibilidad de solicitar la aclaración de la misma, en términos del último párrafo del Artículo 1390 Bis del Código de Comercio.

Por lo que se refiere al cómputo del plazo para interponer juicio de amparo en contra de la sentencia definitiva dictada en los juicios orales mercantiles, la Primera Sala de

la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la jurisprudencia de rubro “*JUICIO ORAL MERCANTIL. EL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA PROMOVER AMPARO DIRECTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DICTADA EN LA AUDIENCIA, INICIA EL DÍA SIGUIENTE AL EN QUE SURTA EFECTOS LA NOTIFICACIÓN A LAS PARTES*”, en la que interpretó que el tribunal de amparo debe tomar como inicio de dicho plazo, el día siguiente al en que surta efectos la notificación que se tenga por realizada en la audiencia de juicio¹⁸.

2.3.4. Inasistencia de las partes

En el supuesto de que en la fecha y hora fijadas para la celebración de la audiencia del juicio no asistiere al juzgado ninguna de las partes, se hará constar que la copia de la sentencia queda a disposición de estas, siendo innecesario la exposición oral y lectura de los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la sentencia, así como de los respectivos puntos resolutivos.

2.4. Incidentes

Los incidentes, como era de esperarse, tienen una tramitación especial en este tipo de juicios que, principalmente obedece al esquema oral en el que primordialmente se desarrollan.

En efecto, en general los incidentes deberán promoverse oralmente en las audiencias, en el entendido de que su tramitación no las suspenderá. Se exceptúan de tal tramitación los incidentes relativos a la impugnación de documentos o de nulidad del emplazamiento, mismos que se substanciarán en la forma que detallaremos en seguida. La parte contraria contestará oralmente en la audiencia y, de no hacerlo, se tendrá por precluido su derecho.

Si el incidente tiene que ver con alguna cuestión que requiera prueba y ésta es admitida por ser procedente conforme a Derecho, el Juez ordenará su desahogo en audiencia especial o dentro de alguna de las audiencias del procedimiento, en la cual escuchará los alegatos de las partes, en el orden que determine. Realizado lo anterior se dictará la resolución correspondiente, si fuera posible; en caso contrario, citará a las partes para dictarla en audiencia dentro del término de 3 (tres) días hábiles.

Cuando las partes no ofrezcan pruebas o las que propongan no se admitan, el Juez, sin mayores trámites, dictará la resolución correspondiente, si fuera posible; en caso contrario, citará a las partes para dictarla en audiencia dentro del término de 3 (tres) días hábiles.

18 Tesis 1a./J. 25/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 43, Tomo I, junio de 2014, p. 544.

Si no es posible resolver la cuestión incidental en la audiencia de juicio, el Juez continuará con el desarrollo de la audiencia, resolviendo el incidente de manera previa al dictado de la sentencia definitiva.

2.5. Pruebas

En nuestra opinión, las pruebas desempeñan un papel trascendental en los litigios, toda vez que de ellas depende el éxito o el fracaso de la acción que se ejercite, al ser el instrumento a través del cual se acreditarán o no los hechos en los que el actor base su demanda, así como las excepciones y defensas que oponga el demandado en su contestación de demanda.

En relación con lo anterior y debido a la preminencia de la oralidad en el juicio que nos ocupa, algunas pruebas obedecen a reglas específicas que serán analizadas en los apartados siguientes.

No obstante, ni los medios electrónicos ni la prueba de inspección judicial se encuentran reguladas en el Título del juicio oral mercantil, lo cual, a decir del autor Juan Carlos Ortiz Romero, “...no fueron contemplados por la naturaleza del juicio oral mercantil, ya que sería interminable la determinación de la veracidad de algún medio electrónico –con excepción del registro de las audiencias–; en lo relativo a las inspecciones, tendríamos que poner en tela de juicio la fe pública de nuestros secretarios de acuerdos y actuarios judiciales.”¹⁹.

2.5.1. Confesional

La prueba confesional se encuentra regulada en el Artículo del 1390 Bis 41 del Código de Comercio, siendo importante mencionar que, a diferencia de lo que ocurre en los juicios ordinarios mercantiles, en los juicios orales mercantiles esta prueba es un poco más flexible en cuanto a la forma en que se desahoga, tal como veremos a continuación.

Preparación

Por lo que se refiere a la preparación, se requerirá al absolvente para que se presente en la audiencia de juicio a responder las preguntas que se le formulen oralmente en la misma, bajo el apercibimiento que, de no hacerlo sin justa causa o de no contestar las preguntas que se le formulen y que sean calificadas de legales, de oficio se le declarará confeso.

En relación con esta prueba, resulta pertinente señalar que, a pesar de que en el texto del Artículo 1390 Bis 41 del Código de Comercio, no se hace referencia alguna a la

19 Ortiz Romero, Juan Carlos, *Juicio Oral Mercantil comentado*, México, Oxford, 2018.

exhibición del pliego de posiciones correspondiente, existe jurisprudencia²⁰ emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diciembre de 2018 que, por lo tanto es obligatoria para todos los juzgadores del país, en la que se precisa que si en un juicio oral mercantil el oferente de la prueba no exhibe dicho pliego antes de la audiencia y la persona que ha de declarar no comparece, sin justificación, la prueba confesional debe declararse desierta ante la ausencia de posiciones que puedan calificarse de legales.

Desahogo

En cuanto al desahogo, el mencionado precepto del Código de Comercio precisa que los interrogatorios podrán formularse libremente sin más limitación que las preguntas se refieran a hechos propios del declarante que sean objeto del debate. El Juez, en el acto de la audiencia, calificará las preguntas que se formulen oralmente y el declarante dará respuesta a aquellas calificadas de legales.

Respecto a este punto, vale la pena destacar que no es necesaria la formulación de posiciones en la forma tradicional en la que se hace en otro tipo de juicios, con la famosa frase que reza: “Que diga si es cierto como lo es”, tampoco se menciona a la insidia, no existe la limitante en cuanto a que la pregunta correspondiente se pueda referir a más de un hecho o a que tales preguntas sean negativas.

2.5.2. Testimonial

Las reglas especiales de la prueba testimonial en los juicios orales mercantiles, se encuentran detalladas en los Artículos 1390 Bis 42 y 1390 Bis 43 del Código de Comercio.

Preparación

La testimonial se preparará mediante el requerimiento al oferente de la prueba a presentar a sus testigos, para cuyo efecto se le entregarán las cédulas de notificación. Sin embargo, cuando las partes realmente estuvieren imposibilitadas para presentarlos, lo manifestarán así bajo protesta de decir verdad y pedirán que se les cite. El Juez ordenará la citación de los testigos con el apercibimiento que, en caso de desobediencia, se les aplicarán y se les hará comparecer mediante el uso de los medios de apremio consistentes en el uso de la fuerza pública y rompimiento de cerraduras si fuere necesaria y el arresto hasta por 36 (treinta y seis) horas.

20 Tesis 1a./J. 63/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, p. 233.

Si es el Juez quien debe citar a los testigos, la citación se hará mediante cédula por lo menos con 2 (dos) días hábiles de anticipación al día en que deban declarar, en el entendido de que en tal plazo no se deberán contar el día en que se verifique la diligencia de notificación, el día siguiente hábil en que surta efectos la misma, ni el señalado para recibir la declaración. Si el testigo citado de la forma ya detallada no asistiere a rendir su declaración en la audiencia programada, el Juez le hará efectivo el apercibimiento realizado y reprogramará su desahogo. En este supuesto, la audiencia podrá suspenderse.

La prueba testimonial se declarará desierta:

- a) Si aplicados los medios de apremio ya señalados, no se logra la presentación de los testigos;
- b) Cuando el señalamiento del domicilio de algún testigo resulte inexacto o de comprobarse que se solicitó su citación con el propósito de retardar el procedimiento, en cuyo caso la prueba se declarará desierta de oficio.

En este último supuesto se impondrá al oferente de la prueba una multa a favor del colitigante hasta por la cantidad señalada en la Fracción II del Artículo 1067 Bis del Código de Comercio que, al día de hoy, es de \$8,464.55 M.N.²¹ (Ocho Mil Cuatrocientos Sesenta y Cuatro Pesos 55/100 Moneda Nacional). Adicionalmente, el Juez despachará de oficio ejecución en contra del infractor, sin perjuicio de que se denuncie la falsedad en que hubiere incurrido.

Desahogo

La prueba testimonial será desahogada mediante el interrogatorio que haga la parte oferente de la prueba a sus testigos. Dicho interrogatorio deberá formularse de forma oral y las preguntas estarán concebidas en términos claros y precisos, limitándose a los hechos o puntos controvertidos objeto de la prueba testimonial, debiendo el Juez impedir preguntas contrarias a tales requisitos, así como aquellas que resulten ociosas o impertinentes.

Para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos, el Juez también puede, de oficio, interrogar ampliamente a los testigos.

2.5.3. Instrumental

Esta prueba se encuentra regulada en los Artículos 1390 Bis 44 y 1390 Bis 45 del Código de Comercio, siendo importante señalar que constituyen instrumentales todas las

21 Cantidad actualizada para el año 2021.

documentales exhibidas por las partes en su escrito de demanda o contestación a la misma, reconvención y desahogo de excepciones y defensas.

Preparación

Al igual que en los juicios ordinarios, las partes pueden solicitar se giren oficios a algún archivo público para la expedición de algún documento, lo cual será procedente siempre y cuando acrediten haber realizado la solicitud de manera previa, con la exhibición en juicio de la copia sellada correspondiente. Adicionalmente, las partes pueden solicitar se le requiera a un particular la exhibición de algún documento que tenga en su poder, siempre y cuando manifieste, bajo protesta de decir verdad, el motivo por el cual se encuentra imposibilitada para presentarlo. En ambos casos, la oportuna preparación de las pruebas quedará a cargo de las partes, bajo el apercibimiento que, de no hacerlo, se declararán desiertas de oficio por causas imputables al oferente.

Registros del juicio oral

Como una particularidad, los registros del juicio oral, cualquiera que sea el medio, serán instrumentos públicos, harán prueba plena y acreditarán el modo en que se desarrolló la audiencia o diligencia correspondiente, la observancia de las formalidades, las personas que hubieran intervenido, las resoluciones pronunciadas por el Juez y los actos que se llevaron a cabo, en el entendido de que, en este caso, la prueba no requerirá que las partes la preparen.

Desahogo

La prueba instrumental se desahoga por su propia y especial naturaleza, mediante la exhibición de las documentales que las partes acompañen a sus escritos de demanda y contestación a la misma, reconvención y desahogo de excepciones y defensas, así como con la remisión de los documentos al juzgado por parte de algún archivo público o la exhibición de los mismos por un particular que los tuviere en su poder.

Objeción de documentos

Por lo que se refiere a los documentos que presenten las partes, según lo prevé el Artículo 1390 Bis 45 del Código de Comercio, estos podrán ser objetados en cuanto su alcance y valor probatorio durante la etapa de admisión de pruebas en la audiencia preliminar. Los documentos presentados con posterioridad deberán ser objetados durante la audiencia en que se ofrezcan.

No obstante lo ya señalado, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió una jurisprudencia en la que interpretó el ya citado Artículo 1390 Bis 45 del Código de Comercio y llegó a la conclusión de que la objeción de documentos

puede realizarse válidamente desde el escrito de contestación a la demanda, sin que haya necesidad de su reiteración o ratificación en el periodo de pruebas, toda vez que, lo que señala el precepto en comento, en cuanto a que la objeción únicamente podrá ser realizada en la audiencia preliminar, es el límite de máximo en el que se puede ejercer tal prerrogativa²².

Impugnación de falsedad de documentos

El trámite para impugnar de falso un documento, es diferente dependiendo si el mismo fue exhibido por el actor al formular su demanda o por el demandado al dar contestación a dicha demanda.

En efecto, tratándose de los **documentos exhibidos por el actor** junto con la demanda, la impugnación de falsedad de un documento se opondrá mediante excepción, simultáneamente en la contestación y nunca después, a no ser que los documentos fueren supervenientes. Al momento de oponer la excepción, se deberán ofrecer las pruebas que se estimen pertinentes, además de la prueba pericial, con lo que se dará vista a la contraria para que manifieste lo que a su derecho convenga y designe perito de su parte, reservándose la admisión de la pericial para la audiencia preliminar y sin que haya lugar a la impugnación en la vía incidental.

Por lo que hace a los **documentos exhibidos por la parte demandada** junto con su contestación a la demanda, o bien, de documentos exhibidos por cualquiera de las partes con posterioridad a los escritos que fijan la *Litis*, la impugnación de falsedad se hará de forma oral en vía incidental en la audiencia en que estos se admitan.

En el caso de que alguna de las partes pretendiera objetar o cuestionar la autenticidad de algún documento mediante prueba pericial, la preparación y desahogo de la prueba pericial correspondiente, se hará en términos de los Artículos 1390 Bis 46, 1390 Bis 47 y 1390 Bis 48 del Código de Comercio.

Si con la impugnación no se ofreciere la prueba pericial correspondiente o no se cumpliera con cualquiera de los requisitos necesarios para su admisión a trámite, se desechará de plano por el juzgador.

2.5.4. Pericial

La prueba pericial se encuentra regulada en los Artículos 1390 Bis 46 al 1390 Bis 48 del Código de Comercio.

22 Tesis: 1a./J. 65/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 37, Tomo I, diciembre de 2016, p. 331.

Preparación

Para ofrecer la prueba pericial, las partes deberán señalar:

1. La ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deba practicarse la prueba;
2. Los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deben resolver en la pericial;
3. Los datos de la cédula profesional o documento que acredite la calidad técnica, artística o industrial del perito que se proponga;
4. El nombre, apellidos y domicilio del perito; y
5. La correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos.

Si faltare cualquiera de los requisitos anteriores, el Juez desechará de plano la prueba en cuestión.

Si la prueba pericial es ofrecida en la demanda, en la contestación, en la reconvencción o contestación a la reconvencción, la contraparte, al presentar su contestación a las mismas, deberá designar perito de su parte, proporcionando los requisitos anteriormente detallados y, si así lo considera pertinente, deberá proponer la ampliación de otros puntos y cuestiones, además de los formulados por el oferente de la prueba, para que los peritos emitan su dictamen.

De estar debidamente ofrecida, el Juez admitirá la pericial en la etapa correspondiente, quedando obligadas las partes a que sus peritos exhiban el dictamen respectivo en la audiencia de juicio.

Desahogo

La prueba pericial se desahogará en la audiencia de juicio, a la que deberán asistir los peritos de las partes con el fin de exponer verbalmente las conclusiones de sus dictámenes y responder las preguntas que el Juez o las partes les formulen. En dicha audiencia, los peritos deberán acreditar su calidad científica, técnica, artística o industrial para la que fueron propuestos, con su cédula profesional o con el documento respectivo. En el supuesto de que alguno de los peritos no justifique su calidad, o en caso de que no asistan los peritos designados por las partes, se tendrá por no rendido su dictamen. Por lo que se refiere a la ausencia injustificada del perito tercero en discordia, dará lugar a que se le imponga una sanción pecuniaria equivalente a la cantidad que cotizó por sus servicios, en favor de las partes, en igual proporción.

Si alguno de los peritos designados por las partes no exhibe su dictamen en la audiencia correspondiente, precluirá el derecho de las mismas para hacerlo y, en consecuencia, la prueba se desahogará con el dictamen que sí se haya exhibido. En el supuesto de

que ninguno de los peritos designados por las partes exhiba su dictamen en la audiencia respectiva, la prueba se declarará desierta.

Al igual que en cualquier otro juicio, cuando los dictámenes exhibidos resulten sustancialmente contradictorios, de tal modo que el Juez considere que no es posible encontrar conclusiones que le aporten elementos de convicción, podrá designar un perito tercero en discordia. A este perito deberá notificársele para que dentro del plazo de tres días hábiles, presente escrito en el que acepte el cargo conferido y proteste su fiel y legal desempeño; asimismo señalará el monto de sus honorarios, en los términos de la legislación local correspondiente o, en su defecto, los que determine, mismos que deben ser autorizados por el Juez, y serán cubiertos por ambas partes en igual proporción.

El perito tercero en discordia deberá rendir su dictamen precisamente en la audiencia que corresponda, y su incumplimiento dará lugar a que el Juez le imponga como sanción pecuniaria, en favor de las partes y de manera proporcional a cada una de ellas, el importe de una cantidad igual a la que cotizó por sus servicios. En el mismo acto, el Juez dictará proveído de ejecución en contra de dicho perito tercero en discordia, además de hacerla saber al Consejo de la Judicatura Federal o al Consejo de la entidad federativa de que se trate, o a la presidencia del tribunal, según corresponda, a la asociación, colegio de profesionistas o institución que lo hubiera propuesto por así haberlo solicitado el Juez, para los efectos correspondientes, con independencia de las sanciones administrativas y legales a que haya lugar.

En el supuesto del párrafo anterior, el Juez designará otro perito tercero en discordia y, de ser necesario, suspenderá la audiencia para el desahogo de la prueba pericial.

2.5.5. Prueba Superveniente

Según lo dispuesto por el Artículo 1390 Bis 49 del Código de Comercio, por regla general, sólo serán admitidos los documentos que las partes exhiban con sus escritos de demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción. Excepcionalmente, se señala que, después de dichos escritos, no se admitirán a las partes otros documentos que los que se hallen en alguno de los supuestos siguientes:

- I. Ser de fecha posterior a dichos escritos;
- II. Los anteriores respecto de los cuales, protestando decir verdad, asevere la parte que los presente no haber tenido antes conocimiento de su existencia; y
- III. Los que no haya sido posible adquirir con anterioridad por causas que no sean imputables a la parte interesada.

Cuando alguna de las partes tenga conocimiento de una prueba documental superveniente, deberá ofrecerla hasta antes de que se declare visto el asunto y el Juez, oyendo previamente a la parte contraria en la misma audiencia, resolverá lo conducente.

2.5.6. Ejecución de Convenios

La ejecución de los convenios celebrados ante los Jueces de Proceso Oral y de las resoluciones dictadas por estos, se hará en términos del Capítulo XXVII, del Título Primero, del Libro Quinto del Código de Comercio, cuyo capítulo se refiere a la ejecución de las sentencias. En ese sentido, el obligado a ejecutar la sentencia será el mismo Juez que la dictó y en caso de que se pida la ejecución de la sentencia o convenio y no hubieren bienes embargados, se procederá al embargo.

Por último, debe reiterarse que, conforme al Artículo 1390 Bis del Código de Comercio, en contra de las resoluciones pronunciadas en el Juicio Oral Mercantil, no procede recurso ordinario alguno, sin embargo, sí procedería el juicio de amparo indirecto en el caso de que dentro del procedimiento del Juicio Oral Mercantil se hubiere violentado algún derecho constitucional.

JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL ORAL

No obstante que la reforma al Código de Comercio de 2011 introdujo el juicio oral mercantil únicamente en su modalidad ordinaria, mediante ulterior reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 2017, se introdujo el Título Especial Bis denominado “Del Juicio Ejecutivo Mercantil Oral”, cuya entrada en vigor se verificó doce meses después de dicha publicación y el cual se rige bajo los principios de oralidad, publicidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad y concentración. Asimismo, es importante destacar que el Juicio Ejecutivo Mercantil Oral se rige, de manera general, conforme al Juicio Oral Mercantil y, en lo especial, conforme al Juicio Ejecutivo Mercantil, con los matices que se expondrán a lo largo del presente apartado.

En ese sentido, de acuerdo con el Artículo 1390 Ter 1, la vía Ejecutiva Mercantil Oral, procede siempre y cuando el valor de la suerte principal sea igual o superior a la que establece el Artículo 1339²³ para que un juicio sea apelable y hasta cuatro millones de pesos, sin considerar los intereses y demás accesorios reclamados a la fecha de presentación de la demanda.

Sobre el particular, existen criterios emitidos por Tribunales Colegiados de Circuito, que se inclinan por habilitar la vía Ejecutiva Mercantil Oral para aquellos juicios cuya cuantía sea inferior a la que establece el Artículo 1339, pues con fundamento en el derecho humano a una tutela judicial efectiva, previsto en el Artículo 17 Constitucional y partiendo de una interpretación sistemática, histórica y teleológica de los Artículos 1390 Bis y 1390 Ter 1 del Código de Comercio, concluyen que la intención del legisla-

23 De acuerdo con el propio Código de Comercio, dicha cantidad deberá actualizarse anualmente por la inflación por la Secretaría de Economía, siendo que la cifra aplicable para el año 2021, es de \$705,379.03 M.N. (Setecientos Cinco Mil Trescientos Setenta y Nueve Pesos 03/100 Moneda Nacional).

dor fue que la cuantía de los Juicios Ejecutivos Mercantiles Orales comprendiera desde \$1.00 M.N. (Un Peso 00/100 Moneda Nacional), hasta llegar a los cuatro millones que establece el citado Artículo 1390 Ter 1 y, por lo tanto, los Jueces competentes para conocer de los Juicios Ejecutivos Mercantiles Orales cuya cuantía sea inferior a la prevista en el Artículo 1339, lo son los Jueces especializados en juicios de cuantía menor²⁴.

Asimismo, las resoluciones pronunciadas en esta modalidad de juicio no admiten recurso ordinario alguno, sin embargo, atendiendo a oralidad del mismo, durante las audiencias las partes pueden solicitar al Juez que subsane las omisiones o irregularidades que se llegaren a presentar, con la única finalidad de regularizar el procedimiento. En ese mismo contexto, si las partes llegaren a advertir que la sentencia definitiva contiene omisiones, cláusulas o palabras contradictorias, ambiguas u oscuras, pueden solicitar verbalmente y sólo durante la audiencia en que se dicte, la aclaración o adición a dicha resolución, sin que con ello se pueda variar la sustancia de ésta.

Ahora bien, el Juicio Ejecutivo Mercantil Oral, se tramitará conforme a las Disposiciones Generales del Juicio Mercantil Oral ordinario, previstas del Artículo 1390 Bis 3 al 1390 Bis 13, salvo lo relativo a la reconvencción, que es incompatible por su propia naturaleza con el Juicio Ejecutivo Mercantil Oral.

En lo relativo al procedimiento, de conformidad con el Artículo 1390 Ter 5, al presentar la demanda, el Juez dictará un auto con efectos de mandamiento en forma, para que el demandado sea requerido del pago que se le reclama y, en caso de incumplimiento, se proceda al embargo de acuerdo con las reglas previstas en los Artículos del 1392 al 1396, relativas al Juicio Ejecutivo Mercantil.

Una vez hecho el emplazamiento y requerimiento de pago al demandado, éste cuenta con ocho días hábiles para contestar la demanda, refiriéndose a cada hecho y oponiendo las excepciones contempladas en el Artículo 1403, de conformidad con las reglas previstas en los Artículos 1390 Bis 16, 1390 Bis 20, 1397, 1398, 1399 y 1400 del Código de Comercio, salvo lo relativo a la reconvencción.

Contestada la demanda, se dará vista a la parte actora por el término de tres días hábiles y, en caso de que el demandado se allane a la demanda y solicite término de gracia para el pago y cumplimiento de lo reclamado, igualmente el Juez dará vista al actor para que en el término de tres días hábiles manifieste lo que a su derecho corresponda, debiendo dictar sentencia definitiva el Juez conforme a las proposiciones de las partes en la audiencia de juicio, la cual deberá tener verificativo en un plazo no mayor a 10 días hábiles.

En lo relativo a las audiencias, es decir, la preliminar y la de juicio, de acuerdo con el Título Especial Bis, estas se desarrollarán conforme a las reglas generales previstas

24 Tesis I.7o.C.39 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Tomo IV, Libro 71, octubre de 2019, p. 3519.

para el Juicio Oral Mercantil, mientras que los Incidentes deberán tramitarse, de igual forma, de acuerdo con lo previsto para los Incidentes del Juicio Oral Mercantil, destacándose que los mismos deberán promoverse oralmente durante las audiencias y, en caso de que se trate de una cuestión que requiera prueba, el Juez ordenará su desahogo en una audiencia especial, en caso contrario, enseguida dictará resolución.

En otro punto, el desahogo de las pruebas se hará conforme a las reglas previstas en la parte conducente del Juicio Oral Mercantil, salvo en lo relativo a la reconvención que es incompatible con este juicio.

Por último, la ejecución de los convenios celebrados ante los Jueces de Proceso Oral, así como de las resoluciones dictadas por estos, se desarrollarán en los términos previstos para la ejecución de los juicios ejecutivos mercantiles. Esto es, si la sentencia declara haber lugar a hacer trance y remate de los bienes embargados y pago al actor, se procederá a la venta de dichos bienes mediante almoneda pública, previo avalúo exhibido por cada una de las partes practicado por un corredor público, una Institución de crédito o perito valuador autorizado por el Consejo de la Judicatura correspondiente.



RÉGIMEN JURÍDICO DE LA ADOPCIÓN EN LA CIUDAD DE MÉXICO

ERICK MENA MORENO*

*Para María Elena, Jorge Luis y María José,
con todo mi amor.*

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto que el lector pueda conocer el nuevo régimen jurídico aplicable a los procesos de adopción en la Ciudad de México, particularmente con motivo del Decreto de reformas a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en materia de adopción publicado en el Diario Oficial de la Federación de 3 de junio de 2019, del Decreto de reformas a la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México de 10 de febrero de 2021; decretos de 2019 y 2021 que junto con los artículos 390 a 410-E del Código Civil para el Distrito Federal (disposiciones sustantivas en materia de adopción), artículos 923 al 926 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (disposiciones adjetivas de jurisdicción voluntaria en materia de adopción) y artículos 1019 al 1080 también del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (disposiciones adjetivas de los juicios orales familiares que son aplicables a los juicios de adopción), y Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 29 de mayo de 1993 (disposiciones internacionales en materia de adopción) constituyen actualmente el “corpus iuris” en materia de adopción en la capital de la República Mexicana.

PALABRAS CLAVE: Adopción; expósito; abandonado; certificado de idoneidad; informe de adoptabilidad.

ABSTRACT: The purpose of this article is that the reader can learn about the new legal regime applicable to adoption processes in Mexico City, particularly on the occasion of the Decree of Reforms to the General Law of Rights of Girls, Boys and Adolescents in the

* El autor es Abogado por la Escuela Libre de Derecho, cuenta con estudios de Especialidad en Propiedad Intelectual por el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México; de Maestría en Derecho Constitucional con Mención Honorífica y Mejor Promedio de su Generación por el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, de Maestría en Derecho con especialización en Litigación Oral (LL.M.) con Mención Magna Cum Laude y reconocimiento “Professor Awards” por la California Western School of Law de San Diego E.U.A., de Doctorado en Derecho Civil y de Posdoctorado Multidisciplinario, ambos por el Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas; es profesor de las cátedras de Derecho Mercantil, Derecho Fiscal, Contratos Civiles y Mercantiles y Derecho Procesal Civil y Mercantil en la Universidad del Claustro de Sor Juana, es miembros del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y fue Subcoordinador de la Comisión de Derecho Civil de dicha institución, es fundador de la Agrupación de Abogados Latinoamericanos y es socio de Despacho Capin Abogados, S.C., bufete dedicado al litigio constitucional, administrativo, telecomunicaciones, derecho civil, mercantil y de familia.

matter of adoption published in the Official Gazette of the Federation on June 3, 2019, of the Decree of reforms to the Law on the Rights of Girls, Boys and Adolescents of Mexico City published in the Official Gazette of Mexico City on February 2021; decrees of 2019 and 2021 that together with articles 390 to 410-E of the Civil Code for the Federal District (substantive provisions regarding adoption), articles 923 to 926 of the Code of Civil Procedure of the Federal District (adjective provisions of voluntary jurisdiction in adoption) and articles 1019 to 1080 also of the Federal District Code of Civil Procedure (adjective provisions of oral family trials that are applicable to adoption trials), and the Convention on the Protection of Children and Cooperation in Matter of International Adoption of May 29, 1993 (international provisions on adoption) currently constitute the “corpus iuris” in matters of adoption in the capital of the Mexican Republic.

KEYWORDS: Adoption; foundling; abandoned; certificate of suitability; adoptability report.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DECRETO DE REFORMAS A LA LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MATERIA DE ADOPCIÓN DE 3 DE JUNIO DE 2019. 3. DECRETO DE REFORMAS A LA LEY DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA CIUDAD DE MÉXICO DE 10 DE FEBRERO DE 2020. 3.1. Obligaciones para todos los habitantes de la Ciudad de México. 3.2. Obligaciones para todas las autoridades. 3.3. Obligaciones para el DIF CDMX. 3.4. Obligaciones para los Jueces de la Ciudad de México. 3.5. Obligaciones para los Centros de Asistencia Social Privados y su personal. 3.5.1. Obligaciones de las instituciones. 3.5.2. Obligaciones de sus titulares y/o representantes legales. 3.6. Aplicación del DECRETO de 10 de febrero de 2021. 4. CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL. 5. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL. 6. CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE 29 DE MAYO DE 1993. 7. CONCLUSIONES. 8. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La adopción es una institución de derecho civil que crea una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado, un parentesco consanguíneo entre el adoptado y la familia del adoptante y entre éste y los descendientes del adoptado y restituye el derecho de los menores a vivir, crecer y desarrollarse de forma integrada en el seno de una familia.

El proceso de adopción ha sufrido importantes reformas en los últimos años, en particular en la Ciudad de México con la expedición del Decreto de reformas a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de 3 de junio de 2019 y el Decreto de reformas a la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México de 10 de febrero de 2021.

En el presente artículo se exponen los cambios fundamentales que sufrió la institución de la adopción en su parte sustantiva y adjetiva con motivo de los decretos enunciados de 2019 y 2021, se exponen las obligaciones que asumieron diversos operadores jurídicos con motivo de estos decretos, además del ámbito de aplicación de estas reformas y la forma en como dichas reformas podrían sufrir nuevamente cambios una vez que se expida por el legislador federal el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

2. DECRETO DE REFORMAS A LA LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MATERIA DE ADOPCIÓN DE 3 DE JUNIO DE 2019

El 3 de junio de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reformaron la fracción I del artículo 1, el párrafo segundo del artículo 2, el párrafo primero del artículo 5, el párrafo cuarto del artículo 22, los párrafos primero, segundo, tercero, cuarto y quinto y la fracción I del artículo 26, el párrafo primero y la fracción III del artículo 29, el párrafo primero y las fracciones I y V del artículo 30, y la fracción II del artículo 111; y se adicionan una fracción XV al artículo 6o., los párrafos sexto a décimo del artículo 26, las fracciones VI y VII al artículo 30, los artículos 30 Bis, 30 Bis 1, 30 Bis 2, 30 Bis 3, 30 Bis 4, 30 Bis 5, 30 Bis 6, 30 Bis 7, 30 Bis 8, 30 Bis 9, 30 Bis 10, 30 Bis 11, 30 Bis 12, 30 Bis 13, 30 Bis 14, 30 Bis 15, los párrafos segundo y tercero, recorriéndose en su orden los actuales párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto para ser los párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo, y un párrafo octavo al artículo 31 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.¹

Los artículos 26, 29 fracción III, 30 bis 5, 30 bis 13, y cuarto transitorio del decreto incorporaron el “certificado de idoneidad”, documento que no está contemplado en las disposiciones sustantivas en materia de adopción previstas en el Código Civil para el Distrito Federal y en las disposiciones adjetivas en materia de adopción previstas en el Código de Procedimientos Civiles.

Los certificados de idoneidad como lo señala el propio artículo 26 “*podrán ser expedidos, previa valoración técnica, por el Sistema Nacional DIF, los Sistemas de las Entidades o las Procuradurías de Protección, y serán válidos para iniciar el proceso de adopción en cualquier entidad federativa, independientemente de dónde hayan sido expedidos*”, esto es, dichos certificados constituyen la calificación que hace la autoridad en una fase administrativa de que los interesados en adoptar son idóneos para ello.

El artículo 29 fracción III del decreto de reformas estatuye la existencia de un sistema de información y registro de adopciones que incluirá entre otros datos la información de adopciones concluidas en México.

Este decreto incorpora esencialmente en su artículo 30 Bis 1, las condiciones y requisitos para la declaratoria de expósito o abandonado de un menor, así como para la pérdida de derechos de patria potestad o tutela.

Asimismo, los artículos 30, 30 Bis 2 último párrafo, 30 Bis 6, 30 Bis 9 y segundo transitorio del decreto incorporan esencialmente los términos y condiciones procesales bajo los que se llevarán a cabo los juicios de adopción en todo nuestro país.

1 Este decreto es consultable en el sitio web https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5561716&-fecha=03/06/2019

Así el artículo 30 Bis 2 del decreto prohíbe las promesa de adopción durante el proceso de gestación, la adopción privada, adopción para fines ilícitos, el contacto de las madres o padres biológicos con la persona adoptante, la inducción a través de cualquier forma de compensación o pago para influenciar o favorecer la decisión de otorgar a la niña, el niño o el adolescente en adopción, la obtención lucro o beneficio personal ilícito como resultado de la adopción, el matrimonio entre la persona adoptante el adoptado o sus descendientes, la adopción por discriminación.

El artículo 30 Bis 3 señala que pueden ser adoptados niñas, niños y adolescentes que (i) no tengan quien ejerza sobre ellas o ellos la patria potestad, (ii) sean expósitos o abandonados, (iii) se encuentren en alguno de los supuestos anteriores y acogidos en Centros de Asistencia Social o bajo la tutela del Sistema Nacional DIF, de los Sistemas de las Entidades o de las Procuradurías de Protección, y (iv) estando bajo patria potestad o tutela, quien la ejerce manifieste por escrito su consentimiento ante el Sistema Nacional DIF, los Sistemas de las Entidades o ante la Procuraduría de Protección correspondiente; precepto legal que amplía los requisitos de los menores que podrán ser sujetos de adopción al establecer requisitos adicionales de los previstos en el artículo 393 del Código Civil para el Distrito Federal y señalando además que se deberá contar con un “informe de adoptabilidad”, documento que certifica la idoneidad de los menores para ser sujetos de adopción y documento que no estaba contemplado antes de 2019 ni en el Código Civil ni en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

El artículo 30 Bis 4 del decreto establece el imperativo de que los procesos de adopción solo podrán tramitarse ante el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), ante los Sistemas DIF Estatales y las Procuradurías de Protección de los Menores.

Los artículos 2, 26 fracción I, 30 fracción I, 30 Bis 2 fracción XI y 31 del decreto establecen facultades a las autoridades del Sistema Nacional DIF, de los Sistemas DIF de las entidades federativas y de las Procuradurías de Protección al Menor para interpretar el principio constitucional de interés superior del menor y decidir a los sujetos susceptibles de adopción, los requisitos para ello y los mecanismos de elegibilidad de los adoptantes, pudiendo inclusive suspender esas autoridades procesos de adopción atento a la interpretación administrativa que ellos realicen de dicho principio constitucional de interés superior del menor.

En particular el último párrafo del artículo 30 Bis 2 último párrafo del decreto de reformas, faculta a las autoridades para suspender a su juicio todo proceso de adopción en trámite por contravenir el marco normativo e inclusive para que se adopten medidas una vez concluida judicialmente una adopción.

El artículo 30 Bis 7 del decreto señala que en igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a solicitantes mexicanos sobre extranjeros y que se dará preferencia a las adopciones nacionales sobre las internacionales.

Los artículos 30 Bis 1, 30 Bis 8 y 111 fracción II del decreto de reformas imponen diversas cargas a los Centros de Asistencia Social Privados tales como la instrumentación

conjunta con las autoridades del procedimiento abreviado para declarar expósitos o abandonados a menores, garantía de servicios de atención a adolescentes y de llevar un registro de menores bajo su custodia.

Finalmente, el artículo 30 Bis del decreto de reformas obliga a los particulares a presentar inmediatamente a menores ante las Procuradurías de Protección y ante los Sistemas DIF nacional y estatales, junto con los objetos que acompañaren a dichos menores y teniendo obligación de declarar sobre las circunstancias.

3. DECRETO DE REFORMAS A LA LEY DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES DE LA CIUDAD DE MÉXICO DE 10 DE FEBRERO DE 2020

El 10 de febrero de 2021 se publicó en el número 532Bis de la Gaceta Oficial de la Ciudad de México², el Decreto que REFORMA el artículo 4, artículo 29 en su primer y segundo párrafo, artículo 30 en su primer párrafo, en su fracciones II y III, el artículo 31 en su primer párrafo, así como sus fracciones I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX y X, artículo 32 en su totalidad, artículo 44, artículo 112 en su fracción XI, artículo 130 y la denominación del capítulo único del Título Quinto; y ADICIONA una fracción XL, XLI, XLII, XLIII, XLIV, XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX y L, al artículo 4; un inciso a), b), c), d) y e), así como dos nuevos párrafos a la fracción III, así como una fracción IV y V al artículo 30, una fracción XI al artículo 31, los artículos 31 Bis, 31 Bis 1, 31 Bis 2, 31 Bis 3, 31 Bis 4, 31 Bis 5, 31 Bis 6, 31 Bis 7, 31 Bis 8, 31 Bis 9, 31 Bis 10, 31 Bis 11, 31 Bis 12, 31 Bis 13, 31 Bis 14, 31 Bis 15, 31 Bis 16, 31 Bis 17, 31 Bis 18, 31 Bis 19., una fracción VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV y XV al artículo 32, una fracción I, II, III, IV y V al artículo 130, un artículo 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138 y 139, así como un capítulo segundo al Título Quinto; todos ellos de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México, en lo sucesivo llamado el DECRETO.

Este DECRETO busca dar cumplimiento a la obligación derivada del artículo Segundo Transitorio del diverso decreto federal de 3 de junio de 2019 por el que se reformaron diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en materia de adopción que fue objeto de análisis en el apartado anterior; obligación conforme a la cual el Poder Legislativo de cada entidad federativa realizará las adecuaciones normativas dentro de los 180 días siguientes a su entrada en vigor.

El DECRETO incorpora en los procesos de adopción a tramitarse en la Ciudad de México:

- a) La figura del Abandonado, el cual es el menor que se encuentre en situación de desamparo por quienes conforme a la Ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y cuyo origen se conoce (artículo 4º fracción III).

2 Este DECRETO es consultable en el sitio web https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/bdfb1c07b0f24d1565fba6b13ff4fa07.pdf

- b) La figura del Acogimiento Residencial que es el brindado por Centros de Asistencia Social como una medida especial de protección de carácter subsidiario, que será de último recurso y por el menor tiempo posible, priorizando las opciones de cuidado en un entorno familiar (artículo 4º fracción X).
- c) El Certificado de Idoneidad el cual es el documento expedido por la Procuraduría de Protección, previa opinión positiva del Comité Técnico de Adopción del DIF-CDMX en el que consta que la persona solicitante es apta para adoptar (artículo 4º fracción XV) el cual es junto con la reforma del Decreto Federal de 3 de junio de 2019 el principal documento a obtener por todos los interesados en adoptar y el cual es otorgado por las autoridades del DIF Nacional o Estatales.
- d) La figura de Expósito que es el menor que es colocado en una situación de desamparo por quienes conforme a la Ley estén obligados a su custodia, protección y cuidado y no pueda determinarse su origen (artículo 4º fracción XXIV)
- e) La figura de la Familia de Acogida, que es aquélla que cuente con la certificación de la autoridad competente y que brinde cuidado, protección, crianza positiva y la promoción del bienestar social de niñas, niños y adolescentes por un tiempo limitado hasta que se pueda asegurar una opción permanente con la familia de origen, extensa o adoptiva (artículo 4º fracción XXV).
- f) La figura de la Familia Extensa o Ampliada que es aquélla compuesta por los ascendientes de niñas, niños y adolescentes en línea recta sin limitación de grado, y los colaterales hasta el cuarto grado (artículo 4º fracción XXVII)
- g) El Informe de Adoptabilidad, que es el documento de carácter técnico emitido por el DIF CDMX a través de la Procuraduría de Protección, que contiene la información sobre la identidad, medio social, evolución personal y familiar en el que consta la adoptabilidad de niñas, niños y adolescentes (artículo 4º fracción XXIX) y el cual junto con el Certificado de Idoneidad y los requisitos que derivan de los artículos 390 al 410-F del Código Civil y de los artículos 923 a 925 y disposiciones sobre juicios orales familiares (artículos 1019 al 1080) del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal constituyen los requisitos que se deben cumplir para adoptar en la Ciudad de México.
- h) Establecer que las adopciones se realicen en observancia y pleno respeto de los derechos humanos y respetando los derechos de los intervinientes (artículo 31).
- i) Señalar que en igualdad de circunstancias se dará preferencia en la adopción a los solicitantes mexicanos sobre extranjeros y que se dará preferencia a la adopción nacional sobre la adopción internacional (artículo 31 fracción VII).
- j) Establecer en la medida de lo posible el acogimiento preadoptivo como fase del proceso (artículo 31 Bis 2 fracción VII).

- k) Al igual que como lo indica el artículo 30 Bis 2 del decreto federal de 3 de junio de 2019, prohíbe las promesa de adopción durante el proceso de gestación, la adopción privada, adopción para fines ilícitos, el contacto de las madres o padres biológicos con la persona adoptante, la inducción a través de cualquier forma de compensación o pago para influenciar o favorecer la decisión de otorgar a la niña, el niño o el adolescente en adopción, la obtención lucro o beneficio personal ilícito como resultado de la adopción, el matrimonio entre la persona adoptante el adoptado o sus descendientes, la adopción por discriminación (artículo 31 Bis 4).
- l) Señalar que podrán ser adoptados los menores que no tengan quien ejerza sobre ellas o ellos la patria potestad, cuenten con certificación de expósitos o abandonados, se encuentren en un Centro de Asistencia Social, familia de acogida o bajo tutela del DIF CDMX, cuyos padres o quienes ejerzan patria potestad, manifiesten por escrito de forma libre y clara su consentimiento para iniciar el procedimiento de adopción ante la Procuraduría de Protección mismos que deberán ratificar su consentimiento ante el juez de lo familiar correspondiente y se trate de menores entregados voluntariamente para su adopción a Centros de Asistencia Social (artículo 31 Bis 5).
- m) Señalar que en ningún caso se solicitará certificado médico de infertilidad como requisito para adoptar (artículo 31 Bis 15) y reconocer como plena e irrevocable la adopción celebrada en la Ciudad de México (artículo 31 Bis 17)
- n) Reglamentar el proceso de adopción internacional ante las autoridades de la Ciudad de México conforme a las disposiciones de la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional (artículo 31 Bis 19)
- o) Incorpora sanciones para las autoridades y personal de los Centros de Asistencia Social por las conductas y conforme a las reglas delimitadas en los artículos 130 a 137.
- p) Crea un Fideicomiso de Restitución de derechos de niñas, niños y adolescentes que operara los recursos que resulten de las sanciones que se impongan (artículos 138 y 139).

El DECRETO incorpora diversas obligaciones para algunos operadores jurídicos, las cuales son:

3.1. Obligaciones para todos los habitantes de la Ciudad de México.

Toda persona que encontrare en menor en estado de indefensión o que hubiere sido puesto en situación de desamparo familiar, deberá dar aviso o presentarlo ante la Procuraduría de Protección y al DIF-CDMX, con las prendas valores o cualesquiera otros

objetos encontrados en su persona, señalando las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que lo hubiere hallado (artículo 31 Bis).

3.2. Obligaciones para todas las autoridades.

- a) Garantizar que los menores sean adoptados con pleno respeto de sus derechos humanos, y de conformidad con el principio de interés superior de la niñez (artículo 31 fracción I).
- b) Garantizar el derecho a la participación de los menores dentro de sus procedimientos de adopción, asegurando que su opinión sea tomada en cuenta de acuerdo con su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez (artículo 31 fracción II).
- c) Priorizar en todo momento la unidad familiar entre hermanos (artículo 31 fracción IX).
- d) Garantizar que se informe y asesore jurídicamente de forma gratuita y profesional, tanto a quienes consientan la adopción, como a quienes la acepten (artículo 31 fracción X).
- e) Disponer las acciones necesarias para verificar que la adopción no sea motivada por beneficios económicos o diversos al interés superior de la niñez, para quienes participen en ella (artículo 31 fracción XI).

3.3. Obligaciones para el DIF CDMX.

- a) Contar con un sistema de información y registro detallado de carácter confidencial y de acceso exclusivo por orden de autoridad judicial o administrativa competente, permanentemente actualizado sobre personas interesadas en adoptar, adoptantes, adoptados, adopciones concluidas, adopciones en trámite y adopciones no concluidas (artículo 30 fracción III).
- b) Contar con un registro de familias de acogida (artículo 30 fracción IV).
- c) Registrar, capacitar, evaluar y certificar a las familias que idóneas para acogimiento temporal y preadoptivo (artículo 30 fracción V).
- d) Elaborar una ficha única de aviso para las autoridades del DIF Estatales y Nacional cuando se desconozca el origen de los menores y se presuma su procedencia de una entidad federativa distinta a la Ciudad de México, ficha que deberá elaborarse en un plazo de 60 días (artículo 31 Bis 2 fracción I).
- e) Declarar administrativamente como expósitos a los menores ubicados en familias de acogida o en Centros de Asistencia una vez que transcurran 60 días na-

turales sin que se reclamen derechos sobre ellos, plazo que correrá a partir del día en que el menor haya sido acogido por la familia o Centro de Asistencia y el cual podrá ser prorrogable por otros 60 días naturales para determinar fehacientemente su situación jurídica (artículo 31 Bis 3 fracciones I y II); plazo que también podrá ser prorrogable por 90 días naturales por existir la presunción de la comisión del delito abandono (artículo 31 Bis 3 fracción V).

- f) Realizar las acciones para reintegrar a los menores cuyo origen se conozca dentro del plazo de 60 días naturales siguientes a su acogimiento por la familia o Centro de Asistencia (artículo 31 Bis fracción III); plazo que también podrá ser prorrogable por 90 días naturales por existir la presunción de la comisión del delito abandono (artículo 31 Bis 3 fracción V).
- g) Iniciar el procedimiento de pérdida de patria potestad cuando la reintegración al seno familiar no fuera posible por representar un riesgo a su bienestar o por ser contrario al interés superior de la niñez, ello dentro de los 60 días naturales siguientes a haber intentado reintegrar a los menores (artículo 31 Bis fracción III y IV); plazo que también podrá ser prorrogable por 90 días naturales por existir la presunción de la comisión del delito abandono (artículo 31 Bis 3 fracción V).
- h) Resolver en un plazo máximo de 45 días naturales sobre la petición e idoneidad de los solicitantes para adoptar previa valoración del expediente, del análisis de la evaluación psicológica y socioeconómica de los solicitantes y previa opinión de su Comité Técnico de Adopción, y expedir los Certificados de Idoneidad respectivos dentro de los 10 días naturales siguientes a haber resuelto lo conducente sobre la petición e idoneidad de los solicitantes para adoptar (artículo 31 Bis 9).
- i) Levantar previa sentencia de pérdida de patria potestad un acta circunstanciada en la que conste la certificación de expósito o abandonado corresponde una vez concluidos los plazos sin obtener información sobre ellos o sin lograr su reintegración al seno familiar, pues los menores a partir de ese momento serán susceptibles de adopción (artículo 31 Bis 3 fracción V último párrafo).
- j) Entregar al juzgado familiar que corresponda en un plazo de 5 días hábiles improrrogables el expediente de adopción completo para emitir sentencia, una vez resuelta la petición e idoneidad de los solicitantes y emitido el Certificado de Idoneidad (artículo 31 Bis 9 y artículo 31 Bis 11).
- k) Realizar seguimiento cada seis meses durante los tres años posteriores a la adopción contados a partir de que la sentencia judicial de adopción quede firme, de los menores adoptados y reportes que deberán realizar personas profesionales de trabajo social autorizados y registrados por el DIF CDMX (artículo 31 Bis 2 fracción VIII).

- l) Implementar en coordinación con el DIF Nacional el procedimiento único de adopción cuyo trámite sea rápido, eficaz y transparente (artículo 31 Bis 14).
- m) Celebrar con el DIF Nacional y la Procuraduría de Protección Federal, y con los Centros de Asistencia Social y con las instituciones que brinden cuidados alternativos debidamente registrados y autorizados por el DIF-CDMX, los convenios de colaboración que se consideren necesarios (artículo 31 bis 18)
- n) Otorgar autorización y registro a personas que ejerzan profesiones de trabajo social y psicología en las instituciones públicas y privadas que intervengan en procedimientos de adopción internacional en términos de lo dispuesto en los tratados internacionales, y la legislación de la materia (artículo 31 Bis 19).
- o) Publicar trimestralmente en su página de internet y en la Gaceta Oficial, los ingresos, rendimientos financieros, egresos, destino y saldo del Fideicomiso de Restitución derechos de niñas, niños adolescentes (artículo 139 fracción I)
- p) Enviar de manera trimestral al Congreso de la Ciudad de México por conducto de la Secretaría de Administración y Finanzas de la Ciudad de México los informes del estado que guarda el Fideicomiso de Restitución de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, así como una relación del uso de sus recursos por destino y tipo de gasto (artículo 139 fracción II).

3.4. Obligaciones para los Jueces de la Ciudad de México

- a) Garantizar que el proceso de adopción se realice de conformidad con lo establecido en Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, el Código Civil y el Código de Procedimientos ambos del Distrito Federal, la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional y la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México (artículo 30 fracción IV).
- b) Dar intervención a la Procuraduría de Protección en los procesos de adopción (artículo 31 Bis 4 fracción XIV).
- c) Resolver en sentencia dentro de un plazo de 90 días hábiles improrrogables sobre la pérdida de patria potestad, término que correrá al día siguiente de la presentación del escrito inicial (artículo 31 Bis 10).
- d) Resolver en sentencia dentro de un plazo de 15 días hábiles improrrogables contados a partir del día siguiente de la entrega, por parte de la autoridad administrativa, del expediente de adopción completo (artículo 31 Bis 11).

3.5. Obligaciones para los Centros de Asistencia Social Privados y su personal.

3.5.1. Obligaciones de las instituciones

- a) Proporcionar cualquier información que requiera DIF-CDMX para expedir el Informe de Adoptabilidad (artículo 31 Bis 6 último párrafo)
- b) Proporcionar a los menores en situación de desamparo familiar acogimiento residencial, ello por el menor tiempo posible, siempre que estos no fueren ubicados por una familia de acogida (artículo 31 Bis 2 fracción V).
- c) Iniciar el procedimiento de pérdida de patria potestad cuando la reintegración al seno familiar no fuera posible por representar un riesgo a su bienestar o por ser contrario al interés superior de la niñez, ello dentro de los 60 días naturales siguientes a haber intentado reintegrar a los menores y lo cual podrán hacer enterando previamente a la Procuraduría de Protección y previo pronunciamiento de esta última (artículo 31 Bis fracción III y IV).
- d) implementará el plan de restitución de derechos con dos años de anticipación previos al egreso de adolescentes, con el fin de que desarrollen habilidades, conocimientos y capacidades que fortalezcan su autonomía progresiva y el ejercicio pleno de sus derechos (artículo 31 Bis 13).
- e) Obtener autorización y registro para operar por el DIF-CDMX (artículo 32).

3.5.2. Obligaciones de sus titulares y/o representantes legales

- a) Inscribirse en el Registro Nacional de Centros de Asistencia Social del Sistema Nacional DIF y del DIF CDMX;
- b) Contar con un plan de restitución de los derechos de los menores a quienes brinda alojamiento, en coordinación con la Procuraduría de Protección.
- c) Contar con un registro de los menores a quienes brindan alojamiento que contendrá la información de su situación jurídica que será actualizada permanentemente, la cual será informada a la Procuraduría de Protección.
- d) Brindar la información que le requiera la Procuraduría de Protección respecto de la atención integral que otorga a menores.
- e) Ingresar información y mantenerla actualizada en el Sistema que prevé la Ley de Cuidados Alternativos.
- f) Proporcionar los datos que le requiera la Procuraduría de Protección, que permitan comprobar la integración y sistematización del Registro de Centros de Asistencia Social, Nacional y de la Ciudad de México.

- g) Asegurar que las instalaciones tengan en lugar visible, la constancia de registro de incorporación al Registro Nacional de Centros de Asistencia Social y de la Ciudad de México.
- h) Contar con un Reglamento Interno, aprobado por el DIF-CDMX;
- i) Contar con un programa interno de protección civil en términos de la legislación de la materia.
- j) Brindar las facilidades a la Procuraduría de Protección para que realice la verificación periódica de la situación jurídica y social, así como la atención médica y psicológica de los menores y en su caso atender las recomendaciones realizadas.
- k) Informar de manera oportuna a la jueza o el juez de lo familiar, al DIF CDMX y a la Procuraduría de Protección cuando el ingreso de un menor corresponda a una situación distinta a las establecidas en la Ley o se tenga conocimiento de que pelagra su integridad física estando bajo su custodia.
- l) Proporcionar atención médica a los menores bajo su custodia a través del personal capacitado para ello;
- m) Dar cumplimiento a los requerimientos y recomendaciones que realicen las autoridades en el ámbito de su competencia.
- n) Realizar las acciones necesarias para la profesionalización de su personal.
- o) Brindar las facilidades a la Procuraduría de Protección a fin de dar seguimiento al cumplimiento del plan de restitución de derechos de los menores y atender las recomendaciones que, en su caso emita.

3.6. Aplicación del DECRETO de 10 de febrero de 2021

El artículo Primero Transitorio del DECRETO señala que el mismo entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México (11 de febrero de 2021).

El artículo Octavo Transitorio del DECRETO señala la derogación de todas las disposiciones que se opongan al mismo.

El artículo Tercero Transitorio del DECRETO señala que los procedimientos administrativos y los procesos jurisdiccionales de adopción que se encuentren en trámite a la fecha de la entrada en vigor del mismo se seguirán conforme a la normatividad aplicable al momento de su inicio, pero se podrá aplicar lo dispuesto en este decreto en todo aquello que beneficie al interés superior de la niñez, por lo que las obligaciones que deriven del mismo no podrán afectar situaciones anteriores al 11 de febrero de 2021 ni tampoco modificar los procesos judiciales de pérdida de patria potestad o

de adopción que se estén tramitando por los sujetos legitimados para ello conforme a las actuales disposiciones del Código Civil y Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México.

El artículo Cuarto Transitorio del DECRETO señala que las disposiciones normativas del (i) Protocolo Interinstitucional para la Atención de Niñas, Niños y Adolescentes en Situación de Desamparo en la Ciudad de México, (ii) Reglamento de la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México deberán actualizarse y (iii) Lineamientos de integración y funcionamiento del Comité Técnico de Adopción de la Ciudad de México (deberán expedirse) por la Jefa de Gobierno en un plazo que no excederá de 120 días naturales posteriores a la entrada en vigor del DECRETO, esto es a más tardar al 10 junio de 2021, por lo que hasta esa fecha entrarán en vigor de forma fáctica alguna de las obligaciones que derivan del DECRETO para las partes, máxime que el Comité Técnico de Adopción del DIF CDMX que debe resolver sobre Certificados de Idoneidad e intervenir en Procesos de Adopción no podría sesionar hasta de esa fecha por no tener reglas claras de operación.

Algunas disposiciones legales del DECRETO al igual que algunas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal podrían resultar inaplicables o derogadas tácitamente en caso de que en los próximos meses el Congreso de la Unión en cumplimiento de las facultades que le confiere el artículo 73 fracción XXX de la Constitución Federal reformado el 15 de septiembre de 2017, expida el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares que regulará todos los juicios en nuestro país y cuyo proyecto presentado esencialmente por las diputadas María del Pilar Ortega Martínez y Janet Melanie Murillo Chávez, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional en la LXIV Legislatura de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión tutela en sus artículos 798 a 844 un juicio único de adopción bajo las reglas del juicio oral, que será aplicable en todo proceso judicial en nuestro país.³

4. CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Los artículos 390 al 410-F del Código Civil para el Distrito Federal⁴ establecen los requisitos y condiciones que deben cumplir adoptantes y adoptados y las condiciones sustantivas del proceso de adopción.

En particular, el artículo 390 define a la adopción como un acto jurídico que constituye un Juez de lo Familiar de forma irrevocable (por lo que se encuentra derogada

3 Este proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares está disponible para consulta en el sitio web http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/06/asun_4043806_20200603_1591214357.pdf

4 Este Código está disponible para consulta en el sitio web http://www.paot.org.mx/centro/codigos/df/pdf/2021/COD_CIVIL_DF_09_01_2020.pdf

la figura de la adopción simple y semiplena) que crea una filiación entre adoptantes y adoptados, un parentesco por consanguinidad y restituye el derecho de los menores a vivir en forma íntegra en una familia (adopción plena).

Jorge Barudy señala que *“Uno de los componentes más importantes de las relaciones afectivas que forman a una persona sana es el hecho de haber sido atendido, cuidado, protegido, y educado en periodos tan cruciales de la vida como la infancia y la adolescencia,”*⁵, la adopción es un mecanismo idóneo para atender las necesidades básicas que describe Barudy en los menores de edad y formar seres humanos sanos, resilientes y felices.

El artículo 391 señala que pueden adoptar (i) los cónyuges en forma conjunta, que al menos tengan dos años de casados, (ii) los concubinos en forma conjunta, que demuestren una convivencia ininterrumpida de al menos dos años, (iii) las personas físicas solteras mayores de 25 años, (iv) el tutor al pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración y el cónyuge o concubino al hijo de su compañero que ejerza de manera individual la patria potestad y que demuestre una convivencia ininterrumpida al menos de dos años.

El artículo 392 prohíbe la adopción por más de dos personas al adoptado salvo que sean cónyuges o concubinos y permite la posibilidad de dispensar el requisito de edad de ser mayor de 25 años y de una diferencia de edad entre adoptantes y adoptado de 17 años cuando ella sea benéfica para el adoptado.

El artículo 393 señala que podrán ser adoptados los menores de edad (i) que carezcan de persona que ejerza sobre ella la patria potestad, (ii) que se encuentren en desamparo o bajo la tutela del DIF CDMX, lo que conforme al Decreto de 2019 y el DECRETO de 2021 debe entenderse que han sido declarados expósitos o abandonados, (iii) cuyos padres o abuelos se les hayan sentenciado a la pérdida de la patria potestad, y (iv) cuyos padres o tutor o quienes ejerzan la patria potestad otorguen su consentimiento, así como mayores de edad cuando sean incapaces o cuando siendo capaces la adopción resulte benéfica a juicio del Juzgador.

El artículo 394 permite la adopción de hermanos por un mismo adoptante o adoptantes.

El artículo 395 señala que los efectos de la adopción son (i) constitución plena e irrevocable entre adoptado y adoptante de todos los derechos y obligaciones inherentes entre padre e hijos consanguíneos, (ii) constitución del parentesco consanguíneo, (iii) obligación de proporcionar al adoptado un nombre y apellidos de los adoptantes salvo que por circunstancias específicas y a juicio del Juez se estime inconveniente y (iv) extinción de la filiación entre el adoptado y sus progenitores y el parentesco con la familia de éstos, salvo los impedimentos de matrimonio.

5 Barudy, Jorge, Los buenos tratos a la infancia: parentalidad, apego y resiliencia, p. 24.

El artículo 396 reconoce el parentesco entre todos los hijos de los adoptantes independientemente de su origen (biológico o por adopción).

El artículo 397 señala como requisitos para la adopción (i) que resulte benéfica para el adoptado, (ii) que el adoptante tenga más de 25 años cumplidos al momento que el juez emita la resolución que otorgue la adopción y tenga 17 años más que el adoptado, (iii) que el adoptante acredite contar medios suficientes para proveer la subsistencia y educación del menor, (iv) que el adoptante exponga de forma clara y sencilla las razones de su pretensión, (v) que el adoptante demuestre un modo de vida honesto, su capacidad moral y social para procurar una familia adecuada y estable al adoptado, (vi) que los adoptantes no hayan sido procesados o se encuentren en proceso por delitos que atenten contra la familia, sexuales, o en su caso contra la salud, (vii) que los adoptantes no se encuentren en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

Los artículos 398, 399, 401 y 402 precisan la obligación de otorgar el consentimiento por el representante legal del menor para que esta proceda y como suplirlo; el tema del consentimiento también está previsto en el artículo 924 del Código de Procedimientos Civiles.

El artículo 400 tutela un derecho de audiencia de la familia de acogida cuando esta sea diversa a la que va a adoptar.

El artículo 403 reconoce que el proceso de adopción (parte adjetiva) se regula por el Código de Procedimientos Civiles.

El artículo 404 señala causas de nulidad absoluta de la adopción.

El artículo 405 señala la obligación del Juez de remitir las constancias de la adopción al Registro Civil para levantar el acta respectiva y el 406 impone la obligación de guardar en resguardo el acta anterior de nacimiento del menor.

El artículo 410-D limita los efectos de la adopción entre adoptante y adoptado cuando ellos tengan vínculo de parentesco consanguíneo.

Finalmente, los artículos 410-E y 410-F señalan cuando se está en presencia de una adopción internacional.

5. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL

El artículo 923 del Código de Procedimientos Civiles⁶ establece los elementos que deben contener la petición inicial por jurisdicción voluntaria y constancias que se deben acompañar a la misma, así en la petición debe manifestar si se trata de adopción na-

6 Este Código adjetivo está disponible para consulta en el sitio web <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Ciudad%20de%20Mexico/wo29083.pdf>

cional o internacional, el nombre, edad, el domicilio del menor nombre, edad y domicilio de quienes en su caso ejerzan sobre él la patria potestad o tutela, o de la persona o institución de asistencia social pública o privada que lo haya recibido, acompañar certificado médico de buena salud de los promoventes y del menor, estudios socioeconómicos y psicológicos, constancia oficial del tiempo de exposición, la sentencia ejecutoriada que haya decretado la terminación de la patria potestad o la sentencia ejecutoriada que haya decretado la pérdida de ese derecho; si se trata de extranjeros se debe presentar además constancias de solvencia moral y económica, certificado de idoneidad para el caso de extranjeros, constancia de que el menor ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado, constancias de su legal estancia en México y la autorización de la Secretaría de Gobernación para llevar a cabo una adopción, toda esta documentación traducida en su caso al español, apostillada o legalizada por el Cónsul mexicano; en el auto admisorio que le recaiga a la solicitud inicial de adopción el Juez señalará fecha para la audiencia, la que se deberá desahogar dentro de los diez días siguientes al mismo.

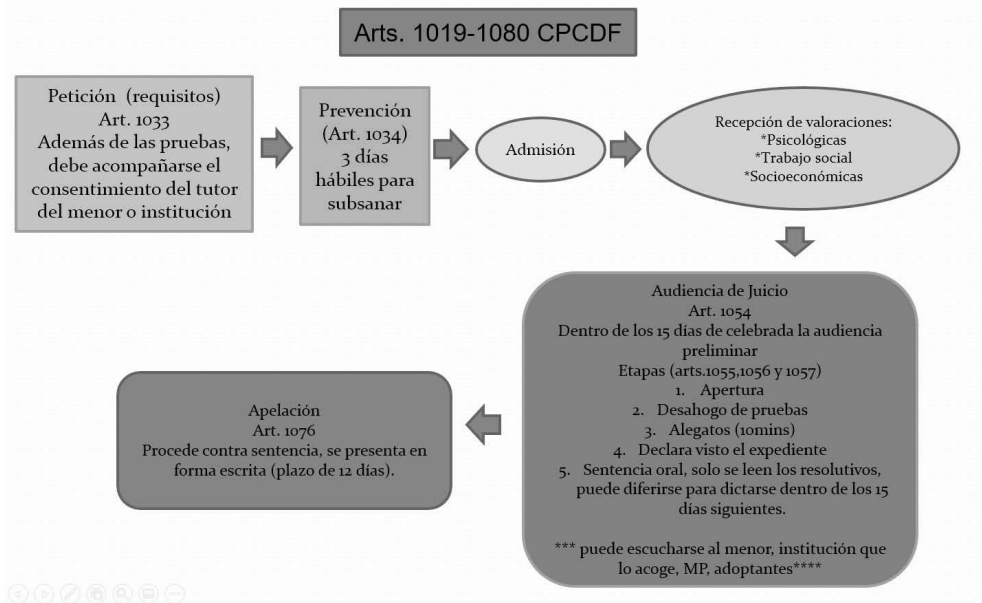
El artículo 924 del Código de Procedimientos Civiles señala que una vez que se tengan los documentos a que se refiere el artículo 923, el Juez resolverá dentro del tercer día lo que proceda sobre la adopción; plazo que ahora está en conflicto con el señalado en el artículo 31 Bis 11 del DECRETO que le otorga un plazo mayor que es de 15 días hábiles improrrogables contados a partir del día siguiente de la entrega por parte de la autoridad administrativa del expediente de adopción completo, para que el Juez resuelva sobre la misma

El artículo 925 del Código de Procedimientos Civiles impone obligaciones al Juez que conozca de la adopción al señalar que las actuaciones deberán ser continuas, presenciando personalmente todas las diligencias y sin que estas puedan delegarse a otro funcionario judicial.

Por otra parte, los artículos 1019 al 1080 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regulan el trámite de los juicios orales familiares en una modalidad contenciosa; toda vez que la adopción se tramita como jurisdicción voluntaria por no haber controversia o litigio, únicamente se utilizan algunas disposiciones normativas del título décimo octavo del Código de Procedimientos para compaginar el trámite con lo dispuesto en los artículos 923 a 925 del mismo ordenamiento.

El juicio de adopción mediante las reglas de juicio oral modulado por un trámite de jurisdicción voluntaria y no contenciosa puede representarse en el siguiente diagrama de flujo:

Juicio oral de adopción en la CDMX



6. CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE 29 DE MAYO DE 1993

El Convenio de 29 de mayo de 1993⁷ es de acuerdo con los artículos 410-E y 410-F del Código Civil para el Distrito Federal y artículos 31 fracción II último párrafo, 31 fracción IV y 31 Bis 19 del DECRETO, el ordenamiento que regula los procesos de adopción internacional que son aquellos en los que intervienen ciudadanos de otro país con residencia habitual fuera del territorio nacional.

De este Convenio es importante tener presente su artículo 1º que señala su objeto el cual consiste en a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideración al interés superior del niño y al respeto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional, b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías

7 Este Convenio es consultable en el sitio web https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_Haya_Proteccion_del_Nino_Cooperacion_en_Materia_Adopcion_Internacional_Espana.pdf

y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños y c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

El artículo 2º del Convenio señala su ámbito de aplicación el cual se presenta cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (“el Estado de origen”) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (“el Estado de recepción”), bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen y siempre y cuando la adopción cree un vínculo de filiación.

Los artículos 14º, 15º y 16º del Convenio establecen el proceso de adopción conforme a este ordenamiento internacional, el cual consiste esencialmente en que las personas con residencia habitual en un Estado contratante que deseen adoptar un niño cuya residencia habitual este en otro Estado contratante, deberán dirigirse a la Autoridad Central del Estado de su residencia habitual, la cual si considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo; esta Autoridad Central del Estado de residencia habitual de los solicitantes, transmitirá el informe a la Autoridad Central del Estado de origen, ultima que si considera que el niño es adoptable preparará un informe, se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta las condiciones de educación, origen, étnico, religioso y cultural del niño, se asegurará de que se han obtenido los consentimientos respectivos y constatará si la adopción obedece al interés superior del niño, transmitiendo en todo caso a la Autoridad Central del Estado de recepción su informe y su decisión.

7. CONCLUSIONES

La institución familiar de la adopción cuya regulación corresponde a los Congresos de las entidades federativas de nuestro país por mandato de los artículos 116, 122 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha sufrido importantes cambios los últimos dos años en su regulación en la Ciudad de México con motivo de la promulgación del Decreto de Reformas a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en materia de adopción de 3 de junio de 2019 y del DECRETO de Reformas a la Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México de 10 de febrero de 2020 que han sido objeto de análisis y reflexión en este artículo.

Los principales cambios producto del Decreto Federal de 2019 y del DECRETO Local de 2021 son (i) la incorporación del “certificado de idoneidad” como documento imprescindible en todo proceso de adopción para constatar la aprobación por parte de la

autoridad de que uno o determinados sujetos son viables para adoptar por haber aprobado las valoraciones psicológicas, socioeconómicas y de trabajo social respectivas y haber acreditado sus aptitudes para restituir adecuadamente el derecho de menores de edad para vivir en una familia que colme sus necesidades fundamentales, (ii) la incorporación del “informe de adoptabilidad” como documento también imprescindible en todo proceso de adopción para constatar la idoneidad de menores de edad que pueden ser sujetos de adopción por haberse resuelto su situación jurídica particular al existir una pérdida de patria potestad de sus progenitores o bien por tener el atributo de ser expósitos o abandonados así declarados por la autoridad correspondiente, lo que incide en la seguridad jurídica de los intervinientes en el proceso.

También el Decreto Federal de 2019 y del DECRETO Local de 2021 simplifican los procesos de declaración y pérdida de patria potestad, de declaración de expósito o abandonado con las consecuencias jurídicas que ello implica e imponen plazos fatales que se deben cumplir en los procesos de adopción en sus etapas administrativa y judicial e inclusive una vez concluidos los mismos, teniendo como pilares fundamentales el respeto a los derechos humanos de los intervinientes y el principio constitucional e internacional de interés superior del menor.

Asimismo, el Decreto Federal de 2019 y DECRETO Local de 2021 incorporan obligaciones para los actores fundamentales en un proceso de adopción en su fase administrativa y judicial que lo son habitantes de la Ciudad de México, autoridades, el DIF CDMX, Jueces de la Ciudad de México, Centros de Asistencia Social Privados y su personal.

El proceso de adopción sufrirá nuevamente cambios en los próximos meses una vez que se expida por el Congreso de la Unión el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares; la regulación que deberá hacer ese código único deberá ser en el sentido de incorporar un proceso (jurisdicción voluntaria) bajo la modalidad oral, que sea ágil, sencillo, seguido por los principios procesales de concentración, intermediación, publicidad, legalidad y debido proceso, en el cual solo sea necesario celebrar una sola audiencia, proceso en el que exista la posibilidad de medidas cautelares a favor de los adoptantes, buscando descentralizar la labor del Sistema DIF Nacional y de los Sistemas DIF estatales y reconociendo valor en juicio a los peritajes que elaboren organismos privados y profesionistas particulares especializados en la materia (psicólogos, trabajadores sociales y trabajadores sobre estudios socioeconómicos), ello además con la finalidad de no retrasar los procesos de adopción y a fin de concluir las adopciones en el tiempo más breve posible atendiendo al interés de los menores.

8. BIBLIOGRAFÍA

Barbero, Domenico, Sistema del Derecho Privado II, Derechos de la Personalidad, Derechos de Familia y Derechos Reales, traducido por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, pp. 105 a 159.

- Barudy, Jorge y Maryorie Dantagnan, Los buenos tratos a la infancia: parentalidad, apego y resiliencia, España, Gedisa Editorial, 256 pp.
- Chávez, Asensio Manuel F, La Familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Paterno Filiales, México, Porrúa, 1992, pp. 430.
- Cervera Rivero, Oscar Gregorio y Oscar Barragán Albarrán, Práctica Forense en Derecho Familiar, México, Interwriters, 2010, 607 pp.
- Fueyo, Laneri Fernando, Derecho Civil, tomo Sexto, Derecho de Familia, Volumen III, Capítulo III Filiación Adoptiva, Santiago de Chile, Imp. y Lito. Universo, S.A., pp. 497 a 518.
- González Martín, Nuria, Adopción Internacional, La práctica mediadora y los Acuerdos Bilaterales (referencias Hispano-Mexicanas), México, Porrúa, 2010, 353 pp.
- Kweller, Dora, Adoptivo, Los hijos del corazón, México, Trillas, 2005, 154 pp.
- Mena Moreno, Erick, La suspensión en las controversias constitucionales, **México**, Tesis profesional Escuela Libre de Derecho, 2013, 158 pp.
- Mena, Moreno, Erick, Cumplimiento por el Estado Mexicano de las medidas urgentes y medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México, Memoria profesional para obtener el grado de Maestro en Derecho Constitucional, 2015, 70 pp.
- Pérez Duarte, y Noroña Alicia Elena e Ingrid Brena Sesma, Adopción, México, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, pp. 175 a 178.

EL SISTEMA FINANCIERO Y LA ERA FINTECH

PAULINA MORFÍN CEDEÑO*

Para ti, contigo.

RESUMEN: La digitalización y el uso de tecnologías digitales cambiaron la concepción en la prestación de los servicios financieros, toda vez que diversos participantes de dicho mercado comenzaron a celebrar transacciones a través de plataformas mediante el uso de nuevos canales que no requieren presencia física de las partes, migrando del ofrecimiento de servicios financieros tradicionales a servicios financieros “digitales” o “tecnológicos”, lo que generó que el Estado Mexicano adaptara su política pública y la regulación. En el presente trabajo se resalta la integración del sistema financiero mexicano, su regulación y la evolución en la prestación de servicios financieros frente a la era digital, también conocida como “Era FinTech”, considerando la inclusión financiera, la educación financiera, la creación de modelos novedosos y el uso de activos virtuales o criptomonedas.

PALABRAS CLAVE: Sistema financiero, sistema bancario, entidades financieras, autoridades financieras, instituciones de tecnología financiera, educación financiera, inclusión financiera, plataformas tecnológicas, banca abierta, modelos novedosos, activos virtuales, criptomonedas, FinTech.

ABSTRACT: Digitization and the use of digital technologies changed the conception of the provision of financial services, since some participants in said market began to carry out transactions through platforms using new channels that do not require physical presence of the parties, migrating from the offering of traditional financial services to “digital” or “technological” financial services, which caused the Mexican State to adapt its public policy and regulation. This paper highlights the integration of the Mexican financial system, its regulation and the evolution in the provision of financial services in the digital era, also known as the “FinTech Era”, considering financial inclusion, financial education, innovative models and the use of virtual assets or cryptocurrencies.

KEY WORDS: Financial system, banking system, financial institutions, financial authorities, financial technology institutions, financial education, financial inclusion, technology platforms, open banking, sandbox, big data, virtual assets, cryptocurrencies, FinTech.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SISTEMA FINANCIERO MEXICANO. 2.1. Autoridades. 2.1.1. Banco de México. 2.1.1 Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 2.1.2. Autoridades super-

* Doctora en Derecho por la Universidad Panamericana. Maestra en Derecho, Economía y Políticas Públicas por la Universidad Complutense y el Instituto Universitario Ortega y Gasset en Madrid, España. Maestra en Ciencias Jurídicas por la Universidad Panamericana. Abogada egresada de la Escuela Libre de Derecho. Profesora Titular de Derecho Financiero en la Escuela Libre de Derecho.

visoras. 2.1.4. Organismos descentralizados. 2.2. Entidades financieras. 3. MARCO LEGAL APLICABLE AL SISTEMA FINANCIERO. 4. PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS. 4.1. Educación e inclusión financiera. 4.2. Tecnología financiera (FinTech). 4.3. Plataformas tecnológicas. 4.4. Instituciones de tecnología financiera. 4.5. Banca abierta. 4.6. Innovaciones futuras. 4.7. Activos Virtuales. 5. CONCLUSIONES. FUENTES CONSULTADAS.

1. INTRODUCCIÓN

Todo Estado requiere obtener recursos para encontrarse en posibilidad de lograr la consecución de sus fines y ejercer las funciones que se le han asignado. La gestión y manejo de tales recursos se denomina actividad financiera.

Sin embargo, el término actividad financiera no se encuentra únicamente referido a la actividad del Estado y a las finanzas públicas, sino que existe otra acepción conectada con las finanzas privadas (ingresos y egresos) y hace referencia a las palabras “*dinero, capital, crédito, negocios bancarios, bursátiles y a las personas que intervienen en esas actividades*”¹, en las que el Estado participa regulando la creación, organización y funcionamiento de los intermediarios con la finalidad de proteger los intereses del público inversionista.

De esta segunda acepción deviene la existencia del sistema financiero, el cual está integrado por un grupo de instituciones, medios y mercados, que permiten canalizar el ahorro que generan algunos individuos (superávit) hacia aquellas personas que requieren efectuar gastos y no cuentan con recursos, (déficit) mediante la actividad denominada intermediación².

En el sistema financiero los intermediarios tienen una función relevante al realizar operaciones de manera habitual y profesional, para poner en contacto a oferentes y demandantes de recursos, satisfaciendo los requerimientos de quienes acuden a ellos para obtener un beneficio de sus recursos excedentes o para allegarse de fondos, logrando de esta forma el crecimiento de la economía de un país³.

Así, el sistema financiero está compuesto por diversas entidades que regulan la vida económica del país. Se conceptualiza como el conjunto de organismos e instituciones que captan, administran y canalizan la inversión y el ahorro, dentro del marco legal que les corresponde, en el territorio nacional.

-
- 1 De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, México, Porrúa, 2007, Vol. I, p. 4.
 - 2 Desde el punto de vista gramatical, realiza la función de “intermediación” el que media entre dos o más personas. En el terreno comercial esto se presenta cuando existen agentes que realizan el enlace entre oferentes y demandantes, facilitando que los bienes fluyan en la economía. Ruiz Torres, Humberto Enrique, *Derecho Bancario*, México, Oxford University Press, 2003, p. 19.
 - 3 Borja Martínez, Francisco, *El Nuevo Sistema Financiero Mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, Colección Popular, 1991, p. 19.

De esta forma, el sistema financiero permite que el dinero circule en la economía mediante el ofrecimiento de diversos productos y servicios financieros; pase por muchas personas; y, se utilice para realizar transacciones. Lo anterior incentiva un sinnúmero de actividades, tales como, la inversión en proyectos que, sin una cantidad mínima de recursos, no se podrían realizar, siendo ésta la manera en que se alienta la economía y se contribuye a que la política monetaria de un país tenga éxito⁴.

Durante los últimos años, los países, las organizaciones internacionales y los integrantes del sistema financiero se han enfocado en promover la inclusión social de los individuos y de las micro, pequeña y mediana empresas, incluso de aquellas conocidas como *startups*⁵, a través del ofrecimiento de productos financieros útiles y asequibles que satisfagan sus necesidades, prestados de manera responsable y sostenible; la educación financiera; la protección al usuario de servicios financieros; y, el uso de la tecnología.

Precisamente el acceso a Internet, y en particular el aumento del uso de teléfonos móviles a nivel mundial, se convirtieron en factores decisivos de la inclusión financiera para que una persona pudiera solicitar la prestación de servicios mediante el uso de la tecnología a un bajo costo y con menor riesgo, y también para que los intermediarios y terceros exploraran nuevas formas de ofrecer sus productos financieros mediante el uso de plataformas informáticas.

Con motivo del uso de la tecnología se ha creado un entorno normativo y reglamentario propicio para facilitar el acceso a productos y servicios a aquellas personas que no eran usuarios del sistema financiero; fomentar la competencia, y permitir a las entidades financieras el ofrecimiento de productos novedosos a sus clientes contando con medidas de protección apropiadas para garantizar la prestación responsable de tales servicios; y, crear nuevas entidades financieras que prestan sus servicios a través de uso de plataformas tecnológicas, dando paso a la “Era FinTech”.

Así, este trabajo pretende resaltar la integración del sistema financiero, su regulación y la evolución en la prestación de servicios financieros frente a la era digital y la innovación.

2. SISTEMA FINANCIERO MEXICANO

El sistema financiero mexicano comprende las entidades financieras, las instituciones de servicios complementarios o auxiliares y las autoridades encargadas de regular, dirigir, orientar, supervisar y sancionar la prestación de servicios financieros.

4 Samuelson, Paul A., *Economía*, México, Mc Graw Hill, 1984, p. 164

5 *Startup* es un término en inglés que se utiliza para definir a una empresa de nueva creación que comercializa productos y/o servicios a través del uso intensivo de tecnologías de información o plataformas tecnológicas, con un modelo de negocio que le permite un crecimiento rápido y sostenido en el tiempo. El componente tecnológico le permite poder escalar su negocio de forma ágil y rápida, y con una necesidad de capital inferior a las empresas tradicionales. Estudios del Centro de Desarrollo: Startup América Latina 2016, https://www.oecd.org/dev/americas/Startups2016_Si-ntesis-y-recomendaciones.pdf, consultado el 10 de julio del 2021.

2.1. Autoridades

Las autoridades que intervienen en el sistema financiero mexicano son el conjunto de dependencias y de órganos desconcentrados y autónomos del Estado, cuyas funciones se encuentran principalmente enfocadas a la regulación, supervisión, sanción de las actividades financieras, así como a la protección de los intereses de los usuarios de los servicios financieros.

2.1.1. Banco de México

El Banco de México ("**BANXICO**") actúa en el sistema financiero mexicano conforme a la autonomía otorgada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ("**CPEUM**") y su ley⁶.

El artículo 28 de la CPEUM en el párrafo sexto señala que el Estado tendrá un banco central autónomo en el ejercicio de sus funciones y organización, quedando así conceptualizado como órgano autónomo del Estado Mexicano⁷.

La LBM en su artículo 1º., señala que dicho organismo será una persona de derecho público con carácter autónomo⁸.

La finalidad de BANXICO⁹ es proveer a la economía del país de moneda nacional, procurando la estabilidad del poder adquisitivo de dicha moneda, promover el sano desarrollo del sistema financiero y propiciar el buen funcionamiento del sistema de pagos.

Por lo que respecta a las facultades de regulación de la intermediación y servicios financieros, BANXICO¹⁰ (i) expide disposiciones que tienen como propósito la regulación monetaria o cambiaria, el sano desarrollo del sistema financiero, el buen funcionamiento del sistema de pagos y la protección de los intereses del público (tales disposiciones son de aplicación general y se refieren a uno o varios tipos de intermediarios,

6 Ley del Banco de México ("**LBM**").

7 "... El Estado tendrá un banco central que será autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario será procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado. Ninguna autoridad podrá ordenar al banco conceder financiamiento. El Estado contará con un fideicomiso público denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, cuya Institución Fiduciaria será el banco central y tendrá por objeto, en los términos que establezca la ley, recibir, administrar y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27 de esta Constitución, con excepción de los impuestos..."

8 "...El banco central será persona de derecho público con carácter autónomo y se denominará Banco de México. En el ejercicio de sus funciones y en su administración se regirá por las disposiciones de esta Ley, reglamentaria de los párrafos sexto y séptimo del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..."

9 Ibidem, artículo 2.

10 Ibidem, artículos 24, 27, 30, 31 y 37.

operaciones y zonas o plazas); *(ii)* cuenta con facultades para sancionar el incumplimiento a las citadas disposiciones y a la LBM, e imponer multas a los intermediarios financieros; *(iii)* puede suspender la ejecución de las resoluciones de las comisiones supervisoras del sistema financiero que puedan afectar la política monetaria o algunas operaciones que realicen los intermediarios financieros con divisas, oro y plata por contravenir las disposiciones que el propio BANXICO haya emitido al respecto, o que infrinjan la LBM o las disposiciones que emanen de ella; y, *(iv)* regula el servicio de transferencias de fondos a través de instituciones de crédito y de otras empresas, además de otras.

2.1.1 Secretaría de Hacienda y Crédito Público

Constitucionalmente el desarrollo económico del país es responsabilidad del Ejecutivo Federal¹¹. Dicha actividad, ha sido encomendada a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (“**SHCP**”), siendo éste el órgano más importante en materia de banca y crédito, ya que le compete aplicar, ejecutar e interpretar para efectos administrativos, los ordenamientos financieros, así como orientar a las entidades financieras respecto de la política financiera y crediticia.

Las atribuciones de la SHCP se encuentran definidas en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (“**LOAPF**”) y están desarrolladas en el Reglamento Interior de la propia Secretaría (“**RISHCP**”) ¹² y en las leyes que regulan el sistema financiero.

Las leyes que regulan el sistema financiero facultan a la SHCP para *(i)* interpretar, para efectos administrativos, el contenido de las leyes financieras¹³; *(ii)* autorizar y revocar la constitución y funcionamiento de algunas entidades del sector financiero en términos de las disposiciones legales¹⁴ y, en otros casos, dar opinión respecto de su autorización¹⁵; *(iii)* otorgar autorizaciones para la adquisición de acciones representa-

11 Artículos 25 y 26 de la CPEUM.

12 “... A la Secretaría de Hacienda y Crédito Público corresponde el despacho de los siguientes asuntos: I.- Proyectar y coordinar la planeación nacional del desarrollo y elaborar, con la participación de los grupos sociales interesados, el Plan Nacional correspondiente;... VI.- Realizar o autorizar todas las operaciones en que se haga uso del crédito público; VII.- Planear, coordinar, evaluar y vigilar el sistema bancario del país, que comprende a la Banca Nacional de Desarrollo y las demás instituciones encargadas de prestar el servicio de banca y crédito; VIII.- Ejercer las atribuciones que le señalen las leyes en materia de seguros, fianzas, valores y de organizaciones y actividades auxiliares del crédito;... XXXII.- Los demás que le atribuyan expresamente las leyes y reglamentos...”.

13 Artículos 5 y 45 B de la Ley de Instituciones de Crédito (“**LIC**”); 5 de la Ley del Mercado de Valores (“**LMV**”); 1 de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (“**LGOAAC**”); 3 de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas (“**LISF**”); 4 de Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (“**LSAR**”); y, 6 de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (“**LPDUSF**”), además de otros.

14 Artículos 45 Bis 9, 63 y 89 de la LGOAAC y 234 de la LMV.

15 Artículo 40 de la LSAR.

tivas del capital social de una organización auxiliar del crédito o de una casa de cambio por parte de las instituciones financieras del exterior, sociedades controladoras filiales o filiales¹⁶; (*iv*) vetar el nombramiento de la persona que ejercerá el cargo de liquidador en la disolución y liquidación de una casa de bolsa¹⁷; (*v*) autorizar inversionistas institucionales¹⁸; (*vi*) convocar al Comité de Estabilidad Financiera¹⁹; (*vii*) requerir y recabar información²⁰; (*viii*) establecer criterios de aplicación general para precisar si una operación se considera como operación activa de seguros²¹; y, además de otras, (*ix*) emitir disposiciones de carácter general con la finalidad de proveer en la aplicación de la norma²².

El RISHCP precisa en su artículo 2 que, para el desahogo de los asuntos de su competencia, el Secretario se auxiliará de servidores y de unidades administrativas centrales. En materia financiera las unidades administrativas centrales relevantes son: la Unidad de Banca, Valores y Ahorro, la Unidad de Banca de Desarrollo, la Unidad de Seguros, Pensiones y Seguridad Social y la Unidad de Inteligencia Financiera (“**UIF**”).

2.1.2. Autoridades supervisoras

Las autoridades supervisoras son órganos desconcentrados de la SHCP²³ con autonomía técnica y facultades ejecutivas en los términos de las leyes que las regulan, y tienen por objeto supervisar y regular, en el ámbito de su competencia, a las entidades integrantes del sistema financiero, como lo señala el artículo 98-B del RISHCP²⁴.

Si bien los órganos desconcentrados tienen cierta autonomía administrativa, en ningún caso gozan de personalidad jurídica ni patrimonio propio, limitando sus atribuciones a la resolución de los asuntos de la competencia de su órgano central, permi-

16 Artículo 45 Bis-9 de la LGOAAC.

17 Artículo 156 de la LMV.

18 Artículo 15 de la LIC.

19 *Ibidem*, artículo 29 Bis 7.

20 Artículos 51-A y 56 de la LGOAAC y 12 de la LPDUSF.

21 Artículo 20 de la LISF.

22 Artículos 5, 7, 20, 30, 31 y 115 de la LIC; 93, 212 y 235 de la LMV; 16-A, 95 Bis I de la LGOAAC; y, 21 de la LSAR, además de otros.

23 La LOAPF prevé en su artículo 17 la posibilidad de que las Secretarías de Estado cuenten con órganos administrativos desconcentrados para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, los cuales les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.

24 “...Para la más eficaz atención y el eficiente despacho de los asuntos de su competencia, la Secretaría podrá contar con los órganos administrativos desconcentrados que le estarán jerárquicamente subordinados y a los que se les otorgarán autonomía técnica y facultades ejecutivas para resolver sobre materias específicas dentro del ámbito de competencia que se determine en cada caso, de conformidad con las normas que al efecto establezca el instrumento legal respectivo, el cual deberá ser publicado en el Diario Oficial de la Federación...”.

tiendo, de esta forma, que las autoridades de menor categoría tomen decisiones ágiles para el despacho de los asuntos.

Los órganos desconcentrados de la SHCP que cuentan con facultades para supervisar a las entidades financieras son:²⁵ (i) la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (“**CNBV**”)²⁶; (ii) la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (“**CNSF**”); y, (iii) la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (“**CON SAR**”) (conjuntamente, “**Comisiones Supervisoras**”).

Sin embargo, la protección y defensa de los derechos e intereses de los usuarios de servicios financieros está a cargo de un organismo público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, denominado Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (“**CONSUDEF**”) que tiene como objetivo prioritario procurar la equidad en las relaciones entre los usuarios y las entidades financieras, otorgando a los primeros elementos para fortalecer la seguridad jurídica en las operaciones que realicen y en las relaciones que establezcan con las segundas.

Las Comisiones Supervisoras tienen por objeto supervisar y regular, en el ámbito de su competencia, a las entidades integrantes del sistema financiero, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, y mantener y fomentar su sano y equilibrado desarrollo, en protección de los intereses del público.

Adicionalmente, las Comisiones Supervisoras se encuentran facultadas para²⁷ emitir regulación prudencial, dictar normas de registros de operaciones aplicables a las entidades financieras, autorizar su constitución y operación, ordenar la suspensión de sus operaciones, intervenirlas administrativa o gerencialmente, y participar en los procedimientos de liquidación de estas, además de otras.

La supervisión que realizan las Comisiones Supervisoras comprende el ejercicio de las facultades de inspección, vigilancia, prevención y corrección, y tiene por objeto evaluar

25 *Ibidem*, artículo 98 C.

26 En la década de los años ochenta, existieron dos comisiones: la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros y la Comisión Nacional de Valores, la primera supervisaba a las instituciones de crédito, organizaciones auxiliares como arrendadoras financieras y empresas de factoraje incluyendo las actividades de contrato de seguro; mientras que la segunda contaba con atribuciones en materia de valores. Desafortunadamente la primera de las Comisiones se veía impedida a prestar un servicio más eficaz por el número de actividades que debía supervisar. Por ello, la Comisión Nacional Bancaria y de Seguros fue escindida para crear dos Comisiones: la Bancaria, y la de Seguros y Fianzas, por lo que la supervisión de los intermediarios quedó en tres Comisiones. La Comisión Nacional Bancaria (para controlar las actividades de las instituciones de crédito y organizaciones actividades auxiliares del crédito). La Comisión Nacional de Valores (actividades de los intermediarios con valores, emisiones y cotizaciones de valores) y, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (supervisaba a entidades de seguros y de fianzas). En 1995 se fusionaron la Comisión Nacional Bancaria y la Comisión Nacional de Valores para tener un control global de las entidades financieras. Carballo Yáñez, Erick, *El Nuevo Derecho Bancario y Bursátil*, México, Porrúa, 2000, p. 313.

27 Artículo 4 de la Ley de la CNBV; artículo 366 de la LISF; y, artículo 5 de la LSAR.

los riesgos a que están sujetas las entidades financieras, sus sistemas de control y la calidad de su administración, a fin de procurar que las mismas mantengan una adecuada liquidez, solvencia y estabilidad y, en general, que se ajusten a las disposiciones que las rigen y a los usos y sanas prácticas de los mercados financieros.²⁸

El proceso de supervisión se divide en dos actividades principales que son la de inspección y la de vigilancia. La inspección se efectúa a través de visitas, verificación de operaciones y auditoría de registros y sistemas, en las instalaciones o equipos automatizados de las entidades financieras, para comprobar el estado en que se encuentran estas últimas; y, la vigilancia, mediante el análisis de la información económica y financiera que es entregada por las entidades financieras regularmente al supervisor.

El ejercicio de las facultades de inspección se lleva a cabo mediante la realización de visitas de inspección (*in situ*) y la vigilancia, mediante requerimientos de información dirigidos a las entidades financieras (*extra situ*).

La prevención y corrección se lleva a cabo mediante el establecimiento de programas de cumplimiento forzoso para las entidades financieras, tendientes a eliminar irregularidades o cuando las entidades presenten desequilibrios financieros que puedan afectar su liquidez, solvencia o estabilidad.

Cuando derivado del ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia, cualquiera de las Comisiones Supervisoras detecte infracciones por parte de las entidades financieras a la normatividad aplicable, sancionará e impondrá multas administrativas, escuchando previamente al interesado y tomando en cuenta las condiciones económicas e intención del infractor, la importancia de la infracción y sus antecedentes en relación con el cumplimiento de la Ley o de las disposiciones que emanen de ella.

2.1.4. Organismos descentralizados

Son dos los organismos descentralizados de la Administración Pública Federal que cuentan con personalidad jurídica y patrimonio propio que se encuentran relacionados con el sistema financiero mexicano (*i*) la CONDUSEF; y (*ii*) el Instituto para la Protección al Ahorro Bancario (“**IPAB**”).

El 18 de enero del 1999, se expidió la LPDUSF, ordenamiento que creó a la CONDUSEF como organismo encargado de promover, asesorar, proteger y defender los intereses de los usuarios de servicios financieros, actuar como árbitro en los conflictos que éstos sometan a su competencia y proveer la equidad en las relaciones entre los usua-

28 El ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia de las cada una de las Comisiones Supervisoras se encuentra contenido en distintos ordenamientos jurídicos: Reglamento de Supervisión de la CNBV; Reglamento de Inspección y Vigilancia de la CNSF; y, en la LSAR.

rios y las instituciones financieras²⁹, cuyo mandato fue ampliado en junio del 2009 con la modificación a diversos ordenamientos legales (LIC, Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros (“**LTOSF**”), y LPDUSF) para ser considerada como la Comisión responsable de la transparencia y asesora en la educación financiera.

Así se dotó a la CONDUSEF de facultades preventivas y correctivas para: (i) elaborar programas de educación financiera; (ii) actuar como consultor y elaborar estudios en materia de productos y servicios financieros; (iii) fungir como órgano de consulta del Gobierno Federal en materia de protección al usuario de servicios financieros; (iv) promover nuevos o mejores sistemas y procedimientos que faciliten a los usuarios el acceso a los productos o servicios financieros; (v) analizar y dictaminar contratos de adhesión, publicidad, estados de cuenta y comprobantes de operación de los diferentes productos y servicios financieros que se encuentran en el mercado; (vi) emitir disposiciones referentes a las sanas prácticas en el ofrecimiento de productos y servicios financieros, información de publicidad en las comisiones, requisitos de contratos de adhesión y estados de cuenta; (vii) supervisar a las entidades financieras respecto del cumplimiento de las disposiciones señaladas en el numeral anterior; (viii) agilizar el procedimiento conciliatorio; (ix) hacer más eficientes los requerimientos de información a las autoridades; y, (ix) denunciar ante el Ministerio Público los hechos que puedan ser constitutivos de delitos, entre otros.

El IPAB es un organismo descentralizado de Administración Pública Federal con personalidad jurídica y patrimonio propio creado por la Ley de Protección al Ahorro Bancario (“**LPAB**”), publicada en el Diario Oficial de la Federación (“**DOF**”) el 19 de enero del 1999³⁰, para administrar el sistema de protección al ahorro bancario en favor de las personas que realicen cualquiera de las operaciones garantizadas en los términos y con las limitantes que la LPAB determina; regular los apoyos financieros que se otorguen a las instituciones de banca múltiple para la protección de los intereses del público ahorrador; así como, establecer las bases de la organización y funcionamiento de la entidad encargada de estas funciones³¹.

El IPAB cuenta con dos funciones fundamentales, (i) administrar un sistema de protección al ahorro bancario que garantice el pago de obligaciones garantizadas (depósitos bancarios de dinero, préstamos o créditos a instituciones de banca múltiple) hasta

29 Artículo 4 de la LPDUSF.

30 La promulgación de la LPAB se debió a la necesidad de hacer frente a la crisis que presentaba el sistema bancario mexicano. En la iniciativa de Ley, entre otros se precisaron los siguientes argumentos: “... La crisis bancaria mexicana derivó en un problema de carácter sistémico, es decir, que el sistema de pagos en su conjunto corría peligro de colapsarse debido al efecto en cascada por la incapacidad de uno o varios bancos de cumplir con sus obligaciones...El Gobierno Federal carece de facultades expresas en la Constitución y en la ley para intervenir y tomar acciones respecto del rescate financiero...” Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados LVII Legislatura, México, D.F., 9 de agosto del 2000.

31 Artículos 1 y 2 de la LPAB.

por una cantidad equivalente a 400 mil unidades de inversión por persona, física o moral, cualquiera que sea el número y clase de dichas obligaciones a su favor y a cargo de un mismo banco³²); e, (ii) implementar mecanismos oportunos y adecuados para el saneamiento de instituciones de banca múltiple con problemas financieros que puedan afectar su solvencia, con el objeto de proteger al máximo los intereses del público ahorrador y de minimizar el impacto negativo de las demás instituciones del sistema bancario.

2.2. Entidades financieras

Las entidades financieras se encuentran identificadas en distintos ordenamientos legales³³.

En primer término, el artículo 2³⁴, en relación con la fracción IV del artículo 3 de la Ley de la CNBV (“**LCNBV**”), señala las entidades integrantes del sistema financiero que supervisa dicha autoridad, y que están en el ámbito de su competencia:

“... Para los efectos de la presente Ley se entenderá por: ... IV. Entidades o entidades financieras integrantes del Sistema Financiero Mexicano: a) A las sociedades controladoras y subcontroladoras de grupos financieros, instituciones de crédito, casas de bolsa, bolsas de valores, fondos de inversión, sociedades operadoras de fondos de inversión, sociedades distribuidoras de acciones de fondos de inversión, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, casas de cambio, sociedades financieras de objeto múltiple reguladas, sociedades financieras populares, instituciones para el depósito de valores, contrapartes centrales, instituciones calificadoras de valores, instituciones de tecnología financiera³⁵, sociedades de información crediticia, sociedades financieras comunitarias, sujetas a la supervisión de la Comisión y los organismos de integración financiera rural, así como otras instituciones y fideicomisos públicos que realicen actividades financieras y respecto de los cuales la Comisión ejerza facultades de supervisión, todas ellas constituidas conforme a las leyes mercantiles y financieras. b) A las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, sujetas a la supervisión de la Comisión, a que se refiere la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, integrantes del sector social...”

32 *Ibidem*, artículo 11.

33 Las entidades financieras pueden encontrarse en el Catálogo del Sistema Financiero Mexicano (CAS-FIM) el cual incluye una clave que se le asigna a cada uno de los prestadores de servicios financieros. CASFIM, <https://www.gob.mx/shcp/documentos/catalogo-del-sistema-financiero-mexicano>, consultado el 17 de julio del 2021.

34 Artículo 2 de la LCNBV: “...La Comisión tendrá por objeto supervisar y regular en el ámbito de su competencia a las entidades integrantes del sistema financiero mexicano que esta Ley señala, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo de dicho sistema en su conjunto, en protección de los intereses del público...”

35 Entidades financieras adicionadas el 09 de marzo de 1998 con motivo de la expedición de la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera.

En adición a lo previsto en la LCNBV, se encuentran otras entidades financieras que son supervisadas por la CONSAR y por la CNSF, respectivamente, las cuales se relacionan en diversos ordenamientos legales y no están contempladas en la citada LCNBV.

Las entidades financieras supervisadas por la CONSAR son aquellas participantes en los sistemas de ahorro para el retiro y están definidas como tales en el artículo 18 de la LSAR:

“...Para los efectos de esta ley, se entenderá por: ...IX. Participantes en los sistemas de ahorro para el retiro, a las instituciones de crédito, administradoras de fondos para el retiro, sociedades de inversión especializadas de fondos para el retiro, empresas operadoras, empresas que presten servicios complementarios o auxiliares directamente relacionados con los sistemas de ahorro para el retiro y las entidades receptoras previstas en el reglamento de esta ley; ...”.

Las entidades financieras supervisadas por la CNSF se encuentran contenidas en el artículo 366 de la LISF:

“... La Comisión es un órgano desconcentrado de la Secretaría, con autonomía técnica y facultades ejecutivas en los términos de esta Ley. La Comisión tendrá las facultades siguientes: I. Realizar la inspección y vigilancia de las Instituciones y Sociedades Mutualistas, así como de las demás personas y entidades reguladas por esta Ley³⁶, conforme a lo previsto en ésta y otras leyes relativas al sistema financiero; ...”.

Una vez mencionadas las entidades financieras contempladas en el marco legal que regula el actuar de las comisiones supervisoras, se precisa otro ordenamiento legal, en el que se señalan los entes que se conceptualizan como entidad financiera, esto es la LPDUSF, la que, en su artículo segundo, establece lo siguiente:

“... Para los efectos de esta Ley, se entiende por: ... IV. Institución Financiera, en singular o plural, a las sociedades controladoras, instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto múltiple, sociedades de información crediticia, casas de bolsa, fondos de inversión, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, casas de cambio, instituciones de seguros, sociedades mutualistas de seguros, instituciones de fianzas, administradoras de fondos para el retiro, PENSIONISSTE, empresas operadoras de la base de datos nacional del sistema de ahorro para el retiro, Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores, sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, sociedades financieras populares, sociedades financieras comunitarias, las instituciones de tecnología financiera, y cualquiera otra sociedad que requiera de la autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o de cualesquiera de las Comisiones Nacionales para constituirse y funcionar como tales y ofrecer un producto o servicio financiero a los Usuarios;...”.

36 Institución de seguros, institución de fianzas, sociedades mutualistas y sociedades, e intermediarios de reaseguro, además de otros.

Como se desprende de la lectura del citado precepto, la LPDUSF enumera de forma amplia las entidades financieras y permite incorporar en un futuro como tales, a nuevas sociedades que se autoricen para ofrecer un producto o servicio financiero a los particulares.

La legislación mexicana señala un concepto adicional tratándose del sistema financiero: “*el Sistema Bancario Mexicano*”, y es definido por el artículo 3 la LIC, considerando como integrantes del mismo, no sólo a las entidades financieras, sino a distintos entes tales como el Banco de México y los organismos autorregulatorios:

“... El Sistema Bancario Mexicano estará integrado por el Banco de México, las instituciones de banca múltiple, las instituciones de banca de desarrollo y los fideicomisos públicos constituidos por el Gobierno Federal para el fomento económico que realicen actividades financieras, así como los organismos autorregulatorios bancarios...”.

En materia fiscal, la legislación mexicana considera como parte del sistema financiero, también a las autoridades que lo regulan. De esta forma, la Ley del Impuesto sobre la Renta define para los efectos de dicha Ley al sistema financiero, de la siguiente manera:

“... Artículo 7. ... El sistema financiero, para los efectos de esta Ley, se compone por el Banco de México, las instituciones de crédito, de seguros y de fianzas, sociedades controladoras de grupos financieros, almacenes generales de depósito, administradoras de fondos para el retiro, arrendadoras financieras, uniones de crédito, sociedades financieras populares, fondos de inversión de renta variable, fondos de inversión en instrumentos de deuda, empresas de factoraje financiero, casas de bolsa, y casas de cambio, que sean residentes en México o en el extranjero. Se considerarán integrantes del sistema financiero a las sociedades financieras de objeto múltiple a las que se refiere la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito que tengan cuentas y documentos por cobrar derivados de las actividades que deben constituir su objeto social principal, conforme a lo dispuesto en dicha Ley, que representen al menos el 70% de sus activos totales, o bien, que tengan ingresos derivados de dichas actividades y de la enajenación o administración de los créditos otorgados por ellas, que representen al menos el 70% de sus ingresos totales. Para los efectos de la determinación del porcentaje del 70%, no se considerarán los activos o ingresos que deriven de la enajenación a crédito de bienes o servicios de las propias sociedades, de las enajenaciones que se efectúen con cargo a tarjetas de crédito o financiamientos otorgados por terceros. Tratándose de sociedades de objeto múltiple de nueva creación, el Servicio de Administración Tributaria mediante resolución particular en la que se considere el programa de cumplimiento que al efecto presente el contribuyente podrá establecer para los tres primeros ejercicios de dichas sociedades, un porcentaje menor al señalado en el párrafo anterior, para ser consideradas como integrantes del sistema financiero para los efectos de esta Ley...”.

En este tenor, el término entidad financiera comprende a los prestadores de servicios financieros que intervienen generando, captando, administrando, orientando y

dirigiendo, tanto el ahorro como la inversión; a las instituciones de servicios complementarios, auxiliares o de apoyo de dichas entidades; a las agrupaciones financieras que prestan servicios integrados; y, a otras entidades que limitan sus actividades a información sobre operaciones activas o prestan servicios bancarios con residentes en el extranjero.

3. MARCO LEGAL APLICABLE AL SISTEMA FINANCIERO

La fracción X del artículo 73 de la CPEUM faculta al Congreso de la Unión para legislar en toda la República Mexicana sobre intermediación y servicios financieros. Por ello, la materia financiera cuenta con autonomía legislativa, entendiéndose como tal el hecho de que las leyes que lo integran constituyen un cuerpo de disposiciones separado y orgánico.³⁷

El Congreso de la Unión ha emitido diversos ordenamientos jurídicos que regulan a cada uno de los intermediarios financieros con base en la naturaleza de las actividades que realizan.

Para el Maestro Acosta Romero, las leyes que rigen al sistema financiero mexicano han sido consideradas desde hace décadas como leyes “*Marco*”, lo que implica que prevén la expedición de innumerables reglamentos, reglas generales, lineamientos, disposiciones de carácter general, circulares y criterios³⁸; cuestión con la que coincidimos toda vez que en la práctica la realización de actividades en materia financiera se va ampliando y diversificando, y la legislación debe estar siempre a la vanguardia, regulando a los intermediarios financieros y protegiendo al público inversionista.

Así, cada integrante del sistema financiero mexicano se encuentra regulado por una ley que establece los requisitos para constituirse como tal, las características que se deben reunir para ser socio o accionista del intermediario financiero, las reglas de capitalización y de contabilidad, la regulación preventiva y de supervisión, entre otros. Dichos aspectos se encuentran orientados en todo momento, como ya se mencionó, a cuidar los intereses de los particulares, procurando la solvencia de los intermediarios y del sistema financiero en su conjunto³⁹.

37 *Ibidem*, p. 6.

38 Acosta Romero, Miguel, *op.cit.*, p.70.

39 A manera de ejemplo se enlistan algunas de las leyes financieras y su fecha de publicación en el DOF: LIC (18 de julio del 1990); LMV (30 de diciembre del 2005); LGOAAC (14 de enero del 1985), Ley de Fondos de Inversión (04 de junio del 2001); Ley de Ahorro y Crédito Popular (04 de junio del 2001); Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (13 de agosto del 2009); Ley de Uniones de Crédito (20 de agosto del 2008); Ley para Regular a las Sociedades de Información Crediticia (15 de enero del 2002); Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros (15 de junio del 2007); Ley de Transparencia y Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado (30 de diciembre del 2002); LISF (04 de mayo del 2013); LSAR (23 de mayo del 1996); Ley de Sistemas de Pagos (30 de diciembre del 2002); LPDUSF; (18 de enero del 1999); LTOSF

4. PRESTACIÓN DE SERVICIOS FINANCIEROS

El sector financiero es parte fundamental de la economía al ser movilizador de recursos que permite convertir ahorro en inversión, diversificar riesgos y reducir costos de transacción mediante el uso de medios de pago.

Las entidades integrantes de dicho sector prestan servicios de diversa índole acorde a las operaciones que les son permitidas realizar, en términos de la autorización otorgada por la autoridad. Durante varios años han facilitado a clientes el manejo de sus finanzas mediante el ofrecimiento de productos y servicios, cumpliendo la normatividad, y observando reglas de operación y funcionamiento a través del uso de múltiples canales, como son: las sucursales, el teléfono y la banca en línea, además de otros. El ofrecimiento de servicios financieros a través de dicho esquema es conocido hoy coloquialmente como “*tradicional*”.

Recientemente, la digitalización y el uso de tecnologías digitales⁴⁰ han detonado un cambio en la concepción de la prestación de los servicios comerciales y financieros, toda vez que diversos participantes del mercado comenzaron a celebrar transacciones a través de plataformas para facilitar los negocios entre dos o más partes.

Nuestro país está siguiendo esta tendencia al aceptar la celebración de negocios en línea confiando en el ecosistema digital para realizar operaciones financieras, mediante el uso de nuevos canales que no requieren presencia física de las partes (Internet, dispositivos móviles y plataformas digitales)⁴¹, migrando del ofrecimiento de servicios financieros tradicionales a servicios financieros “*tecnológicos*”, dando paso a la “*Era FinTech*”.

La innovación en productos y en el esquema para prestar servicios financieros incentivó el intercambio, la inversión y el ahorro, y conllevó cambios estructurales organizacionales y sociales que generaron que el Estado Mexicano adaptara su política pública y la regulación, considerando la relevancia de la educación e inclusión financiera, la presencia de la tecnología financiera, la existencia de las plataformas que prestan servicios financieros y de instituciones de tecnología financiera, la proliferación de la banca abierta y de las interfases de programación de aplicaciones informáticas estandarizadas, la operación de modelos novedosos y el uso de activos virtuales.

(15 de junio del 2007); LBM (23 de diciembre del 1993); Ley Monetaria de los Estados Unidos Mexicanos (27 de julio del 1931); LPAB (19 de enero del 1999), además de otras.

40 La digitalización es el proceso de transformar procesos analógicos y objetos físicos en digitales. En el ámbito empresarial, la digitalización se vincula a la transformación digital de los negocios, referida a habilitar, mejorar, o evolucionar, las funciones empresariales, operaciones comerciales, modelos de gestión de clientes, y/o procesos de comunicación, aprovechando las tecnologías digitales. Influencia de las tecnologías digitales. Organización de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/un75/impact-digital-technologies>, consultado el 14 de julio del 2021.

41 Plataformas digitales y competencia en México, <https://www.oecd.org/daf/competition/esp-plataformas-digitales-y-competencia-en-mexico.pdf>, consultado el 11 de julio del 2021.

4.1. Educación e inclusión financiera

La educación financiera es el proceso mediante el cual los consumidores/inversionistas financieros mejoran su comprensión de los productos, los conceptos y los riesgos de la actividad financiera y, con información, instrucción o asesoramiento objetivo, adquieren habilidades y confianza que les permiten ser conscientes de los riesgos y de las oportunidades financieras, adoptar decisiones informadas y ejercer acciones eficaces para su bienestar económico⁴².

Dicho concepto se encuentra íntimamente ligado con el de inclusión financiera, toda vez que, en la medida en la que la población de un país se encuentre educada financieramente, puede tomar la decisión de acceder a los servicios financieros.

La Red Internacional de Educación Financiera (“**INFE**”, por sus siglas en inglés) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“**OCDE**”) considera la inclusión financiera como el proceso de promoción de acceso asequible, oportuno y adecuado a una amplia gama de productos y servicios financieros regulados, y la ampliación de su uso por todos los segmentos de la sociedad, a través de la aplicación de enfoques innovadores o existentes.

Los países se han comprometido a fomentar tanto la educación, como la inclusión financiera, para apoyar la estabilidad financiera y el crecimiento inclusivo y sostenible del país, así como el bienestar financiero individual, mediante la adopción de decisiones financieras inteligentes aprovechando las oportunidades ofrecidas por un sistema financiero cada vez más digitalizado⁴³.

En México, tales políticas se han visto reflejadas en múltiples reformas legales que han fortalecido la competencia en el sector financiero, permitiéndole innovar y ampliar la oferta de productos y servicios particularmente dirigidos a la población que no tiene acceso a servicios financieros, y a habitantes de lugares en los que existe falta de penetración financiera o la ausencia de servicios acordes a sus necesidades, manteniendo la estabilidad del sistema financiero mexicano⁴⁴.

La tecnología financiera digital y el aumento en el uso de teléfonos móviles han facilitado el acceso de individuos y de pequeñas empresas al sistema financiero a bajo costo y con bajo riesgo, considerando que (*i*) los documentos de identidad digitales

42 La Educación Financiera en América Latina y el Caribe. Situación actual y perspectivas, https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/OECD_CAF_Financial_Education_Latin_AmericaES.pdf, consultado el 12 de julio del 2021.

43 Declaración en apoyo a las políticas de educación financiera por los miembros de la OCDE/INFE de América Latina y del Caribe, https://www.oecd.org/daf/fin/LAC%20FE%20declaration_ESP.pdf, consultado el 13 de julio del 2021.

44 Información respecto de los Reportes de Inclusión Financiera en México durante diversos ejercicios y del Panorama Anual de Inclusión Financiera 2020 pueden ser revisados en <https://www.gob.mx/cnbv/acciones-y-programas/divulgacion-de-inclusion-financiera-26625>, consultado el 13 de julio del 2021.

hacen más sencillo abrir una cuenta; *(ii)* la digitalización de los pagos en efectivo ha permitido que más personas empiecen a usar cuentas para sus transacciones; *(iii)* los servicios financieros por telefonía móvil permiten que haya acceso conveniente aún en zonas remotas; y, *(iv)* la existencia de mayor disponibilidad de datos (*big data*⁴⁵) sobre los clientes permite a los proveedores diseñar productos financieros digitales que se adapten mejor a las necesidades de las personas no bancarizadas.

4.2. Tecnología financiera (*FinTech*⁴⁶)

Nos encontramos con múltiples definiciones del término Fintech, sin embargo, todas hacen referencia al uso de tecnologías aplicadas a los servicios financieros.

Las entidades que prestan servicios financieros de forma “*tradicional*” se están viendo obligadas a transformar el esquema bajo el cual hacen negocios ante la presencia de la innovación tecnológica que, de forma disruptiva, ha cambiado a los mercados financieros⁴⁷. Tales instituciones únicamente cuentan con dos caminos para atender tanto las necesidades del mercado como los avances de la tecnología: (i) optar por la innovación financiera, colaborando y coordinándose con plataformas tecnológicas (*startups*); o, (ii) transformando internamente sus procesos.

Sea cual fuere la decisión de negocio adoptada, las entidades financieras están cambiando paulatinamente la forma en la que prestan servicios financieros por las exigencias tanto del mercado como de sus clientes y usuarios.

Lo anterior conlleva a que estén adecuando sus políticas y procedimientos para la contratación más ágil de productos y servicios, los que originalmente eran ofrecidos necesariamente a personas que físicamente contactaban en alguna sucursal al intermediario financiero a través del ejecutivo de cuenta, debían presentar diversa información y documentación respecto de su identidad, domicilio y origen de recursos, sostener entrevistas, y aceptar visitas de verificación de información en sus oficinas o asiento de negocios, así como realizar diversos trámites y atender distintos procesos y filtros que

45 *Big data*, también conocido como macrodatos, datos masivos o inteligencia de datos, es un término en idioma inglés que hace referencia a conjuntos de datos masivos y complejos que mediante su análisis, cualitativo y cuantitativo, permite deducir las consecuencias derivadas de un hecho, lo que conlleva a analizar el comportamiento del usuario, extrayendo valor de los datos almacenados, y formulando predicciones a través de los patrones observados, <https://www.ibm.com/mx-es/analytics/hadoop/big-data-analytics>, consultado el 11 de julio del 2021.

46 *FinTech* es una industria naciente en la que las empresas usan la tecnología para brindar servicios financieros de manera eficiente, ágil, cómoda y confiable. La palabra se forma a partir de la contracción de los términos *finance* y *technology* en inglés. Fintech México, <https://www.fintechmexico.org/qu-es-fintech>, consultado el 11 de julio del 2021.

47 *Executive Summary of the Roundtable on Digital Disruption in Financial Markets, Organization for Economic Co-operation and Development (OCDE)*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COM-P/M\(2019\)1/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COM-P/M(2019)1/ANN4/FINAL/en/pdf), consultado el 12 de julio del 2021.

finalmente culminaban, en el mejor de los casos, en la aceptación del cliente y en el inicio de una relación contractual en materia financiera.

Actualmente tales procesos se han optimizado al utilizar la entidad financiera los beneficios de la tecnología y de las plataformas digitales para contactar a clientes o usuarios potenciales de forma remota, validar sus datos y documentos de identidad en línea mediante acceso a portales, e incluso, crear perfiles de identificación, transaccionales, crediticios y de riesgo respecto de clientes mediante el uso de *big data*⁴⁸ que expeditan el inicio de una relación comercial y reducen costos.

Así, la prestación de servicios financieros está migrando también de una cultura de papel a una cultura digital, característica de la “Era FinTech”.

4.3. Plataformas tecnológicas

Las plataformas tecnológicas o digitales son empresas que operan en una amplia gama de industrias para posibilitar la interacción de dos o más grupos (clientes, anunciantes, prestadores de servicios, productores y/o proveedores). Ejemplos de dichas plataformas digitales son las redes sociales, los sitios web, los sistemas operativos de computadoras y dispositivos móviles, entre otros⁴⁹.

Una característica fundamental de las plataformas digitales es la recopilación, análisis y uso de los datos que incorporan sus usuarios, lo que tiene incidencia directa en los negocios para mejorar la calidad de los productos y de los servicios que prestan.

La creciente utilización de las plataformas digitales ha hecho que incluso se comiencen a prestar servicios financieros a través de las mismas. Tales plataformas digitales son conocidas como empresas de tecnología financiera o “Empresas FinTech”.

Las Empresas FinTech son distintas de las entidades financieras que han optimizado sus procesos para el ofrecimiento de servicios financieros mediante el uso de la tecnología.

4.4. Instituciones de tecnología financiera

En marzo del 2018, el Congreso de la Unión aprobó la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera (“**LRITF**”), conocida coloquialmente como “Ley FinTech”.

48 El procesamiento de los datos obtenidos por una entidad financiera (*big data*) le permite segmentar sus clientes, crear estrategias de mercado, gestionar riesgos, prevenir fraudes, detectar alertas y apoyar en la toma de decisiones, así como identificar las necesidades de los solicitantes de servicios financieros.

49 Plataformas digitales y competencia en México, <https://www.oecd.org/daf/competition/esp-plataformas-digitales-y-competencia-en-mexico.pdf>, consultado el 11 de julio del 2021.

La LRITF⁵⁰ se basa en los principios de inclusión e innovación financiera, promoción de la competencia, protección al consumidor, preservación de la estabilidad financiera, prevención de operaciones ilícitas y neutralidad tecnológica.

Desde una perspectiva de competencia, el Estado, con la emisión de la LRITF, pretendió disminuir las barreras de entrada al mercado financiero para la prestación de servicios mediante el uso de la tecnología, esto es, reconoció a los prestadores de servicios FinTech (*Empresas FinTech*) como entidades legales que pueden realizar algunas actividades restringidas que antes únicamente se permitía efectuar a las entidades financieras y, paralelamente, mediante la modificación de otras leyes financieras, autorizó el uso e implementación de la tecnología en los procesos de identificación y conocimiento de los clientes y usuarios, y la apertura de cuentas y celebración de contratos por medios remotos (cumpliendo ciertos requisitos)⁵¹.

El principal objetivo de la LRITF es regular a los proveedores de algunos servicios FinTech, como las plataformas de financiamiento colectivo (instituciones de financiamiento colectivo) y los fondos de pago electrónico, al reconocerlas jurídicamente como Instituciones de Tecnología Financiera (“ITF”), que son autorizadas, reguladas y supervisadas por las autoridades financieras al recibir, mantener y gestionar recursos del público, e incluso pueden ser sancionadas por incumplimiento a la normatividad.

Las *instituciones de financiamiento colectivo* (“IFC”) (conocidas internacionalmente como *crowdfunding*) son aquellas que llevan a cabo “... actividades destinadas a poner en contacto a personas del público en general, con el fin de que entre ellas se otorguen financiamientos ... realizadas de manera habitual y profesional, a través de aplicaciones informáticas, interfaces, páginas de internet o cualquier otro medio de comunicación electrónica o digital⁵²...”. Tales actividades sólo pueden llevarse a cabo por las personas morales autorizadas por la CNBV, previo acuerdo del Comité Interinstitucional⁵³.

Los clientes de una institución de financiamiento colectivo se denominan inversionistas cuando aporten recursos, y solicitantes cuando hubieren requerido tales recursos a través de la propia ITF. Los inversionistas pueden otorgar diversos tipos de financiamiento: (i) de deuda (con el fin de que los inversionistas otorguen préstamos, créditos, mutuos o cualquier otro financiamiento causante de un pasivo directo o contingente

50 Artículo 2 de la LRITF.

51 A manera de ejemplo, las Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la LIC permiten a las instituciones de crédito (i) la apertura de cuentas de depósito a la vista en moneda nacional clasificadas como nivel del 1, cuyos niveles de transaccionalidad y operación se encuentran limitados, solicitando únicamente a sus clientes ciertos datos obtenidos de una identificación oficial (14^a. Bis); y, (ii) la apertura de cuentas o celebración de contratos a través de dispositivos de forma no presencial, siempre y cuando cuenten con el consentimiento del cliente para la geolocalización del dispositivo desde el cual éstos abran la cuenta o celebren el contrato respectivo (4^a. Ter).

52 Artículos 15 y 16 de la LRITF.

53 Instancia colegiada integrada por servidores públicos de la SHCP, de BANXICO y de la CNBV.

a los solicitantes); **(ii)** de capital (con el fin de que los inversionistas compren o adquieran títulos representativos del capital social de personas morales que actúen como solicitantes); y, **(iii)** de copropiedad o regalías (con el fin de que los inversionistas y solicitantes celebren entre ellos asociaciones en participación o cualquier otro tipo de convenio por el cual el inversionista adquiera una parte alícuota o participación en un bien presente o futuro o en los ingresos, utilidades, regalías o pérdidas que se obtengan de la realización de una o más actividades o de los proyectos de un solicitante).

Las *instituciones de fondo de pagos electrónicos* (“**IFPE**”) (conocidas internacionalmente como *digital wallets* o emisores de dinero electrónico) son aquellas que “*prestan servicios con el público de manera habitual y profesional, consistentes en la emisión, administración, redención y transmisión de fondos de pago electrónico, por medio de los actos que a continuación se señalan, a través de aplicaciones informáticas, interfaces, páginas de internet o cualquier otro medio de comunicación electrónica o digital...*”⁵⁴. Tales actividades sólo pueden llevarse a cabo por las personas morales autorizadas por la CNBV, previo acuerdo del Comité Interinstitucional.

4.5. Banca abierta

La banca abierta (también conocida como *open banking*) es un sistema en línea en el que los clientes de las instituciones financieras y las ITF (usuarios) autorizan compartir su información con otras entidades⁵⁵.

La banca abierta permite que **(i)** los usuarios concentren la información financiera del cliente en un solo sistema (datos sobre cuentas bancarias, créditos hipotecarios y tarjetas de crédito, además de otros) aun cuando dichos productos sean proveídos por diversas entidades financieras o ITF; y, **(ii)** el cliente reciba recomendaciones sobre cómo pagar menos comisiones en servicios financieros, cómo conseguir mayores rendimientos, o cómo liquidar más rápido sus deudas.

La finalidad que persigue la banca abierta es optimizar la prestación de servicios financieros, brindando a los clientes mayor oferta de productos, una amplia visión de sus finanzas y mecanismos idóneos para administrar su dinero a bajo costo.

El artículo 76 de la LITF impone la obligación para las entidades financieras y las ITF de establecer interfaces de programación de aplicaciones informáticas estandarizadas (*application programming interfaces* o API por sus siglas en inglés) que posibiliten el intercambio de diversas categorías de datos de los clientes entre los operadores financieros: **(i)** datos financieros abiertos (información sobre los productos y servicios ofre-

⁵⁴ Artículo 22 de la LRITF.

⁵⁵ Korea Office BBL- Open Banking for Inclusive Digital Finance: Global Trends and Korea's Experience in the COVID-19 Era, <https://olc.worldbank.org/content/15-korea-office-bbl-open-banking-inclusive-digital-finance-global-trends-and-korea%E2%80%99s>, consultado el 12 de julio del 2021.

cidos al público, ubicación de sus sucursales y cajeros automáticos); *(ii)* datos agregados (información estadística totalizada sobre los productos y servicios proporcionados); y, *(iii)* datos transaccionales (aquellos relacionados con el uso de un producto o servicio, incluyendo cuentas de depósito, créditos y medios de disposición contratados a nombre de los clientes, y de las transacciones que los clientes hayan realizado o intentado realizar en su infraestructura tecnológica).

4.6. Innovaciones futuras

Con respecto a las innovaciones futuras, la LRITF establece la figura de zona protegida normativa (*regulatory sandbox*) en la que las entidades financieras, las ITF y cualquier ente mercantil⁵⁶, que cuenten con un modelo innovador para la prestación de servicios financieros⁵⁷, cuya operación tenga una restricción legal, pueden operar durante un periodo limitado en virtud de una autorización especial y con la supervisión de la autoridad financiera.

Además, la LRITF⁵⁸ creó el Grupo de Innovación Financiera constituido por miembros de los sectores público y privado, para intercambiar ideas sobre innovaciones, su posible desarrollo y regulación.

Con ello, se establece un marco normativo que promueve la innovación y reconoce y fomenta la competencia en la prestación de servicios financieros, garantizando la protección de los consumidores, la estabilidad financiera, y reconociendo la naturaleza dinámica del sector.

4.7. Activos Virtuales

Para abordar este tema es imperioso distinguir entre el dinero electrónico y los activos virtuales. Mientras que el primero es un valor almacenado digitalmente, de manera local o remota, contra la recepción de moneda de curso legal que puede ser utilizado para efectuar pagos o transferencias, los activos virtuales, criptomonedas o monedas virtuales⁵⁹, son una representación de valor registrada electrónicamente que, sin ser moneda de curso legal, se utiliza como *(i)* medio de pago; *(ii)* instrumento para almacenar valor; y, *(iii)* medio para transmitir valor. En ningún caso se entiende como activo virtual la moneda de curso legal en territorio nacional, las divisas, ni cualquier otro activo denominado en moneda de curso legal o en divisas.

56 Artículos 80 y 86 de la LRITF.

57 Artículo 4 de la LRITF, fracción XVII LRITF: “...Modelo Novedoso, a aquel que para la prestación de servicios financieros utilice herramientas o medios tecnológicos con modalidades distintas a las existentes en el mercado al momento en que se otorgue la autorización temporal en términos de esta Ley; ...”

58 Artículos 93 y 94 de la LRITF.

59 Artículo 30 de la LRITF.

La creación y transacción de las criptomonedas están basados en reglas y algoritmos de sus creadores y son aceptadas por sus usuarios; no están respaldadas por el Gobierno Federal, ni por BANXICO; existe volatilidad de su valor, ya que dependen de la oferta y demanda; no hay posibilidad de revertir las transacciones una vez ejecutadas; y, están sujetas a riesgos tecnológicos y cibernéticos.

Sin embargo, las monedas virtuales se han convertido en un poderoso método de pago (innovador, económico y flexible) con una aceptación global cada vez mayor.

La regulación de las criptomonedas se ha convertido en un gran desafío para los países al ser un modelo de negocio único y en ocasiones desconocido; algunos de ellos adoptan la nueva tecnología, otros limitan o prohíben su uso, mientras que uno solo de ellos lo ha autorizado ya como moneda de curso legal⁶⁰.

El Grupo de Acción Financiera (FATF/GAFI) de la OCDE realizó una investigación sobre las características de las monedas virtuales para efectuar una evaluación preliminar del riesgo de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo (“**LD/FT**”) asociado con este método de pago ya que, no obstante el uso legítimo de monedas virtuales ofrece muchos beneficios, como una mayor eficiencia de pago y menores costos de transacción, facilitar los pagos internacionales y tener el potencial de brindar servicios de pago a poblaciones que no tienen acceso o tienen acceso limitado a los servicios bancarios regulares, su uso representa riesgos potenciales para el LD/FT, tales como: (i) el anonimato de quien opera con monedas virtuales; y, (ii) la falta de claridad con respecto a la responsabilidad del cumplimiento, supervisión y ejecución de políticas para prevenir y combatir LD/FT⁶¹.

La criptomoneda más utilizada es el Bitcoin⁶², sin embargo, existe una gran diversidad de criptomonedas como *Ethereum*, *Ripple XRP*, *Chainlink*, *Bitcoin Cash*, *Binance Coin*, *Lite Coin* y *Monero*, las que son almacenadas en monederos o carteras digitales⁶³ (*software* que funciona como interfaz cifrada para guardar, enviar y recibir criptomonedas).

60 Ley Bitcoin, emitida por la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador, <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/dictamenes/27F0BD6F-3CEC-4F52-8287-432FB35AC475.pdf>, consultado el 13 de julio del 2021.

61 *Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, <https://www.fatf-gafi.org/documents/documents/virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html>, consultado el 13 de julio del 2021.

62 Bitcoin es la más popular de todas las criptomonedas o monedas virtuales. El creador de la moneda es Satoshi Nakamoto, aunque probablemente se trata de un pseudónimo y no está muy claro si fue él o varias personas los creadores. Desde 2010 los Bitcoins se popularizan. No hay un control central, el Bitcoin está descentralizado y funciona a través de intercambios “*Peer to Peer*”, por eso, su valor cambia y depende de la oferta y demanda. El control está en manos de los usuarios y también la creación, denominada “*minería* de datos”. Según las “reglas” del Bitcoin, solo puede haber un máximo de 21 millones de monedas. Un límite que no puede sobrepasarse. <https://www.plus500.es/Instruments/BTCUSD/The-History-of-Bitcoin-3>, consultado el 11 de julio del 2021.

63 <https://coinlist.me/es/monederos/>, consultado el 11 de julio del 2021.

En México, la LRITF introduce la posibilidad de que las ITF realicen transacciones financieras utilizando activos virtuales (la posibilidad de que las entidades financieras operen con activos virtuales ya está contemplada en disposiciones de carácter general). Sin embargo, tanto las ITF y como las entidades financieras, únicamente pueden operar los activos virtuales que sean autorizados por BANXICO, y deben informar a sus clientes sobre los riesgos que implican dichos activos.

No obstante, desde la publicación de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita (“**LFPIORPI**”), se reguló como actividad vulnerable “... *el ofrecimiento habitual y profesional de intercambio de activos virtuales por parte de sujetos distintos a las Entidades Financieras, que se lleven a cabo a través de plataformas electrónicas, digitales o similares, que administren u operen, facilitando o realizando operaciones de compra o venta de dichos activos propiedad de sus clientes o bien, provean medios para custodiar, almacenar, o transferir activos virtuales distintos a los reconocidos por el Banco de México en términos de la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera...*”⁶⁴ y las entidades que lleven a cabo dichas actividades deben cumplir las obligaciones previstas en la propia LFPIORPI respecto al establecimiento de controles preventivos de delitos (identificación de clientes, integración de expedientes, conservación de información, envío de avisos a la UIF⁶⁵, designación de estructuras internas y atención de visitas de inspección por parte de la autoridad, además de otras).

5. CONCLUSIONES

Primera. La actividad financiera del Estado, entre otras acepciones, es aquella que desarrolla mediante la regulación, creación, organización y funcionamiento de los intermediarios financieros y los términos en los que intervienen las autoridades con la finalidad de proteger los intereses del público inversionista. Dicha actividad, da origen al sistema financiero de un país, el cual se integra, tanto por un conjunto de organismos e instituciones que captan, administran y canalizan la inversión y el ahorro de los particulares, dentro del marco legal aplicable, como por las autoridades que los regulan y supervisan.

Segunda. El sistema financiero mexicano, se integra por las entidades financieras, las instituciones de servicios complementarios o auxiliares y las autoridades encargadas de regular, dirigir, orientar, supervisar y sancionar las actividades financieras. Las encargadas de regular, dirigir y orientar las actividades financieras son el Banco de

64 Artículo 17, fracción XVI de la LFPIORPI.

65 Serán objeto de aviso a la UIF cuando el monto de la operación de compra o venta que realice cada cliente de quien realice la actividad vulnerable sea por una cantidad igual o superior al equivalente a seiscientos cuarenta y cinco Unidades de Medida y Actualización, esto es \$57,804.90 M.N. (cincuenta y siete mil ochocientos cuatro pesos 90/100, moneda nacional) <https://www.inegi.org.mx/temas/uma/>, consultado el 11 de julio del 2021.

México, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, a través de sus unidades administrativas, y los órganos descentralizados como la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y el Instituto de Protección al Ahorro Bancario. Las autoridades que supervisan y sancionan la actividad financiera, son las Comisiones Nacional Bancaria y de Valores, de Seguros y Fianzas y del Sistema de Ahorro para el Retiro.

Tercera. La regulación de los servicios financieros comprende la existencia de una infinidad de disposiciones legales y de ordenamientos jurídicos que regulan a cada intermediario financiero con base en la naturaleza de las actividades que realiza, cuidando en todo momento los intereses del público inversionista, y procurando la solvencia de los intermediarios y del sistema financiero en su conjunto.

Cuarta. El sector financiero, a través de las entidades que lo integran, presta servicios de diversa índole en términos de la autorización para operar otorgada a cada una de ellas. Durante varios años han facilitado a clientes el manejo de sus finanzas mediante el ofrecimiento de productos y servicios a través del uso de múltiples canales, como son: las sucursales, el teléfono y la banca en línea, además de otros, entendido dicho esquema de operación como prestación de servicios de forma “tradicional”.

Quinta. La digitalización y el uso de tecnologías digitales cambiaron la concepción de la prestación de los servicios y financieros, toda vez que diversos participantes de dicho mercado comenzaron a celebrar transacciones a través de plataformas mediante el uso de nuevos canales que no requieren presencia física de las partes (Internet, dispositivos móviles y plataformas digitales), migrando del ofrecimiento de servicios financieros tradicionales a servicios financieros “*digitales*” o “*tecnológicos*”, lo que generó que el Estado Mexicano adaptara su política pública y la regulación.

Sexta. Uno de los aspectos más relevantes respecto de la transición de la era tradicional de prestación de servicios financieros a la era digital o tecnológica, también conocida como “*Era FinTech*”, que tuvo que tomar en consideración la comunidad internacional, es el fortalecimiento de la educación financiera, ya que a través de la misma, el cliente mejora su comprensión de los productos y de los riesgos de la actividad financiera y, con conocimiento objetivo, adquiere habilidades y confianza que le permiten ser consciente de las oportunidades financieras para tomar decisiones informadas y lograr su bienestar económico, lo que necesariamente implica la inclusión financiera, esto es, el hecho de que un mayor número de personas accedan a los servicios financieros.

Séptima. La tecnología financiera ha permitido que las entidades financieras innoven sus procesos y diseñen productos que se adapten mejor a las necesidades de las personas mediante el aprovechamiento de Internet y de la telefonía móvil, la digitalización de documentos, la disponibilidad y el uso de datos, conocidos como *big data* y, en algunos casos, colaborando y coordinándose con plataformas tecnológicas (*startups*).

Octava. Las plataformas tecnológicas o digitales son empresas que recopilan, analizan y usan información para la prestación de servicios financieros. Tales plataformas digitales son conocidas como empresas de tecnología financiera o “*Empresas FinTech*”, las que en México se definen como instituciones de tecnología financiera (ITF) y se encuentran reguladas, desde 2018, en la Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, coloquialmente identificada como Ley FinTech: las instituciones de financiamiento colectivo y las instituciones de fondos de pago electrónico. La Ley FinTech pretende disminuir las barreras de entrada para los competidores del mercado financiero, reconociendo la posibilidad de que las ITF realicen algunas actividades restringidas, que antes únicamente se permitía efectuar a las entidades financieras y, paralelamente, autorizando el uso de la tecnología a entidades financieras que prestaban servicios de forma tradicional.

Novena. La Ley FinTech permite y regula la existencia de la banca abierta (*open banking*), esto es, que tanto entidades financieras, como ITF, compartan información financiera de sus clientes mediante el uso de interfaces de programación de aplicaciones informáticas estandarizadas (API) para optimizar la prestación de servicios financieros, brindando a los clientes mayor oferta de los mismos y una amplia visión de sus finanzas, así como mecanismos idóneos para administrar su dinero a bajo costo; además, permite la existencia de una “zona protegida normativa” (*regulatory sandbox*) en la que las entidades financieras y cualquier ente mercantil pueda “poner a prueba” modelos novedosos para prestar servicios; e introduce la posibilidad de que las ITF y las entidades financieras realicen transacciones utilizando activos virtuales (criptomonedas), los que serán autorizados por BANXICO, debiendo informar a sus clientes sobre los riesgos que implican tales activos.

FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

- Acosta Romero, Miguel, *Nuevo Derecho Bancario*, México, Porrúa, 1998.
- Borja Martínez, Francisco, *El Nuevo Sistema Financiero Mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 1991.
- Carballo Yáñez, Erick, *El Nuevo Derecho Bancario y Bursátil*, México, Porrúa, 2000.
- De la Fuente Rodríguez, Jesús, *Tratado de Derecho Bancario y Bursátil*, México, Porrúa 2007.
- Ruiz Torres, Humberto Enrique, *Derecho Bancario*, México, Oxford University Press, 2003.
- Samuelson, Paul A., *Economía*, México, Mc Graw Hill, 1984.

Legislación

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero del 1017.
- Ley de Instituciones de Crédito. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de julio del 1990.

- Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 04 de abril del 2013.
- Ley del Banco de México. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de diciembre del 1993.
- Ley del Mercado de Valores. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de diciembre del 2005.
- Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril del 1995.
- Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de mayo del 1996.
- Ley de Protección al Ahorro Bancario publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de enero de 1999.
- Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero del 1999.
- Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de octubre del 2012.
- Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el de enero del 1985.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre del 1976.
- Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de junio del 2007.
- Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 09 de marzo del 2018.
- Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 06 de septiembre del 1996.
- Reglamento de Supervisión de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero del 2005.
- Reglamento de Inspección y Vigilancia de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de enero del 2004.
- Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito. Publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 20 de abril del 2009.
- Ley Bitcoin. Publicada en el Diario Oficial de la República de El Salvador en América Central el 09 de junio del 2021.

Cibergrafía

- Declaración en apoyo a las políticas de educación financiera por los miembros de la OCDE/INFE de América Latina y del Caribe, https://www.oecd.org/daf/fin/LAC%20FE%20declaration_ESP.pdf, consultado el 13 de julio del 2021.

- Estudios del Centro de Desarrollo: *Startup América Latina 2016*, https://www.oecd.org/dev/americas/Startups2016_Si-ntesis-y-recomendaciones.pdf, consultado el 10 de julio del 2021.
- *Executive Summary of the Roundtable on Digital Disruption in Financial Markets, Organization for Economic Co-operation and Development (OCDE)*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2019\)1/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2019)1/ANN4/FINAL/en/pdf), consultado el 12 de julio del 2021.
- Influencia de las tecnologías digitales. Organización de las Naciones Unidas, <https://www.un.org/es/un75/impact-digital-technologies>, consultado el 14 de julio del 2021.
- *Korea Office BBL- Open Banking for Inclusive Digital Finance: Global Trends and Korea's Experience in the COVID-19 Era*, <https://olc.worldbank.org/content/15-korea-office-bbl-open-banking-inclusive-digital-finance-global-trends-and-korea%E2%80%99s>, consultado el 12 de julio del 2021.
- La Educación Financiera en América Latina y el Caribe. Situación actual y perspectivas, https://www.oecd.org/daf/fin/financial-education/OECD_CAF_Financial_Education_Latin_AmericaES.pdf, consultado el 12 de julio del 2021.
- Plataformas digitales y competencia en México, <https://www.oecd.org/daf/competition/esp-plataformas-digitales-y-competencia-en-mexico.pdf>, consultado el 11 de julio del 2021.
- Reportes de Inclusión Financiera en México y del Panorama Anual de Inclusión Financiera 2020, <https://www.gob.mx/cnbv/acciones-y-programas/divulgacion-de-inclusion-financiera-26625>, consultado el 13 de julio del 2021.
- *Virtual Currencies: Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*, <https://www.fatf-gafi.org/documents/documents/virtual-currency-definitions-aml-cft-risk.html>, consultado el 13 de julio del 2021.

Páginas WEB consultadas

- CASFIM, <https://www.gob.mx/shcp/documentos/catalogo-del-sistema-financiero-mexicano>, consultado el 17 de julio del 2021.
- *Coinlist*, <https://coinlist.me/es/monederos/>, consultado el 11 de julio del 2021.
- IBM, <https://www.ibm.com/mx-es/analytics/hadoop/big-data-analytics>, consultado el 11 de julio del 2021.
- Instituto Nacional de Geografía y Estadística, <https://www.inegi.org.mx/temas/uma/>, consultado el 11 de julio del 2021.
- Fintech México, <https://www.fintechmexico.org/qu-es-fintech>, consultado el 11 de julio del 2021.
- Plus500, Máquina de Negociación Mundial, <https://www.plus500.es/Instruments/BT-CUSD/The-History-of-Bitcoin-3>, consultado el 11 de julio del 2021.

LA REFORMABILIDAD DE LA CONSTITUCIÓN A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS DE LA TEORÍA POLÍTICA CONSTITUCIONAL

RICARDO J. SEPÚLVEDA I.

ABSTRACT: El presente ensayo recoge las principales ideas vertidas en un conversatorio llevado a cabo en la Escuela Libre de Derecho durante el curso 2020-2021, en el que participaron panelistas de gran prestigio planteando, en sus distintas vertientes, el problema de la excesiva reformabilidad de nuestro texto constitucional. Como valor agregado de esta conversación, se invitó a que la discusión no se quedara en el señalamiento de la problemática sino que abordara sus causas y sus posibles vías de solución. La perspectiva del análisis llevado a cabo se extendió más allá de la jurídica, nutriéndose de los elementos de la ciencia política y, en general, de la visión sociológica. Como conclusión se remarcó la urgencia de adecuar el actual sistema de reforma a la Constitución con el propósito de fortalecer la estabilidad constitucional y con ello propiciar la cercanía entre la sociedad y la Constitución.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN. 2. EL HIPERREFORMISMO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA. 3. CONSECUENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES. 4. POSIBLES MEDIDAS A EMPRENDER. CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIO DE LA PROPAGANDA GUBERNAMENTAL EN PERIODO DE CAMPAÑAS. I. INTRODUCCIÓN. II. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD. III. REGLAS SOBRE LA PROPAGANDA GUBERNAMENTAL EN PERIODO DE CAMPAÑAS. IV. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA PROPAGANDA GUBERNAMENTAL EN PERIODO DE CAMPAÑAS. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. PRESENTACIÓN

Durante el curso escolar 2020-2021, que sin duda será imborrable, como una iniciativa de las y los alumnos de la materia de Teoría Política Constitucional del grupo 2º C, se llevó a cabo un conversatorio vía digital titulado *La reformabilidad de la Constitución mexicana a la luz de la Teoría Política Constitucional*, en el que participaron como expositores, la Dra. Andrea Pozas Loyo, el Dr. Agustín Basave Benítez y el Dr. Ricardo Sepúlveda Iguíniz.¹

Se trató de un evento que se suma al gran número de actividades que se realizan en nuestra Escuela con el objetivo de fomentar la difusión del conocimiento jurídico entre

1 El Dr. Agustín Basave Benítez es Doctor en Ciencia Política por la Universidad de Oxford, escritor y académico. Ha sido Diputado Federal y Embajador de México. Actualmente es académico de tiempo completo en la UDEM (Universidad de Monterrey). La Dra. Andrea Pozas es Maestra y Doctora en Derecho por la NYU. Actualmente es Profesora e investigadora en la UNAM. El Dr. Ricardo Sepúlveda Iguíniz es Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana, con especialidad en derechos humanos por la Universidad de Nottingham, actualmente es profesor de Teoría Política Constitucional en la Escuela Libre de Derecho.

docentes, estudiantes y, en general, la comunidad jurídica. Sin embargo, este conversatorio tuvo una característica particular, ya que su organización, preparación e, inclusive su conducción, la llevaron a cabo directamente los alumnos, quienes mayoritariamente fueron alumnas, por cierto, logrando con ello que en muchos de sus detalles y en el tono del mismo, el evento tuviera la fuerza y la autenticidad propia de la juventud. Así lo reconoció el Rector, D. Ricardo Silva, al dirigir sus palabras inaugurales.²

A raíz de este evento y por decisión del grupo organizador, se trabajó en la recopilación de las memorias con el objeto de publicarlas en un medio idóneo. Este artículo es el resultado de este esfuerzo. De aquí que, aunque la autoría se me atribuya, en realidad es una colaboración colectiva, en la que destacadamente participaron alumnas y alumnos del grupo de 2º C, de la generación 2019-2024 de la Escuela Libre de Derecho, ante lo cual, expreso mi total reconocimiento.³

Con la autorización de los expositores se retoman algunas de sus ideas, sin señalar expresamente quien las refirió, a fin de darle armonía al presente artículo, pero tratando de destacar sus principales señalamientos y conclusiones. Cabe puntualizar, aunque esté de más decirlo, que la calidad de los expositores, excluyéndome por supuesto, fue crucial para lograr el nivel y la profundidad requeridas, a fin de que este conversatorio sirviera para fomentar la discusión no solamente académica, en torno a una de las problemáticas más acuciantes de nuestro sistema constitucional. Fue un privilegio contar con su participación.

Efectivamente, la razón que motivó la elección de este tema, amén de ser uno de los puntos del curso de Teoría Política Constitucional, fue la de proponer una discusión pública sobre una un tema que desafortunadamente parece haber tomado normalidad: el del hiperreformismo de nuestra Constitución, cuando en realidad se trata de una anomalía, con consecuencias muy tangibles, no sólo en el ámbito estrictamente jurídico, sino en el social y, por ende, en el político.

Aquí es donde se conecta la mención a otra característica definitoria de este evento y que tiene que ver con el perfil de los expositores y con el título mismo del conversatorio. Partiendo de que todo análisis constitucional, si pretende ser integral, debe incorporar la perspectiva jurídica y la política, en el caso del sistema de reforma constitucional que tenemos en México, esto se hace más relevante, por las particularidades que ha desarrollado.

Como se profundizará más adelante, nuestro sistema padece de un hiperreformismo constitucional, que es único en el mundo y no tiene paralelo en ningún otro sistema, pues bien, para poder valorar tanto las causas de este fenómeno, como sus consecuen-

2 El video completo del Conversatorio se puede consultar y escuchar en: <https://fb.watch/5fYIkF2wWi/>

3 Aunque el reconocimiento debe hacerse de manera general a todo el grupo de 2º C de la Escuela Libre de Derecho, en el comité organizador debe hacerse especial mención a Alessandra Horta, María José Pérez Zavala, Gilberto Castillo Díaz, Paloma Medina Rentería, Michel Sánchez Gastelum, Héctor Gómez García, Martha González Juárez e Irene García Reyna.

cias y, al final, sus posibles soluciones, es necesario hacer un análisis interdisciplinario y tomar las herramientas que ofrece no solamente la ciencia jurídica sino también, y de manera muy especial, la ciencia política.

Se trata de un caso en el que se materializa la simbiosis entre derecho y política, lo cual es fundamental para el análisis de los fenómenos del Estado Constitucional. Como lo hemos señalado en otras ocasiones, la Teoría Política Constitucional, como una ciencia autónoma, resulta ser la perspectiva necesaria para el estudio integral, objetivo y balanceado de los complejos fenómenos del Estado actual.

Con estas premisas se llevó a cabo esta iniciativa que resultó una aportación valiosa y útil para ofrecer elementos y fomentar una discusión sobre un tema que no parece tener la suficiente atención, ni en el ámbito académico ni en el político.

2. EL HIPERREFORMISMO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El primer punto por afirmar en torno a esta temática es que en nuestro sistema constitucional vivimos un hiperreformismo, es decir, no solamente enfrentamos una problemática sobre el gran número de reformas, sino que se trata de una anomalía sistémica. Para entender correctamente esta afirmación hay que enmarcarla correctamente dentro de la tendencia mundial actual hacia una mayor movilidad constitucional como factor para favorecer su mayor aplicabilidad, cuestión que es por demás positiva. De aquí que no es extraño encontrarse una mayor tendencia hacia la reformabilidad constitucional como una nota del constitucionalismo moderno. Sin embargo, lo que sucede en nuestro sistema excede estos parámetros y se ubica en lo que podríamos denominar una *patología constitucional*, que, por lo mismo debe ser atendida y solucionada.

El hecho de que nuestra Constitución tenga más de 700 reformas a su texto en el curso de su vigencia va más allá de lo impactante del dato y debe ser analizado en el conjunto de todas sus implicaciones. Para ello es necesario analizar las causas que están detrás de esta excesiva reproducción y variabilidad, pero también es necesario detenerse en las consecuencias de tal inestabilidad. La hiperreformabilidad de la Constitución mexicana no ha de entenderse como parte de las características naturales de un sistema de reformas, sino que hay que diagnosticarla como una verdadera hiper-reformabilidad, es decir, una exacerbación tanto en su número (cuantitativa) como en cuanto a sus circunstancias y su interrelación con otros elementos del sistema (cualitativa). La excesiva movilidad constitucional es un tema de trascendencia que no puede resultar inocuo.

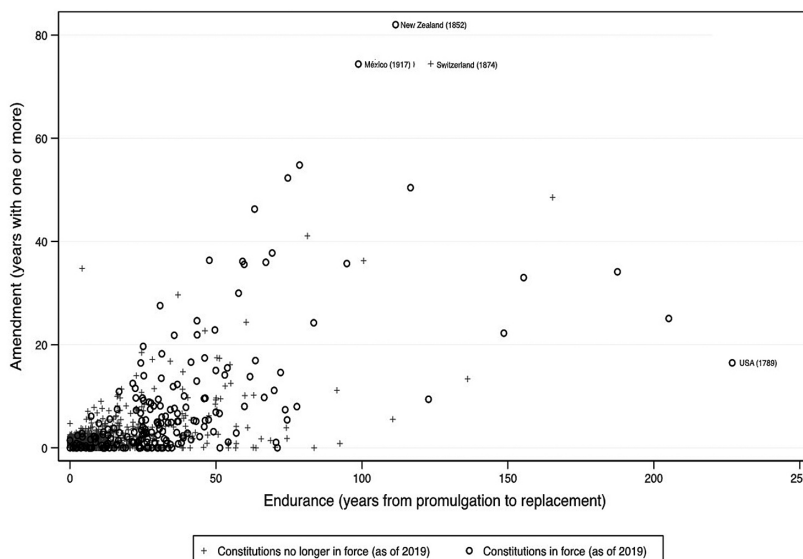
Para comenzar, sin pretender ahondar en este momento, es necesario retomar las distintas acepciones del término Constitución, como un concepto base para el análisis. Para ello, partiendo de su acepción más universal, la reconocemos como aquel documento jurídico-fundamental para regir la vida de una sociedad concreta. Partiendo de ello, es fácil intuir lo discordante que significa un excesivo cambio en un documento de esta naturaleza, donde se den incluso reformas sobre reformas sin que haya el tiempo suficiente para su asimilación social.

Por ello, resulta imperioso dedicar tiempo a analizar esta situación y no simplemente aceptarla como un hecho dado, como si fuera parte de nuestra idiosincrasia jurídica. Eso es lo que nos propusimos con este conversatorio y que ahora intentamos plasmar en este artículo.

Para analizar con mayor detenimiento esta realidad, es conveniente contrastarla con algunos otros datos que agravan aún más la situación. En primer lugar, está el hecho de que, desde el punto de vista formal, nuestra Constitución está ubicada dentro de las Constituciones rígidas, ya que su procedimiento de reforma se encuentra agravado y tiene mayores requisitos que los de la legislación secundaria. Esto lleva a una conclusión inmediata: la razón de ser del excesivo reformismo constitucional no está fincado en un sistema de reformas, excesivamente flexible. Esto se corrobora con el dato de que las únicas dos Constituciones en el mundo que tienen un número similar de reformas, son la de Nueva Zelanda y la de Suiza, ambas, flexibles. Lo anterior, demuestra que nuestra realidad corre por separado y merece un análisis particular. Lo que en voz de los ponentes también se llamó, *las paradojas del sistema de reforma constitucional en México*.

A este respecto, puede citarse el presente cuadro que fue preparado por la panelista Andrea Pozas:⁴

Reformas y sobrevivencia de las constituciones nacionales 1800-2013



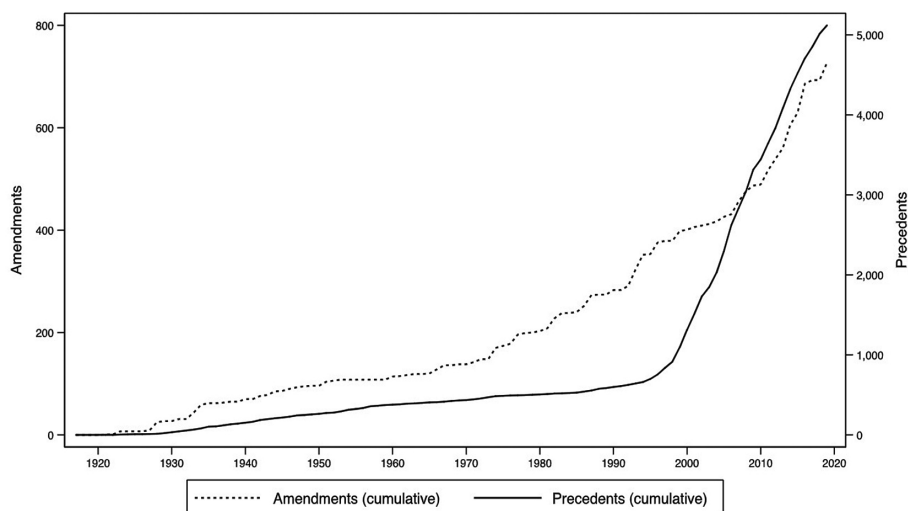
Source: authors' calculations with data from the Comparative Constitutions Project (Elkins, Ginsburg, & Melton, 2014).

- 4 Esta tabla forma parte del Artículo en coautoría de Pozas Francisca, Pozas Loyo Andrea y Saavedra Camila, *Are Interpretation and Amendment Complementary Means of Constitutional Change? Hyper-reformism in the Supreme Court (1917-2020)*. El artículo se encuentra en proceso de dictaminación.

Otra de las paradojas abordadas en el conversatorio radica en la relación que hay entre la reformabilidad y la interpretación constitucional. Si consideramos la lógica de ambas figuras que comparten el mismo objetivo, suelen tener un desarrollo inverso, es decir, existe un activo sistema de reformas formales al texto constitucional en contraste con un reducido ritmo de interpretación por parte del tribunal constitucional. Lo llamativo es que a la par de que nuestro ritmo de reforma constitucional se incrementa, también lo ha hecho el ritmo de la interpretación por parte de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación. Nuestro sistema de control constitucional ha evolucionado de manera creciente y sostenida desde el año 1994. En los últimos 20 años se han emitido más del 80% de todas las tesis que ha emitido nuestro más alto tribunal, lo que nos demuestra que el procedimiento de actualización constitucional a través de la interpretación judicial ha crecido y que sin embargo esto no ha implicado una disminución en los niveles de reforma formal, lo cual contrasta con las conclusiones del análisis comparado y nos sitúa en una realidad singular. A este respecto, podemos referir la siguiente información de análisis estadístico:⁵

HIPERFORMISMO E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Reformas y tesis, 1917-2019



Otro de los puntos de análisis comparativo es el referente a la pluralidad en la representación política frente a los sistemas rígidos de reforma. Por razones lógicas, cuando

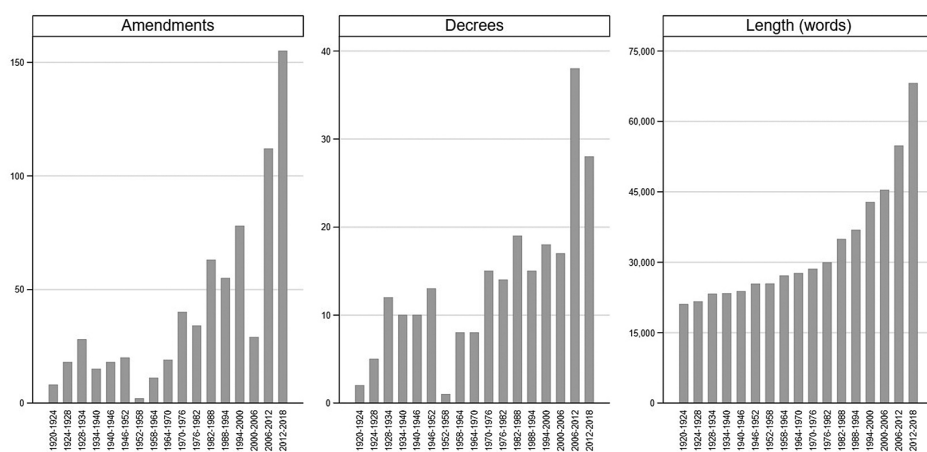
5 Idem.

aumenta la diversificación en la representación política dentro del órgano revisor de la Constitución, si el sistema es rígido, es de esperarse que el número de reformas disminuya. Sin embargo, en el caso de nuestro sistema, esto no ha sucedido, la mayor pluralidad política en la representación del Congreso, que existe desde 1997, en el que dejó de haber una mayoría absoluta de un partido, no ha significado la disminución en el número ni en el ritmo de reformas. Con esto, se contradice a la literatura política comparada, y nos obliga a tratar a nuestro sistema como peculiar y, desde nuestro punto de vista, anómalo.

A este respecto, cabe resaltar el hecho de que el hiperreformismo en la Constitución mexicana tiene una doble vertiente ya que, por un lado, existe una tendencia creciente de reforma formal al texto constitucional, pero, por otra parte, esta tendencia no solo es creciente sino exponencial, es decir, no solo existe un alto número de reformas, sino que, independientemente de los factores históricos de cada época, ese número es proporcionalmente cada vez mayor proporcionalmente. El siguiente cuadro así lo muestra.⁶

HIPERREFORMISMO

Reformas constitucionales, decretos y número de palabras por periodo presidencial (1921-2018)



Source: authors' calculation with information from Fix Fierro and Valadés (2016) working with the data available at the Mexico's Chamber of Deputies website (www.diputados.gob.mx). For the period 2012-2018 we employed information available at the Supreme Court of Justice's website (www.scjn.gob.mx). And this is also the source to calculate words from 1920 to 1958.

Siguiendo con las causas y después de haber hecho el análisis desde la perspectiva jurídico-formal, hemos de acudir a la política-social. Desde este ámbito, lo que se observa

6 Ibidem.

es una particular forma de entender la función política de la Constitución. Como bien lo señalaron los ponentes en el conversatorio, por razones históricas, la Constitución en México se ha convertido más en un documento para signar los compromisos políticos, que un documento jurídico de aplicación directa. Esto ha propiciado que muchos de los resultados de las negociaciones políticas se traduzcan en cambios constitucionales, independientemente de su idoneidad para convertirse en texto constitucional. Por poner un ejemplo, se puede observar el crecimiento que ha tenido el artículo 41 de la Constitución en relación con las prerrogativas de los partidos políticos, que es uno de los más modificados y extensos.

De manera análoga, la Constitución se ha convertido en el reducto para dar forma y estabilidad a las conquistas de los grupos políticos o de presión, lo que, aun cuando responde a la naturaleza política del texto constitucional, ha resultado excesivo, ya que muchas cuestiones que podían ser materia de la legislación ordinaria han llegado a formar parte de la Constitución.

En ese sentido, coincidimos con quienes afirman que el problema del excesivo reformismo constitucional en México hunde sus raíces en nuestra problemática política y, por ende, desde ahí debemos construir una solución que resulte viable.

Efectivamente, a veces es difícil, al analizar esta problemática, distinguir las causas de las consecuencias, ya que no se trata solamente de un problema técnico-jurídico, sino que tiene una fuerte connotación cultural y política.

Desde esa perspectiva, uno de los aspectos que se comentó en el conversatorio, fue el alejamiento entre la realidad y la norma, a la que ya hemos hecho mención, pero en este caso no como una de sus consecuencias sino como su principal causa. Para entender esto hay que remontarse a los antecedentes de nuestro sistema constitucional en donde encontramos una visión de la Constitución llamémosle aspiracional, es decir, que se le considera y se le utiliza como un texto que debe incluir los deseos y las aspiraciones sociales, pero que no tiene una obligatoriedad directa y estricta.

En ese sentido los cambios constitucionales, pueden tener un claro sentido político, pero no un propósito forzosamente jurídico. Se cambia la Constitución por coyunturas de negociación política por esto no forzosamente tiene una implicación directa en su aplicación. Se trata de un análisis que nos pone frente a las debilidades de nuestro Estado de derecho y a la de sus principales males, como son el de la corrupción y la impunidad, que no son otra cosa que esta fractura entre la norma y la realidad.

Otro de las posibles causas que se mencionó durante el conversatorio y que también tiene un cariz cultural, fue la referida al grado de detallismo de algunos de nuestros artículos constitucionales. Efectivamente, faltando a las mínimas reglas de técnica legislativa constitucional y por fuertes presiones de índole política se han incluido cuestiones que, al ser tan reglamentarias, requieren de una constante reforma. De esa forma, reformismo y detallismo van unidos. Es una realidad que nuestra Constitución se ha

ido haciendo cada vez más detallada y por lo tanto larga. No solo se amplía el número de reformas sino la extensión de las mismas, como ya se mencionó.

A este respecto, la pregunta se lanzó durante el conversatorio: ¿habría posibilidad de poner límites materiales a las reformas a la Constitución?, es decir, ¿sería posible señalar que sí y que no debe formar parte del texto constitucional?

3. CONSECUENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Como ya lo habíamos dicho anteriormente, el análisis sobre el hiperreformismo constitucional mexicano, no es un estudio neutro ni meramente académico, en realidad se trata de un problema jurídico-político de alta complejidad. Si lo tradujéramos a los términos clínicos, diríamos que es una patología crónica, creciente y degenerativa que parece no tener remedio. Sin embargo, al tratarse de una realidad de índole social, hemos de admitir que siempre puede tener reversión, lo importante es identificar las medidas de solución idóneas. Esto es lo que nos proponemos y ello en favor del desarrollo del Estado constitucional de derecho en México.

Las consecuencias que puede tener esta desviación en nuestro sistema se refieren, primeramente, a las que son propias de toda falla en un sistema de esta naturaleza, tomando en cuenta su trascendencia social, es decir, a las implicaciones que puede tener que un orden constitucional se debilite y deje de representar la base firme para una convivencia social ordenada. En este sentido, las carencias de un sistema constitucional siempre tendrán importantes consecuencias en la vida social y en el orden político. Una de ellas es el debilitamiento del Estado de derecho, como uno de los principales pilares del Estado moderno, el cual requiere de un orden constitucional estable y legítimo para poder desarrollarse con normalidad. En ese sentido, cabe introducir la pregunta de si la falta de estabilidad constitucional en México ha tenido, y hasta qué grado, implicaciones en el errático funcionamiento de nuestro Estado de derecho y de ser así, cuáles son estas.

Adentrándonos más en la problemática específica de la excesiva reformabilidad y tal como fue planteado en el conversatorio al que estamos haciendo referencia, encontramos las siguientes consecuencias de especial magnitud.

Quizá la de mayor gravedad sea el distanciamiento social que se provoca, es decir, la falta de vinculación de la sociedad con su Constitución, principalmente por la imposibilidad de conocer un texto que es permanentemente cambiado, pero también por el hecho de que la variabilidad del texto impacta en su legitimidad, en el sentido de su credibilidad, ya que esta mutabilidad afecta la percepción social sobre el valor que representa.

Compartimos esta visión, la Constitución, bajo la perspectiva de un constitucionalismo popular y democrático, debe insertarse en la vida social y eso implica su conocimiento, para que pueda tener una verdadera asimilación cultural. La solidez y fuerza de una

Constitución está en ello, de forma que sí esto no se da o se da de manera limitada, las implicaciones pueden muy nocivas para el funcionamiento del Estado constitucional.⁷

En otro sentido, pero también como una derivación que afecta a legitimidad constitucional, se encuentra el hecho de que la sociedad no participa ni es informada suficientemente de estos cambios, con lo que la Constitución aparece como un objeto de negociación entre élites políticas, más que un documento de rectoría social.

Nuestra historia constitucional nos muestra como durante el siglo XIX, desde la primera Constitución (1824) hasta 1867, el común denominador, fue la inestabilidad constitucional ya que en esa época hubieron más de once instrumentos de rango constitucional y no fue sino hasta la Constitución de 1857, que previó un sistema de reformabilidad (idéntico al actual) cuando los cambios constitucionales dejaron de hacerse por la vía de los desconocimientos y los golpes de Estado y se hicieron por la vía legal. Un hecho que corrobora esto fue el que la Constitución de 1917 pretendiera ser una reforma a la de 1857, algo que quedó como una mera etiqueta, pero que obedecía a estos antecedentes. Frente a esta evolución, con lo que ahora nos encontramos, es con que la inestabilidad constitucional que nos caracterizó en el siglo XIX, no se ha superado, ya que si bien, ahora no se acude a los levantamientos o interrupciones constitucionales, se ha abusado indiscriminadamente de la reforma al texto de la Constitución, provocando una inestabilidad comparable.

En el mismo sentido y como una consecuencia del frenesí de reformabilidad constitucional, se ha derivado hacia la descomposición del texto constitucional y esto es fácil de entender. Ante la velocidad de las reformas y su falta de ponderación, lo que hoy tenemos es un texto, en primer lugar, más largo, ya que lo que ha sucedido es que no solamente se han cambiado textos, como si se sustituyeran, sino que se han ampliado de manera significativa en extensión.

Pero no solamente se ha quedado en eso, el texto ahora se ha complejizado, las contradicciones han aumentado, lo mismo que las lagunas, lo que ha dado como resultado un texto farragoso y desordenado. De aquí que muchas de las propuestas de solución, estén dirigidas a un reordenamiento del texto constitucional,⁸ como una medida imperiosa para lograr la corrección de nuestro sistema.

Existen otras consecuencias que, aunque no tengan el nivel de impacto de las anteriores, también son de gran relevancia; como formaron parte del análisis en el conversa-

7 Esta idea se encuentra más desarrollada en: Sepúlveda Iguíniz Ricardo, *Leyes de Ordenamiento Constitucional*, Revista Perspectiva Jurídica, Universidad Panamericana, Guadalajara, n. 11: <http://edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-11/las-leyes-de-ordenamiento-constitucional>

8 Al respecto se puede consultar el estudio publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *Hacia la Reordenación y Consolidación del Texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917*.
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4050/2.pdf>

torio, las mencionaremos de manera sucinta: la primera de ellas es el hecho de que, a partir de este activismo legislativo constitucional, el sistema de control constitucional se ve afectado, ya que por naturaleza a este le corresponde velar por el mantenimiento del orden constitucional conforme a un texto dado y cuando este texto cambia constantemente, el sistema de control constitucional pierde consistencia, ya que las líneas jurisprudenciales que se generan conforme a un texto, se ven constantemente modificadas, de forma tal que, así como pierde estabilidad el texto constitucional, también lo pierde su interpretación, de aquí que sea el sistema constitucional en su conjunto el que se ve afectado.

De manera similar, hay implicaciones significativas en el quehacer de los órganos de poder primarios. Para comenzar, podemos observar lo que sucede con el poder legislativo en quien se reúnen tanto las funciones de legislador ordinario, como las de legislador constitucional. El hecho de tener que atender un número elevado de reformas a la Constitución le impide abocarse adecuadamente a su labor como desarrollador de la legislación secundaria, que es también muy necesaria para la conformación armónica del orden jurídico, como sistema integral.

En el caso del poder ejecutivo también implica constantes modificaciones en su función reglamentaria, en la creación de estructuras administrativas y una serie de acciones que conllevan altos recursos, de tiempo, de personas y de medios materiales.

Como puede observarse, son múltiples las consecuencias que trae aparejadas esta anormalidad constitucional y no pueden soslayarse, al contrario, va siendo tiempo de que se preste la debida atención a esta situación tan particular, anómala, y se valore lo dañina que puede resultar para la estabilidad constitucional y para el desarrollo de los valores propios del Estado constitucional de derecho.

Aunado a lo anterior y como una derivación lógica, es preciso enfatizar la importancia de generar un espacio de análisis y discusión sobre el sistema de reforma constitucional en México, que tenga como premisa el reconocimiento de su anormalidad y la necesidad de cambiarlo. Los datos resultan contundentes y, aunque aún es limitado, resulta plausible el hecho de que existan cada vez más voces y puntos de vista que reconozcan esta necesidad.

Este paso es fundamental para poder avanzar en las estrategias de solución, que es precisamente lo que abordaremos en el siguiente apartado y que fue igualmente tratado en el conversatorio mencionado.

4. POSIBLES MEDIDAS A EMPRENDER

Dicho lo anterior, es necesario abordar, al menos de manera general, las posibles vertientes de solución, lo que implica ajustar nuestro actual sistema de reforma. Como ya lo mencionamos líneas atrás, tal como se encuentra regulado hoy el sistema fue esta-

blecido en la Constitución de 1857, en su artículo 127,⁹ del cual viene a ser copia el 135 de la Constitución vigente. Conforme a esta disposición nuestra Constitución se ubica, desde el punto de vista formal, dentro de la categoría de las Constituciones rígidas.

Es necesario volver al punto de que para que la solución que se planteé tenga resultados es necesario que parta del diagnóstico correcto, de aquí que los aspectos señalados en el apartado de causas, deban ser el punto de inicio. Por ello, propuestas como la de rigidizar nuestra Constitución no parece ser una buena alternativa, el establecer una veda de reformas, como se hizo en algunas de nuestras Constituciones, por ejemplo, la de 1824 y la de 1830, tampoco parece ser una solución efectiva, al contrario, lo único que provocan este tipo de restricciones es que el cambio constitucional busque otros cauces o bien, se rompa esa prohibición por la vía de los hechos.¹⁰ La rigidez absoluta, consideramos nosotros, es contraria al principio de la reformabilidad constitucional que corresponde por naturaleza a toda Constitución.

Cabe señalar, como un punto relacionado con lo anterior, que durante el conversatorio se plantearon diversas opiniones sobre la posibilidad de establecer cláusulas intangibles en la Constitución, como existen en otros sistemas. Al respecto las opiniones vertidas fueron, en su mayoría, en contra de la conveniencia de establecerlas en nuestro sistema.

Ahora bien, las propuestas de solución se ubican en distintos niveles y con diferentes alcances. Una de ellas, con la que queremos comenzar y que fue mencionada en el conversatorio, es la necesidad de reforzar la educación jurídica en nuestro país, si bien esta propuesta no está dirigida a modificar el sistema de reforma, resulta muy necesaria ya que aborda una de las causas más de fondo que es la falta de un correcto entendimiento de lo que es una Constitución. Efectivamente, en el fondo del problema del hiperrreformismo y del detallismo constitucional subyace una equivocada concepción, o al menos muy limitada, de lo que es y debe ser la Constitución. Esto no solo involucra a las clases políticas, sino que es parte de un entendimiento social. Por ello, es necesario tomar medidas para contrarrestar este desconocimiento desde la educación jurídica.

9 El texto del mencionado artículo era el siguiente:

De la reforma de la Constitución.

ART. 127. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la Constitución, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de sus individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión hará el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

10 Un caso reciente que puede analizarse es el de la Constitución de la Ciudad de México, en la cual en su artículo 69, numeral 3, se estableció: “*las iniciativas de reforma o adición podrán ser votadas a partir del siguiente periodo en el que se presentaron*”. No obstante, ello, la primera legislatura del Congreso de la Ciudad de México, que entró en funciones el 17 de septiembre de 2018, realizó varias reformas constitucionales en los meses de marzo, mayo, y julio de 2019, contraviniendo lo dispuesto en el artículo citado.

A esta argumentación que nos parece inobjetable, podríamos añadir un matiz complementario que la corrobora. El hecho de que el debate sobre este tema sea aún tan limitado muestra la poca conciencia que todavía existe sobre esta problemática, incluso entre los sectores especializados. Por ello, estamos de acuerdo en que trabajar por mejorar la formación jurídica constitucional es imperioso en nuestro país, haciendo especial énfasis en lo que es y lo que debe ser una Constitución bajo la perspectiva tanto jurídica como política.

Acorde con lo anterior, un punto sobre el que se hizo particular mención durante la sesión fue la necesidad de adoptar un enfoque interdisciplinario para abordar integralmente la problemática, sin que se constriña a la visión jurídica-formal, sino por el contrario, procurando tener las diferentes perspectivas, especialmente la que ofrece tanto la ciencia política como las demás disciplinas sociales.

Pasando a otra serie de medidas más focalizadas en el modo de operar del sistema, podríamos distinguir entre lo que es propiamente la regulación del sistema de reforma constitucional y lo que son otra serie de figuras complementarias que se podrían adoptar para fortalecer el sistema con una perspectiva integral, atendiendo las diferentes causas a las que se ha hecho mención.

Comenzando por analizar en su conjunto, como conectadas, las causas que se han mencionado, la del detallismo y la de la instrumentalización de la Constitución como medio para la negociación política, durante el conversatorio se mencionó la posibilidad de adoptar en el sistema mexicano la figura de las leyes intermedias, también llamadas en el ámbito comparado, leyes orgánicas constitucionales o leyes de desarrollo constitucional¹¹; en este caso se habló de leyes de ordenamiento constitucional, las cuales tendrían el propósito de desahogar el contenido constitucional excesivo y además, tomando en cuenta que son leyes con mayor rigidez formal que el resto de la legislación ordinaria, servirían también como aglutinadoras para los acuerdos políticos.

Esta propuesta, que ha sido desarrollada, entre otros por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, parte de la premisa de que la Constitución requiere de una reordenación, lo que implica su actualización y también su reducción.¹² La propuesta, sin embargo no se queda solamente en este ajuste constitucional, sino en la creación de un nivel intermedio de legislación, para que en el futuro muchas de las cuestiones que actualmente se elevan a rango constitucional queden como contenido de las leyes de ordenamiento constitucional. Reiteramos que, para que esta propuesta funcione, sería necesario que se les diera una especial rigidez, a fin de garantizar su necesaria estabilidad.

11 Sobre el desarrollo de este tema puede consultarse: Sepúlveda I, Ricardo, *Las Leyes Orgánicas Constitucionales, Hacia una Nueva Constitucionalidad para México*, Editorial Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2006.

12 Este es el sentido de la propuesta elaborada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ver nota 8, Supra.

De esta manera, las leyes intermedias, pueden ser un elemento que impacte en el sistema de reformas a la Constitución, como un instrumento idóneo para recibir el contenido reglamentario actual de la Constitución. Hay que considerar, sin embargo, que esto no limitaría por sí mismo la labor del legislador constitucional, quien podría continuar en su activismo promoviendo un número de reformas excesivas y entonces tendríamos el hiperreformismo y, a la par, el desarrollo de las leyes constitucionales, lo que no solucionaría el problema, de aquí que tendría que pensarse en algunas otras medidas dirigidas a limitar las posibilidades de reforma.

Como lo hemos señalado en estas líneas, se requiere de una reestructura integral a nuestro sistema de reformas, no bastan las soluciones parciales.

Una de las ideas que se lanzó durante el conversatorio fue la posibilidad de poner límites al órgano revisor. Esto implicaría definir el tipo de límites, los que podrían ser de índole formal o material. No podemos pasar por alto la dificultad que esto significa, ya que como lo habíamos advertido, establecer mayores requisitos formales o de procedimiento no parece ser una solución muy idónea para un sistema de por sí rígido. Sin embargo, podría tener mayor sentido, si se le entiende como una medida complementaria. Por ello, quizá la alternativa podría ser la de establecer como requisito para algunas reformas, la participación ciudadana, pero pensando no solamente en una intervención formal para la aprobación, sino en un esquema que contemple la participación ciudadana en el diseño y la discusión de las reformas.

Las tendencias actuales nos han mostrado que la participación meramente formal de la ciudadanía es insuficiente, por vías como el referéndum, la iniciativa ciudadana o el plebiscito; en el debate del constitucionalismo actual las propuestas van dirigidas al involucramiento de la sociedad en espacios de diálogo y consulta, desde el origen de las propuestas.¹³

Al respecto, existe una amplia gama de alternativas, algunas de ellas fueron mencionadas durante el conversatorio, como la de ampliar el plazo que debe transcurrir entre la presentación de una iniciativa y su aprobación, de forma tal que se permita a la población, primeramente, enterarse de la propuesta y después, poder tener participación en su proceso de aprobación. También, la de abrir a la discusión pública los procesos de reforma constitucional y establecer un plazo mínimo de análisis, previo a su aprobación y una serie de obligaciones de transparencia. Sin duda, uno de los problemas de nuestro actual sistema, que es parte de la misma situación, es la celeridad con la que se aprueban las reformas, sin que exista apenas tiempo de hacer un proceso de diálogo y ponderación. Por ello, consideramos que se trata de una propuesta que, aunque requeriría de mayor desarrollo, podría traer aparejadas algunas ventajas.

13 Al respecto se recomienda el texto de Gargarella Roberto y Niembro Roberto, *Constitucionalismo Progresista, Retos y Perspectivas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2016.

No debe soslayarse, por supuesto, que para la implementación de estas medidas habría que detallar algunas cuestiones imprescindibles, tales como la necesidad de distinguir entre materias y tipos de reforma, ya que no todas tienen la misma trascendencia y no requieren ser sometidas a la misma rigidez.

En términos generales, la inclinación del panel del conversatorio fue en el sentido de idear formas para modificar nuestro sistema y tejer un traje a la medida, un sistema *ad hoc* que nos resulte conveniente, en primer lugar, para frenar el hiperreformismo de la Constitución pero, también para dirigirnos hacia la reordenación que requiere nuestro texto constitucional. Estamos en un momento en el que la Constitución ha perdido su armonía, su unidad y su cohesión interior.

Confiamos en que estas reflexiones abonen a una discusión que resulta cada vez más imperioso que se lleve a cabo, no solamente en el ámbito académico sino en el parlamentario. Nuestro sistema constitucional requiere de una serie de ajustes y uno de los más urgentes es el de su método de reforma. Coincidimos en que nuestra Constitución ha ido consolidando su legitimidad con el paso del tiempo, por ello es fundamental cuidar que no se debilite, para ello lo más importante es ampliar su conocimiento social y la estabilidad es una condición para lograrlo. El excesivo reformismo constitucional se puede convertir en un obstáculo para la consolidación del régimen democrático de derecho en México.¹⁴

14 Al respecto se recomienda la consulta de Pozas Loyo Andrea y Pou Giménez Francisca, en *The Paradox of Mexico's Constitutional Hyper-Reformism: Enabling Peaceful Transition While Blocking Democratic Consolidation*, en *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, USA, 2019.

CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIO DE LA PROPAGANDA GUBERNAMENTAL EN PERIODO DE CAMPAÑAS

LUIS OCTAVIO VADO GRAJALES*

RESUMEN: El modelo de comunicación política en México tiene ciertas particularidades, entre las que se encuentran la regulación de la propaganda gubernamental, concretamente durante el periodo de campañas electorales. En este caso, existe una institución denominada consulta, merced a la cual las autoridades que desean ejecutar campañas de comunicación social en el periodo de campañas electorales pueden obtener una autorización previa a su difusión, por parte del Instituto Nacional Electoral. Este artículo analiza tal figura, considerándola parte del derecho procesal constitucional, a la vez que ilustra algunos criterios relevantes en la materia, la intervención del Tribunal Electoral, y una propuesta de interpretación de las facultades de la referida autoridad administrativa comicial.

PALABRAS CLAVE: Propaganda gubernamental. Derecho procesal constitucional. Comunicación social.

ABSTRACT: The political communication model in Mexico has certain peculiarities, among which are the regulation of government propaganda, particularly during the period of electoral campaigns. In this case, there is an institution called consultation, thanks to which the authorities who wish to carry out social communication campaigns during the campaign period, can obtain an authorization from the National Electoral Institute, prior to its dissemination. This article analyzes such a figure, considering it part of the constitutional procedural law, at the same time that it illustrates some relevant criteria in the matter, the intervention of the Electoral Court, and a proposal for the interpretation of the powers of the aforementioned electoral administrative authority.

KEYWORDS: Government propaganda. Constitutional procedural law. Social communication.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD; III. REGLAS SOBRE LA PROPAGANDA GUBERNAMENTAL EN PERIODO DE CAMPAÑAS; IV. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA PROPAGANDA GUBERNAMENTAL EN PERIODO DE CAMPAÑAS; V. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es demostrar la existencia en México de un control previo de la constitucionalidad, en materia de propaganda gubernamental, que realiza en primera instancia el Instituto Nacional Electoral, INE, y la Sala Superior, SS, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, TEPJF, en segunda.

* Profesor-investigador de la Escuela Judicial Electoral.

Para demostrar lo anterior, en primer lugar, abordaré las características del control previo de constitucionalidad, estableciendo su concepto y función, ilustrando su existencia en el caso mexicano con la intervención de la Suprema Corte en las consultas populares, como un procedimiento que ilustre la existencia de este tipo de control en México.

En la segunda parte, abordaré el modelo mexicano de propaganda gubernamental en periodo de campañas, mismo que tiene una serie de peculiaridades que exigen su estudio con cierto detenimiento. Es a partir del mismo que existe un mecanismo de control previo de constitucionalidad, realizado por autoridades electorales.

En la tercera parte, describiré el modo en que dicho control está regulado y se ejecuta, con una apreciación crítica acerca de la interpretación del INE sobre su propia competencia.

La utilidad de este trabajo se encuentra en dos aspectos: primero, en relación con la justicia constitucional, al mostrar la existencia de un medio de control poco observado y menos estudiado desde la academia, que sin embargo tiene una aplicación constante; segundo, respecto de quienes trabajan la materia electoral, en cuanto a la posibilidad de afinar tanto la regulación del medio de control como la operación del mismo, contribuyendo a la vez a una discusión sobre su alcance.

II. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD

Atendiendo al momento de la revisión de la regularidad constitucional, los procedimientos de control pueden ser preventivos, reparadores o mixtos (Sagüés 2004, 474) clasificación que resulta relevante para nuestro estudio.

Como definición descriptiva del control previo tenemos la siguiente: “Es un medio indispensable en la conservación del orden constitucional, ya que analiza la constitucionalidad de aquellas disposiciones jurídicas que, antes de su promulgación y entrada en vigor, posean una presunción de inconstitucionalidad. Su naturaleza es contener aquel acto, para que no produzca efectos negativos en el sistema jurídico por su mera aplicación.” (Báez et. al. 2019, 179-180)

Para analizar el concepto anterior, en el apartado respectivo al caso de la autorización de propaganda gubernamental, me serviré de los conceptos de órgano de control, objeto de control, criterio de control, procedimiento de control y resultado de control (Kelsen 2001) que pueden permitir un mejor entendimiento.

El órgano de control se refiere a la instancia encargada de ejecutar el procedimiento, objeto de control se refiere a lo que puede ser susceptible de verificación en el medio respectivo; el criterio, al parámetro que se usa, que si bien en un primer momento es la propia Constitución, también puede serlo el bloque o parámetro de constitucionalidad en toda su extensión, incluyendo desde luego los tratados internacionales; el

procedimiento de control se refiere a los pasos que deben realizarse y a su naturaleza de proceso o procedimiento; y el resultado del control, a los efectos del procedimiento.

Todo lo anterior se relaciona con la idea de la regularidad jurídica. Esto es, la adecuada relación que debe existir entre una disposición superior y una inferior, donde la primera tiene una mayor jerarquía porque regula el contenido y procedimiento de creación de la otra; de esta manera, la segunda norma o decisión de autoridad, es un acto de aplicación de la primera (Kelsen 2001, 10-20)

Este modelo de análisis tiene como virtud el permitir una exposición clara y sistemática de nuestro objeto de estudio. De hecho, como explicaré más adelante, el acuerdo del Consejo General, CG, del INE, en virtud del cual se permite o se niega la autorización para la difusión de propaganda gubernamental, es un acto de aplicación tanto de las disposiciones constitucionales como de las legales, y lo que hace la SS al revisar dichos acuerdos, es verificar la relación de regularidad jurídica entre el acto de aplicación y las normas que lo regulan.

Debo indicar que el control previo tiene un efecto preventivo, ya que la verificación de la regularidad del acto se realiza de manera anterior a su ejecución o a que adquiera definitividad. Por regla general, es de naturaleza abstracta, y si se ejerce sobre un acto general, no impide la revisión posterior de su ejecución.

En México, un ejemplo de control previo lo tenemos en las consultas populares, donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe analizar la constitucionalidad del tema, así como revisar la pregunta, acciones que se realizan antes de recabar la voluntad de la ciudadanía, como se prevé en el artículo 35, numeral 3 de la Constitución mexicana, así como en los numerales 26, 27 y 28 de la Ley Federal de Consulta Popular¹.

Respecto los caos de la judicatura local, se encuentran varias entidades que contemplan la cuestión de constitucionalidad o la duda constitucional, como mecanismo previo a la aplicación de una ley, si bien dentro de un proceso judicial propiamente dicho (Báez et. al. 2019, loc. cit.)

III. REGLAS SOBRE LA PROPAGANDA GUBERNAMENTAL EN PERIODO DE CAMPAÑAS

En México, a partir de 2007, hemos desarrollado un modelo de comunicación política², que ha sido producto de las características propias de nuestro Sistema Político,

1 Para conocer las generalidades de los mecanismos de democracia participativa en México, vid. DE LA MATA Pizaña, Felipe, y COELLO Garcés, Clicerio, 2018, *Tratado de Derecho Electoral*, México, Tirant lo Blanch, 535-574.

2 Su estudio sistemático puede realizarse a partir de De la Mata, ob. cit., capítulos 7 a 10, también DE LA MATA Pizaña, Felipe, y COELLO Garcés, Clicerio, 2020, *Perspectivas del Derecho Electoral*, México,

más que de las reflexiones doctrinarias. Un elemento fundamental de este modelo es la regulación de la propaganda gubernamental³, un tema que cae tanto en las cuestiones propiamente electorales como en el campo de la comunicación política.

Desde la perspectiva electoral, la regulación y las sentencias en materia de propaganda gubernamental deben atender a la equidad, la imparcialidad y el voto libre. A la equidad, en cuanto se debe garantizar un piso mínimo para todas las partes contendientes en los comicios, sin que el gobierno *incline el campo de juego* a favor de algún participante. La imparcialidad, porque los recursos públicos deben ejercerse de manera que no influyan en los comicios, y de una forma que atiendan a las necesidades sociales, así como a los objetivos legamente buscados. El voto libre, ya que la ciudadanía debe decidir su voto en conciencia, sin presiones, mucho menos cuando estas puedan provenir del aparato público.

El artículo 41 constitucional establece la siguiente regla: Durante las campañas electorales y hasta la conclusión de la jornada electoral, debe suspenderse la difusión en medios de comunicación, de toda propaganda gubernamental, sin que importe de qué ámbito de gobierno proviene.

Y fija como excepciones las siguientes campañas:

- a) De información de las autoridades electorales;
- b) Relativas a servicios educativos;
- c) Relativas a los servicios de salud, y
- d) Propias de la protección civil en caso de emergencia.

Así la regla *prohibición de difundir propaganda gubernamental* está sujeta a la condición temporal de *periodo de campaña* y cuenta con *cuatro excepciones*.

Los casos de aplicación de la norma plantean distintas preguntas que han sido resueltas por las autoridades judiciales y administrativas en la materia. Por ejemplo, en los casos de excepción, ¿es válido cualquier contenido en la propaganda? Imaginemos un promocional televisivo que haga referencia a una nueva universidad pública, y se afirme que su apertura fue producto del impulso de la bancada de un partido político determinado, ¿sería jurídicamente válido?

UBIJUS, 171-220

- 3 Por tal se entiende “la difusión de mensajes para crear una imagen positiva de instituciones gubernamentales e influir en las percepciones y en el comportamiento de un público (...) En México, el TEPJF la ha definido como la información que cualquier entidad de gobierno expresa por alguno de los medios de comunicación social existentes para hacer del conocimiento de la sociedad los avances o desarrollos que ha realizado (SUP-RAP-66/2014).” CABALLERO Álvarez, Rafael (Coordinador) 2018, *El lenguaje de la democracia. Breviario de comunicación política*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 2018, 112.

Sobre este asunto, la Jurisprudencia 18/2011 de la SS establece:

PROPAGANDA GUBERNAMENTAL. LOS SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 41, BASE III, APARTADO C, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, DEBEN CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE EQUIDAD E IMPARCIALIDAD.- De la interpretación de los artículos 41, base III, apartado C, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 2, párrafo 2, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se colige que la restricción a la difusión en medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental durante las campañas electorales tiene como fin evitar que los entes públicos puedan influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ya sea en pro o en contra de determinado partido político o candidato, atento a los principios de equidad e imparcialidad que rigen en la contienda electoral. En consecuencia, los supuestos de excepción relativos a las campañas de información, servicios educativos, de salud y las de protección civil en caso de emergencia, a que se refieren ambos preceptos jurídicos, deberán colmar los mencionados principios, dado que de ninguna manera pueden considerarse como exentos de cumplir con la normativa constitucional y legal en la materia.

La propaganda gubernamental permitida por las excepciones del artículo 41, debe de abstenerse de influir en las preferencias de la ciudadanía, a favor o en contra de un partido político o candidatura, ya que tiene que cumplir con los principios de equidad e imparcialidad.

Otra pregunta posible: ¿puede un municipio, en época de campañas, invitar a la realización de una celebración social?, aquí resulta aplicable la Tesis LXII/2016:

PROPAGANDA GUBERNAMENTAL. LA INVITACIÓN A UNA CELEBRACIÓN DE CARÁCTER CULTURAL Y SOCIAL, NO VIOLA LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE DIFUNDIRLA EN EL PROCESO ELECTORAL. De la interpretación sistemática, teleológica y funcional del artículo 41, párrafo segundo, Base III, Apartado C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que versa sobre el principios de la equidad en la contienda, el acceso a los medios de comunicación social, que rigen en los procesos comiciales, en la que se establece la prohibición de abstenerse de expresiones que calumnien a las personas, así como la suspensión de la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental. En ese sentido, la colocación de lonas, pendones o gallardetes, u otro tipo de propaganda, en época electoral, con motivo de la invitación a festejar un día social y culturalmente importante para la sociedad mexicana, no infringe la prohibición de difundir propaganda gubernamental, durante una campaña electoral, aun cuando no esté en los supuestos de excepción expresamente señalados por el referido precepto constitucional, siempre que no difunda programas, acciones, obras o logros de gobierno, que tengan como finalidad apoyar o atacar algún candidato o partido político específico o que se promocióne a un servidor público, ni contenga expresiones, logotipos, emblemas, lemas que promocionen a algún partido político, coalición o candidato, porque no se trata de propaganda que contenga expresiones de naturaleza polí-

tico-electoral ni gubernamental, sino de una invitación para la celebración de un acto de carácter cultural y social.

Del anterior criterio se desprende que la celebración cultural debe ser real, propia de la comunidad de que se trate, y que las autoridades deben abstenerse de difundir programas, acciones o logros, así como de pretender influenciar el sentido del voto.

Una duda que suele presentarse es si pueden mantenerse los portales en Internet de las instituciones públicas, o si estos deben bajarse durante las campañas. Al efecto, dentro de la Tesis XIII/2017, el TEPJF ha establecido que la información pública es aquella que se relaciona con los servicios que presta el gobierno, así como con temas de interés general, y que proporciona a la ciudadanía los datos necesarios para conocer trámites y sus requisitos, incluso para realizar algunos por medio de dichos portales; por lo que desde luego se deben mantener. Lo que debe evitarse es que en los mismos se presente publicidad o propaganda gubernamental, aparezcan referencias a alguna candidatura o partido político, logro de gobierno, promoción de funcionariado público o expresiones de naturaleza electoral.

De los casos expuestos, puede afirmarse que ha sido un criterio sostenido del TEPJF el que la propaganda electoral que se mantenga en periodo de campañas debe ser tal que no afecte la equidad en la contienda, ni pretenda afectar de cualquier forma el voto de la ciudadanía.

IV. CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE LA PROPAGANDA GUBERNAMENTAL EN PERIODO DE CAMPAÑAS

De lo anterior, podemos resumir lo siguiente:

1. En México tenemos un modelo de comunicación política que contiene diversos límites a la misma.
2. Entre los límites se encuentra el relativo a la prohibición de la propaganda gubernamental en periodo de campañas electorales.
3. La prohibición anterior no es absoluta, dado que es posible que se continúen con los mensajes relativos a educación, salud, protección civil en caso de desastres naturales, así como las campañas informativas de las autoridades electorales, y que se ha construido una sólida línea jurisprudencial en el sentido de que no se debe afectar la equidad en la contienda ni el voto libre.

Por tanto, la existencia de prohibición con excepciones nos obliga a pensar en que debe existir una decisión autoritativa acerca de la constitucionalidad de una campaña de comunicación o propaganda gubernamental. Esta decisión no podría ser de las autoridades interesadas, atendiendo al principio de que no se puede ser juez y parte.

Y esa decisión autoritativa es necesaria porque, en principio, la propaganda gubernamental en periodo de campañas se considera prohibida, por lo que sobre la misma hay una sospecha de inconstitucionalidad.

El artículo 21 de la Ley General de Comunicación Social establece:

Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales, y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, deberá suspenderse la difusión de toda Campaña de Comunicación Social en los Medios de Comunicación. Para los efectos del párrafo anterior, en el caso de los procesos electorales locales, deberá suspenderse la difusión de Campañas de Comunicación Social en los Medios de Comunicación con Cobertura Geográfica y ubicación exclusivamente en la Entidad Federativa de que se trate.

Se exceptúan de lo anterior:

(...)

IV. Cualquier otra que autorice el Consejo General del Instituto Nacional Electoral, de manera específica durante los procesos electorales, sin que ello implique que sólo las campañas aprobadas por la referida autoridad administrativa son las que podrían difundirse.

Más allá de la repetición del texto constitucional, que se realiza en las fracciones I a III, lo relevante de esta disposición es que establece un mecanismo de control de constitucionalidad previo a la difusión de mensajes de propaganda gubernamental en etapa de campañas. Como puede desprenderse de la lectura de los acuerdos del CG que citaré más adelante, en la práctica esta consulta, auténtico medio de control previo de constitucionalidad, ha sido realizada en cientos de ocasiones, por autoridades de los tres ámbitos de gobierno.

Este procedimiento cuenta con diversas características:

Primera. Es competencia en primera instancia del CG del INE: como se desprende de una interpretación literal, la autoridad a quien se le otorga la competencia es el máximo órgano de dirección del INE. No se contempla que los institutos o comisiones electorales estatales puedan realizar esa facultad; frente a esto cabe preguntarse si existiría alguna disposición que permitiera sostener la competencia de dichos órganos para los casos de procesos electorales locales no concurrentes.

Considero que no es posible dar una respuesta positiva a esa pregunta, pues por un lado no hay una disposición que faculte a los llamados OPLES para desahogar consultas; lo que se robustece con el hecho de que el propio artículo en estudio habla de procesos comiciales locales, así como los federales. De esta manera, aplicando el principio del legislador racional, debe concluirse que la decisión fue dejar en manos del INE el desahogo de estas consultas, ya sea para procesos federales, locales o concurrentes.

Cabe preguntarnos sobre el alcance de esta competencia. Si nos atenemos a los acuerdos dictados por el INE, como demostraré a continuación, lo que tenemos es que la

autoridad administrativa electoral estima que se circunscribe a la propaganda que se presentará a través de radio y televisión, no a la que se presentará por medio de pintas en bardas, redes sociales, etc.

Esta lectura se basa en la competencia que el propio INE tiene respecto de la administración del tiempo estatal en radio y televisión. Como ejemplo, se transcribe el considerando segundo del acuerdo INE/CG334/2021, mediante el cual se ejercitó esta facultad de control respecto de las solicitudes de propaganda gubernamental para los procesos electorales locales y federal 2020-2021.

El INE es la autoridad única para la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión, destinado a sus propios fines y a los de otras autoridades electorales, así como al ejercicio de los derechos y las prerrogativas de los partidos políticos y candidatos independientes; es independiente en sus decisiones y funcionamiento, de conformidad con los artículos 41, Base III, apartados A y B, así como Base V de la CPEUM; 30 numeral 1, inciso h); 160, numeral 1 de la LGIPE y 7, numeral 3 del Reglamento de Radio y Televisión en Materia Electoral (en adelante RRTME).⁴

Vale la pena señalar que el párrafo transcrito es, salvo una coma y un cambio de género, idéntico al considerando 2 del acuerdo INE/CG235/2020⁵, que se refirió a los procesos electorales del año 2020; y es concorde con el considerando 2 del diverso acuerdo INE/CG03/2017⁶ ya citado, en el que se establece el plazo y procedimiento a seguir para la autorización de la propaganda gubernamental en periodo de campañas.

De hecho, este considerando segundo es casi igual al mismo considerando del acuerdo CG601/2009⁷, al que podemos considerar como el originario de esta serie de decisiones, pues fue en el que se fijaron por parte del INE las reglas sobre la propaganda político-gubernamental.

Así, puedo afirmar que el INE entiende que su competencia para autorizar campañas de publicidad gubernamental se encuentra vinculada a sus atribuciones en materia de radio y televisión, y que esto lo ha mantenido a lo largo de varios años.

4 Consultable en <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/118878/CGex202104-03-ap-1.pdf>, última consulta el 3 de abril de 2021, a las 19:28 hrs. Por CPEUM se entiende Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en el caso de LGIPE, se trata de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Tomo este acuerdo como base para la discusión, dado que es el emitido respecto del proceso electoral más reciente.

5 Visible en <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/114453/CGex202008-26-ap-15.pdf>, última visita el 3 de abril de 2021, a las 19:37 hrs.

6 Consultable en https://portalanterior.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2017/01_Enero/CGex201701-13/CGex201701-13-ap-3.pdf, visitado por última vez el 3 de abril de 2021, a las 19:40 hrs.

7 Visible en <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/86975/CGe-161209ap3.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, última consulta el 4 de abril de 2021, a las 14:59 hrs.

Esta interpretación le ha permitido a la autoridad electoral considerar improcedentes algunas solicitudes, dado que su difusión no se realizará mediante radio y televisión, como puede leerse en el acuerdo INE/CG334/2021 por referencia a peticiones como las del ayuntamiento de Ajalpan, Puebla⁸; de la Junta Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Mazatlán, Sinaloa⁹; de la Alcaldía Álvaro Obregón, Ciudad de México¹⁰, entre otras. Las consideraciones tienen que ver, por ejemplo, en el último caso, con que se trata de difusión en redes sociales, lo que sucede también en otras consultas atendidas en el acuerdo en cita.

Esta limitación que estima el INE me parece, puede ser cuestionada a partir de las siguientes estimaciones:

El criterio expresado en el acuerdo de 2017, que reguló el procedimiento de las consultas, es anterior a la expedición de la actual Ley General de Comunicación Social, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 2018, y que, dada su naturaleza de Ley General que distribuye competencias, debe considerarse que otorga una nueva facultad al INE. Al respecto, me parece aplicable la tesis Tesis: P./J. 5/2010, de rubro y texto siguientes:

LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES. Las leyes generales son normas expedidas por el Congreso de la Unión que distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, de ahí que no pretenden agotar la regulación de la materia respectiva, sino que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades puedan darse sus propias normas tomando en cuenta su realidad social. Por tanto, cumpliendo el mínimo normativo que marca la ley general, las leyes locales pueden tener su propio ámbito de regulación, poniendo mayor énfasis en determinados aspectos que sean preocupantes en una región específica. Si no fuera así, las leyes locales en las materias concurrentes no tendrían razón de ser, pues se limitarían a repetir lo establecido por el legislador federal, lo que resulta carente de sentido, pues se vaciaría el concepto mismo de concurrencia. En este sentido, las entidades federativas pueden aumentar las obligaciones o las prohibiciones que contiene una ley general, pero no reducirlas, pues ello haría nugatoria a ésta.

Las leyes generales, creadas a partir del artículo 73 de la Constitución nacional, implican que la distribución de competencias es afinada por el legislador ordinario, que puede precisar las actividades que le corresponden a cada órgano de gobierno (Barceló 2020, 43) Podemos considerarlas como *normas interpuestas* entre la Constitución y las leyes federales o locales, en cuanto que desarrollan los mandatos constitucionales

8 Vid. la página 81 del acuerdo en cita.

9 P. 95 del acuerdo en estudio.

10 P. 105 del mismo documento.

en los asuntos que, por decisión constituyente, quedaron abiertos (Díez-Picazo 1988, 56) para un sector de la doctrina, podría considerarse como una manifestación de las leyes orgánicas constitucionales¹¹, podría decirse que son similares a las leyes españolas que establecen competencias a favor de las comunidades (de Otto 2001 270)

Así, este texto normativo nacido en 2018 carece del carácter de norma federal, pues no regula competencias de dicho ámbito normativo, sino que es auténticamente una ley general, obligatoria en sus términos para autoridades de distintos órdenes.

En los acuerdos del INE a que he hecho referencia, no se cita la Ley General de Comunicación Social, y en consecuencia, no se estudia su carácter de norma general, que, conforme a la jurisprudencia transcrita, tiene como efecto distribuir competencias. Este estudio debe realizarse como parte de la motivación de los acuerdos, así como para definir la competencia del órgano que los dicta, porque la norma en cita otorga una atribución al INE, concretamente, a su Consejo General, respecto de procesos electorales federales, locales o concurrentes, en cuanto a la autorización de campañas de comunicación social.

Ahora bien, podría estimarse que este análisis resultaría innecesario, dado que el INE solo tiene competencias en materia de radio y televisión, así la conclusión sería la misma en tanto que sólo podría conceder o negar autorizaciones en materia de difusión en radio y televisión, tal como se desprende de los considerandos citados.

No comparto tal argumento, dado que se trata de cuestiones distintas. En el caso de la administración de radio y televisión, es una actividad distinta del control previo sobre la constitucionalidad, esto es, si en un principio la autorización que otorgaba o negaba el INE, antes de 2018, sólo podía anclarse legalmente de las facultades en materia de radio y televisión, posteriormente se amplió a cualquier campaña de comunicación social, en virtud de la nueva Ley.

Para sostener lo anterior, debe considerarse que el artículo 4° de la ley en análisis define como campañas de comunicación social, a aquellas que difunden el quehacer gubernamental, acciones o logros de los gobiernos, o que tienen por objetivo estimular acciones de la ciudadanía para acceder a algún beneficio o servicio público.

Por su parte, la propaganda gubernamental, que ya he definido en el apartado inmediato anterior, busca crear una imagen positiva de los gobiernos a través de la difusión de mensajes que influyan en la percepción y comportamiento públicos.

De esta forma, las campañas de comunicación social pueden considerarse como la instrumentación de la propaganda gubernamental; la expresión definida en mensajes

11 Este tipo de leyes, así como una propuesta para el caso mexicano se encuentra en SEPÚLVEDA, Ricardo, 2006. *Las leyes orgánicas constitucionales. El inicio de una nueva constitucionalidad en México*. México, Porrúa.

concretos, programados y con canales de difusión definidos, que tienen entre sus objetos presentar una visión favorable del actuar de un órgano de gobierno, vertiente que, como ya se ha dicho, no se permite en la etapa de campañas.

Así, si el Consejo General del INE consideró que podía intervenir en la regulación y autorización de propaganda gubernamental, desde 2009, con base en sus facultades de administración de los tiempos de radio y televisión, debió considerar también a partir de 2018, que esa intervención tenía una nueva fuente, y que se había extendido a cualquier campaña de comunicación social que pretendiera ejecutar un órgano de gobierno, en periodo de campañas, ya sean elecciones locales, federales o concurrentes; sin que obste que sea municipal, local o federal, de cualquiera de los tres poderes o un órgano constitucional autónomo.

Trataré de abordar otra objeción, que podríamos llamar *federalista*. Esta consiste en afirmar que el INE no puede ir más allá de la autorización o negativa en los casos de radio y televisión, dado que, para otras formas de difundir campañas de comunicación social, tratándose de elecciones locales, los competentes serían los organismos públicos electorales locales, OPLES.

Esta postura presenta como punto débil la propia naturaleza de una ley general, que adquiere tal adjetivo debido a que distribuye competencias, como ya se expuso.

Segunda. Se realiza a instancia de parte. Está vedado su ejercicio de oficio por parte del INE, lo que se sostiene de dos razones: primera, porque el Instituto no puede conocer todas las acciones de comunicación social que las autoridades tengan interés de sostener en época de campañas; segundo, porque dicha autoridad no tiene funciones censoras de los mensajes de particulares o autoridades, debiendo recordar que estamos analizando un mecanismo de control previo.

El acuerdo INE/CG03/2017, que como ya se mencionó, regula el procedimiento a seguir para desahogar las consultas, en todo momento habla de “solicitudes”, y establece una serie de requisitos y formatos que debe presentar la autoridad.

Recordemos algo. Como en principio la propaganda gubernamental en el periodo que analizamos está prohibida, quien debe demostrar que se encuentra entre los caos de excepción es la autoridad solicitante, para demostrar que no se trata de una campaña de comunicación inconstitucional.

Vinculado con este requisito de instancia de parte, la propia Sala Superior del TEP-JF ha sostenido, en la sentencia del expediente SUP-RAP-49/2020¹², que cuando resuelve una consulta sobre estos temas, el Consejo General del INE debe atender a los principios de congruencia y de seguridad jurídica; el primero en cuanto a que debe

12 Consultable en: https://www.te.gob.mx/EE/SUP/2020/RAP/49/SUP_2020_RAP_49-922180.pdf; última visita el 5 de abril de 2021, a las 13:48 hrs.

de actuar dentro del marco de sus facultades; y el segundo en tanto debe limitarse al conocimiento de lo planteado por los interesados, sin excederse a otros temas no planteados, así, solo se puede ocupar de las solicitudes de autorización presentadas por las partes, y no oficiosamente de otras.

Esto se desprende de la siguiente porción de la sentencia en cita:

79. Es así debido a que, a pesar de que fue la propia autoridad electoral la que instrumentó un mecanismo en el que, a través de la presentación de solicitudes, el Consejo General pudiera calificar, ex ante, la excepcionalidad de determinados programas de gobierno, y su posible difusión durante la etapa prohibida por el texto constitucional; fue a través de una de estas determinaciones de desahogo de consultas, como impuso una restricción a la difusión de un acto de gobierno, que no fue sometido a su consideración.

80. Es decir, no existió solicitud alguna que permitiera a la autoridad electoral el concluir, al desahogar las consultas que le fueron formuladas respecto de otros programas gubernamentales del ámbito federal, estatal y municipal; que los concesionarios debían abstenerse de transmitir de manera íntegra las conferencias matutinas del Presidente de la República.

81. De lo anterior, se concluye que el Consejo General inobservó el principio de congruencia externa y excedió la materia de consulta, porque los pronunciamientos sobre las conferencias matutinas del Titular del Ejecutivo Federal no encuentran soporte en las solicitudes formuladas por las dependencias gubernamentales.

82. Conviene precisar que, lo hasta aquí concluido, se constriñe a un análisis relativo a la falta de congruencia entre la naturaleza formal de la determinación dictada por la autoridad electoral nacional, y lo concluido por cuanto a la orden de abstención de las conferencias matutinas del Presidente de la República; análisis que en modo alguno califica la validez constitucional de ese, o algún otro acto de gobierno.

De lo transcrito resalta la afirmación de que este procedimiento de consulta es de naturaleza previa al acto solicitado, que es la difusión de la propaganda gubernamental.

Tercera. Su carácter es optativo, dado que permite la difusión de campañas de comunicación social cuyo contenido no se haya sometido a aprobación; aunque desde luego la actitud más recomendable para cualquier autoridad sea la de desahogar la consulta y así garantizar su apego a los principios y excepciones constitucionales.

Un ejemplo de lo anterior es cuando la solicitud se presenta de forma extemporánea. En el acuerdo INE/CG310/2020¹³, se ocupó el Consejo General del INE de la consulta realizada por la Coordinación de Comunicación Social del Senado de la República; en este asunto, al presentarse de forma extemporánea, la autoridad

13 Consultable en: <https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/114675/CGor202009-30-ap-32.pdf>, última visita el 4 de abril de 2021, a las 15:55 hrs.

omite autorizar o negar la autorización de la propaganda solicitada; esta decisión no es ni una negativa ni una autorización, y por tanto la solicitante puede ejecutar la campaña de comunicación, si considera que se encuadra en las excepciones constitucionales.

Cuarta: ausencia de litigio, por lo que el CG no realiza una función materialmente jurisdiccional. Un litigio es un conflicto en el que hay una pretensión y una resistencia, con relevancia jurídica y solución por medio de la aplicación del derecho (Alcalá 1991, 12), en este caso, existe una pretensión, materializada en la solicitud que presenta la instancia de gobierno en la que pretende se le autorice la difusión de una campaña de comunicación social, pero falta la resistencia, dado que no hay una parte legitimada para oponerse a la solicitud.

Dado que la jurisdicción es una función estatal para decidir un litigio (Alcalá 1992, 57-58) la consulta que estudiamos no es ejercicio de dicha facultad. En resumen, no hay litigio, no hay acción y tampoco hay jurisdicción.

Ahora, para facilitar el posterior estudio de esta figura, desde una perspectiva propia del procesalismo constitucional, presentaré un esquema a partir de los parámetros kelsenianos definidos en un apartado anterior:

Órgano de control	Objeto de control	Criterio de control	Procedimiento de control	Resultado de control
CG del INE.	Las solicitudes presentadas por las instancias de gobierno, para continuar con la difusión de propaganda político-gubernamental mediante campañas de comunicación social.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en particular su artículo 41; considerando la interpretación que realice el TEPJF.	A instancia de parte, mediante solicitud que se presenta ante el INE. No hay litigio.	Autorización o negativa para ejecutar la campaña de comunicación social.

Ahora bien, la decisión que tome el CG del INE puede ser apelada ante la SS, en aplicación del artículo 42, párrafo 1, de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, quien realiza una revisión de la regularidad jurídica (en su vertiente de constitucionalidad, no de legalidad) de la decisión tomada por la autoridad administrativa.

A diferencia de lo que sucede con la consulta, aquí sí estamos en presencia de un litigio, esto es, de una pretensión y una resistencia, así como de una función materialmente jurisdiccional. Las características expuestas se ilustran con el siguiente cuadro:

Órgano de control	Objeto de control	Criterio de control	Procedimiento de control	Resultado de control
SS del TEPJF.	El acuerdo dictado por el CG del INE respecto de las consultas realizadas para autorizar propaganda gubernamental.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en particular su artículo 41; considerando la interpretación que realice el TEPJF.	A instancia de parte, mediante el recurso de apelación.	Confirmación, revocación o modificación del acuerdo impugnado.

V. CONCLUSIONES

Nuestro modelo mexicano de comunicación política, complejo como es, busca mantener la equidad en la contienda y garantizar el voto libre. Para lograrlo, se ha construido un entramado que va desde los principios del voto y las reglas sobre propaganda gubernamental, hasta un procedimiento para conseguir una verificación previa de la constitucionalidad de la misma.

Si asumimos que el derecho procesal constitucional se ocupa de los instrumentos procesales que tienen por efecto proteger los principios y normas fundamentales (Ferrer 2014, 49), el procedimiento de consulta aquí estudiado es, sin duda, parte del mismo.

El procedimiento no jurisdiccional de consulta que desahoga el CG del INE en materia de propaganda gubernamental es, auténticamente, un ejemplo de control previo de constitucionalidad, situación que es necesario reconocer para proceder a estudiarlo conforme los cánones de dicha disciplina.

Las reglas en materia de propaganda gubernamental o comunicación social, entonces, son interpretadas en sede administrativa y jurisdiccional, y en este diálogo se van logrando la certeza en cuanto a lo que no se puede hacer, lo que se puede hacer y cómo debe realizarse.

Así, este mecanismo de control, que en una primera instancia desahoga el INE, es una garantía de los principios y las reglas constitucionales que impiden la actuación gubernamental, en época de campañas a favor o en contra de una propuesta política. Esa es la importancia de la figura en estudio.

Dicho lo anterior, cabe reflexionar sobre la manera en que el CG del INE ha entendido los límites de su competencia, pues como he presentado aquí, es posible considerar que se ha quedado corto al entender que se circunscribe solamente a los casos en que se use radio y televisión. Una comprensión más amplia, con base en los supuestos aquí

desarrollados, permitiría extender los efectos positivos del control previo, en beneficio del respeto a los principios y reglas constitucionales.

Como líneas para profundizar en este tema, a futuro es posible realizar un ejercicio de derecho comparado entre esta institución de la consulta, y otras existentes en diversos países. También puede realizarse un estudio de los criterios que ha sostenido el INE y la SS en cuanto a la interpretación de las excepciones a la restricción constitucional, entre otras líneas a seguir.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de revista.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 1991. *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto. 1992. *Estudios de Teoría General e Historia del proceso.* México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

BÁEZ, Carlos, GONZÁLEZ Oropeza, Manuel, y DEL ROSARIO Rodríguez, Marcos, 2019. “Medios de control constitucional en las entidades federativas. Clasificación y análisis de su naturaleza y estructura”. En *Reflexiones sobre la justicia constitucional local*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

BARCELÓ Rojas, Daniel, 2020. 2Razones y propuestas para reconstruir el Senado de la República como Cámara de representación territorial de los Estados Unidos Mexicanos”. En *Constitucionalismo y gobierno. El federalismo mexicano después de la transición*. RABELL García, Enrique, y SERNA DE LA GARZA, José María. México. Tirant lo Blanch.

CABALLERO Álvarez, Rafael (Coordinador) 2018. *El lenguaje de la democracia. Breviario de comunicación política*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

DE LA MATA Pizaña, Felipe, y COELLO Garcés, Clicerio. 2018. *Tratado de Derecho Electoral*. México. Tirant lo Blanch.

DE LA MATA Pizaña, Felipe, y COELLO Garcés, Clicerio, 2020. *Perspectivas del Derecho Electoral*. México. UBIJUS.

DE OTTO, Ignacio. 2001. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. España. Ariel.

DIEZ-PICAZO, José María 1988. “Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)” En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8. Número 24. Septiembre-diciembre 1988.

FERRER Mac-Gregor, Eduardo. 2014. *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*. México. Universidad Nacional Autónoma de México y Marcial Pons.

KELSEN, Hans, 2001. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)* Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, 2004. *Teoría de la Constitución*. Argentina. Astrea.

SEPÚLVEDA, Ricardo, 2006. *Las leyes orgánicas constitucionales. El inicio de una nueva constitucionalidad en México*. México, Porrúa.

Acuerdos del CG del INE.

CG601/2009

INE/CG03/2017

INE/CG235/2020

INE/CG310/2020

INE/CG334/2021

Jurisprudencias, tesis y sentencias.

Suprema Corte de Justicia de la Nación:

P./J. 51/2010

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación:

Jurisprudencia 18/2011

Tesis LXII/2016

Tesis XII/2017

Sentencia del expediente SUP-RAP-49/2020.

Textos normativos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Comunicación Social.

Ley Federal de Consulta Popular.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO EN EL COLAPSO DE LA LÍNEA 12

MARÍA ZARAGOZA SIGLER

SUMARIO: 1. HECHO. 2. NORMATIVIDAD. 3. ACTIVIDAD IRREGULAR. 4. DAÑO. 5. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO. BIBLIOGRAFÍA.

La responsabilidad patrimonial del Estado es la institución jurídica que prevalece en todo estado de derecho que tiene como finalidad proteger al ciudadano cuando el ente gubernamental lesiona sus intereses y derechos por un actuar irregular en el ejercicio de sus facultades legales.

De esta forma, la responsabilidad patrimonial del Estado lo obliga a responder de los daños causados a los particulares cuando éstos no tienen el deber jurídico de soportar dicha carga producida por un actividad irregular, extracontractual, objetiva y directa y que encuentra su fundamento constitucional en los artículos 1º párrafo 3 y 109, último párrafo, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para efectos de la reparación del daño por responsabilidad patrimonial del Estado es imprescindible que se reúnan ciertos requisitos: un hecho, una actividad irregular en relación con la normatividad vigente, un nexo causal entre dicha actividad y el hecho y que ello traiga como consecuencia un daño para un particular.¹

1. HECHO

El lunes 3 de mayo de 2021, a las 22:25 horas, se registró un colapso de una trabe en el viaducto elevado, entre las estaciones Tezonco y Olivos de la Línea 12 del Sistema de Transporte Colectivo Metro mientras un tren circulaba sobre la vía, muy cerca de la estación Olivos, ocasionando un espantoso accidente respecto del cual dos vagones del tren cayeron junto con la trabe construida sobre dos automóviles, que circulaban por la calle, dejando más de 105 personas heridas y 26 fallecidas.²

1 Hamdan Amad, Fauzi. Derecho Administrativo. Present. Luis María Aguilar Morales. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación-Escuela Libre de Derecho; 2015. p. 356. Lucero Espinosa, Manuel. Responsabilidad Patrimonial del Estado en el ámbito federal. Pról. Luis José Béjar Rivera. México: Espress; 2015. pp. 57 y 58.

2 “Accidente en la Línea 12 del Metro: se desploma estructura en la estación Olivos”. Periódico El Economista. Página de internet. 3 de mayo de 2021. 22:39 hrs. <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Dos-vagones-del-Metro-se-desplomaron-en-la-estacion-Olivos-de-Linea-12-por-colapso-de-vias-eleva->

Este hecho conmocionó a los habitantes de la Capital así como al país entero por las impactantes imágenes y, sobre todo, porque este tramo de viaducto elevado de la Línea 12 del metro ya había presentado, 7 años antes (en 2014), diversas anomalías que obligaron a un cierre de la línea durante casi 18 meses.

2. NORMATIVIDAD

De acuerdo con el artículo 2 del Estatuto Orgánico del Sistema de Transporte Colectivo³, es un organismo público descentralizado de la Administración Pública Paraestatal de la Ciudad de México.

Este organismo toma sus decisiones a través de un Consejo de Administración, que es su Órgano de Gobierno y está presidido por el Secretario de Movilidad de la Ciudad de México, y de una Dirección General, además de contar con un Consejo Consultivo.

De acuerdo con el artículo 10 del citado Estatuto, el Consejo de Administración tiene como facultades indelegables, aprobar los programas institucionales de acuerdo con lo establecido en las leyes aplicables, los planes y el presupuesto de la Entidad (fracción XVII) y, dictar los acuerdos y resoluciones que resulten necesarios para preservar la prestación del servicio (fracción XVIII).

Conforme el artículo 18 Bis, el Consejo de Administración cuenta con un órgano de consulta denominado Consejo Consultivo, quien opina sobre temas trascendentales que impacten directamente en el mejoramiento del servicio, en el mantenimiento a la infraestructura, equipos, instalaciones fijas y material rodante del Organismo; asimismo, en cuanto a la ampliación, modificación, construcción y proyección de la red de servicio del Sistema.

A su vez, el Consejo Consultivo se integra por Consejeros Permanentes entre quienes está la Presidenta Honoraria que es la Jefa de Gobierno de la Ciudad de México (artículo 18 Ter). De esta forma, el Consejo Consultivo viene a ser la instancia que vincula a la Jefatura de Gobierno con la toma de decisiones en el Organismo Público Descentralizado, dado que entre sus funciones previstas en el artículo 18 Quáter, fracción I, emite opinión sobre temas relacionados con el mejoramiento del servicio, **el mantenimiento a la infraestructura**, equipos, instalaciones fijas y material rodante del Organismo, así como de la ampliación, modificación, construcción y proyección de la red de servicio del STC.

El Sistema de Transporte Colectivo tiene una Dirección General cuyo titular es nombrado por la Jefatura de Gobierno y quien ostenta la representación legal del Organismo.

das-20210503-0161.html. Hospitalizados Metro. Resumen al 29 de junio de 2021. https://www.hospitalizadosmetro.cdmx.gob.mx/public/hospitalizados_metro.xhtml

3 Estatuto Orgánico del Sistema de Transporte Colectivo Metro. Gaceta Oficial de la Ciudad de México. 6 de julio de 2018. https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetitas/21d1b6a4b08c2890b-4833f810a836371.pdf

Esta Dirección General tiene a su cargo, entre otras facultades y obligaciones previstas en el artículo 21 del Estatuto, la conducción, organización, control y evaluación del Organismo (fracción I); formular los programas institucionales, el Programa Operativo Anual y los Presupuestos de Ingresos y Egresos del Organismo y las modificaciones que se hagan a los mismos y presentarlos ante el Consejo de Administración dentro de los plazos correspondientes, así como todos aquellos asuntos que sean de la competencia del mismo (fracción II); establecer los sistemas de control necesarios para alcanzar las metas y objetivos propuestos (fracción V); y establecer sistemas eficientes para la administración del personal, de los recursos financieros y de los bienes y servicios que aseguren la prestación de los servicios de la Entidad (fracción VI).

Asimismo, la Dirección General se auxilia en el desarrollo de sus funciones de las Subdirecciones Generales (artículo 22) entre las que se encuentra la Subdirección General de Mantenimiento (artículo 29).

De conformidad con el artículo 29 del Estatuto, la Subdirección General de Mantenimiento se ocupa, entre otras, de las facultades y obligaciones siguientes:

- I. Establecer y promover las políticas, lineamientos y directrices a los que deberán ajustarse el mantenimiento y conservación de las instalaciones fijas y el material rodante y todos aquellos mantenimientos y construcción que se contraten a través de obra pública y servicios relacionados con la misma, aplicables en los inmuebles e instalaciones que conforman la infraestructura operativa del Organismo, a fin de garantizar la continuidad del servicio que se presta a las personas usuarias;
- IV. Definir las políticas y lineamientos para verificar el cumplimiento de los programas de mantenimiento mayor a los equipos e instalaciones que conforman la infraestructura operativa del Organismo;
- IX. Instrumentar las políticas y estrategias para mejorar las condiciones de mantenimiento de la infraestructura operativa del Organismo;
- XV. Aprobar de acuerdo al Programa Operativo Anual y el presupuesto autorizado, el Programa relativo a los estudios, proyectos ejecutivos y la construcción de nuevas obras, de ampliación y el mantenimiento mayor de las existentes, así como de mantenimiento y conservación de la infraestructura operativa del Organismo.

Cabe mencionar que esta Subdirección General de Mantenimiento también es integrante del Consejo Consultivo anteriormente mencionado.

Sin embargo, en la actual administración se presentó la situación anómala en la que la actual Directora General, la C. Ing. Florencia Serranía consideró que no era necesario nombrar a una persona responsable de la Subdirección General de Mantenimiento, área que estuvo acéfala durante más de un año hasta el mismo día de los funestos

hechos acaecidos el 3 de mayo de 2021, por lo que antes de dicha fecha, la propia Directora General asumió las funciones y responsabilidades que dicha área conlleva, tal y como ella reconoció públicamente el pasado mes de enero de 2021.⁴

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que el último Programa Institucional del Sistema de Transporte Colectivo Metro corresponde al período 2013-2018, publicado en la Gaceta Oficial el 13 de junio de 2017⁵, por lo que a la fecha de los hechos, dicho Organismo Público Descentralizado no ha emitido un Programa actualizado bajo el cual operar de forma adecuada.

Sin embargo, el Programa Institucional publicado sí prevé que en el mantenimiento de la obra civil de la Línea 12 es necesario llevar a cabo la **“instrumentación topográfica y especializada, monitoreo sistemático para verificar el comportamiento del viaducto elevado, el tramo superficial, así como el análisis del comportamiento del tramo subterráneo con base en secciones de convergencia-divergencia; en el tramo comprendido desde la Estación Tláhuac hasta la Estación Mixcoac, incluyendo las colas de maniobra, así como las edificaciones de los talleres Tláhuac de la Línea 12 Tláhuac – Mixcoac del Sistema de Transporte Colectivo.”**⁶

3. ACTIVIDAD IRREGULAR

Dada la normatividad señalada, podemos identificar al menos las siguientes irregularidades:

- a) Falta de nombramiento de un responsable de la Subdirección general de Mantenimiento, lo cual conlleva a un deficiente servicio en un área estratégica que impacta de forma directa en la óptima prestación del servicio de transporte garantizando a los usuarios la máxima seguridad en el traslado y uso de las instalaciones.

Esta circunstancia se ha hecho evidente con los incidentes registrados anteriormente, entre los que destaca el incendio de la Estación de Comando Central en

-
- 4 López, Jonás. “Opera sin Subdirector de Mantenimiento” Periódico Excelsior. 10 enero 2021. Año CIV Tomo I, No 37748, Ciudad de México, Sección Comunidad p. 17. <https://cdn2.excelsior.com.mx/Periodico/flip-comunidad/10-01-2021/portada.pdf> González Alvarado, Rocío “No servía el sistema antiincendios donde estaba el cerebro” Periódico La Jornada. Domingo 10 de enero de 2021. Año 37. Número 13098. Ciudad De México. Sección Capital. <https://www.jornada.com.mx/2021/01/10/capital/024n-2cap> Sosa, Iván, Amallely Morales y Víctor Juárez “Asumió titular del STC área de Mantenimiento”. Periódico Reforma. Domingo 10 de enero de 2021 Año XXVIII, Número 9870. Sección Ciudad. p. 1. Jiménez, Adrián. “Nombra Metro a Subdirector de Mantenimiento” MVS Noticias. Jueves 29 de abril, 2021. 14:50 hrs. https://mvsnoticias.com/noticias/destacado_app/nombra-metro-a-subdirector-de-mantenimiento/
 - 5 Gaceta Oficial de la Ciudad de México. 13 de junio de 2017. pp. 65 a 196... https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/ce537d005f3e0a0f56c9811b67063bef.pdf
 - 6 Ibidem. p. 115.

enero de 2021 cuyo dictamen reflejó un origen en un corto circuito por falta de mantenimiento y obsolescencia de equipos.⁷

Esta deficiencia fue consentida por la Jefa de Gobierno en su carácter de Presidenta del Consejo Consultivo del STC, y la hace partícipe de esta omisión que reviste un papel trascendente en las decisiones del mantenimiento del metro, como ha quedado de manifiesto.

- b) Falta de elaboración y publicación de un Programa Institucional que permita al Organismo funcionar de forma adecuada y programada, omisión que le es atribuible no sólo a la Directora General, sino al Consejo de Administración y al propio Consejo Consultivo presidido por la Jefatura de Gobierno.

Esta irregularidad es trascendente dado que bajo el Programa Institucional se establece un diagnóstico de las condiciones bajo las cuales opera el Sistema de Transporte Colectivo, se identifican los problemas que enfrenta, cuáles de ellos son prioritarios para su atención y se delinea el plan de trabajo que garantice las mejores condiciones en la operación y la seguridad de los usuarios.

Este documento permite identificar los principales temas que deben atenderse, los recursos que deben aplicarse y el tiempo de ejecución de los trabajos a realizar, de ahí su importancia.

Consecuentemente, la omisión en la elaboración del Programa Institucional se tradujo en los lamentables hechos donde perdieron la vida 25 mexicanos y resultaron heridos más de 70.

Máxime que aún ante la falta de Programa Institucional, el inmediato anterior vigente para el periodo 2013-2018 sí señalaba de forma expresa y puntual la necesidad de llevar a cabo la instrumentación topográfica y especializada, monitoreo sistemático para verificar el comportamiento del viaducto elevado, el tramo superficial.

Omisión que se tradujo en una total negligencia para advertir el deterioro que presentaba la obra civil de la Línea 12 y que involucra la toma de decisiones en el seno del Consejo Consultivo, del Consejo de Administración Y de la Dirección General del Sistema de Transporte Colectivo metro.

- c) Deficiente o nulo mantenimiento a la infraestructura civil.

Durante la conferencia de prensa realizada el martes 4 de mayo de 2021 a las 12 horas,⁸ para informar sobre los trágicos sucesos del día anterior, la Directora

7 López, Jonás, op.cit. González Alvarado, Rocío, op.cit. Sosa, Iván, Amallely Morales y Víctor Juárez op.cit.

8 Conferencia de prensa del Gobierno de la CDMX, 4 de mayo de 2021. https://www.youtube.com/watch?v=t2kVb_3hHMc, a partir del minuto 09:48.

del Metro Ing. Florencia Serranía declaró que después de la clausura parcial de la Línea 12 del metro ocurrida en 2014 se recomendó realizar labores de supervisión, vigilancia y/o mantenimiento a la infraestructura civil de dicha línea por lo menos una vez al año, y de otro tipo periódicamente. A pregunta expresa respondió que la última revisión de la infraestructura de la línea se llevó a cabo en el mes de enero de 2020, es decir, 1 año y 4 meses antes del incidente, sin precisar en qué consistió esa revisión ni cuáles fueron los estudios practicados.

No se sabe si sólo se verificó la vía o si incluyeron el estado de vigas de soporte y las columnas que sostienen el viaducto elevado.

Esta falta de supervisión a la obra civil de la Línea 12 se traduce en una grave omisión y negligencia tanto de la Directora General con funciones de Subdirectora General de Mantenimiento, como del Consejo de Administración y del Consejo Consultivo.

Lo anterior es así, ya que era de su conocimiento las condiciones bajo las cuales operaba la Línea 12 y aun y cuando en el año 2020 se presentaron las condiciones extraordinarias de la pandemia por COVID-19, es de señalar que el Sistema de Transporte Colectivo continuó operando con regularidad y prestando el servicio por ser considerado una actividad esencial.⁹ En consecuencia, no hay razón ni motivo que justifique la falta de supervisión y mantenimiento a la obra civil de una Línea con antecedentes de falla en la correcta operación.

d) Falta de certificación de la obra.

La Línea 12 del metro fue inaugurada en el mes de octubre de 2012, sin embargo, la certificación que ostenta no contempla lo relativo a la obra civil, tal y como se encuentra reportado en el Informe que presentó la Comisión de Investigación de la VI Legislatura de la Asamblea Legislativa, emitido en el mes de abril de 2015.¹⁰

Consecuentemente, y atendiendo a dicho antecedente, era obligación de la Directora General en funciones de la Subdirección General de Mantenimiento lle-

9 Artículo Primero, incisos c) y e) del TERCER ACUERDO POR EL QUE SE DETERMINAN ACCIONES EXTRAORDINARIAS EN LA CIUDAD DE MÉXICO PARA ATENDER LA DECLARATORIA DE EMERGENCIA SANITARIA POR CAUSA DE FUERZA MAYOR, EN CONCORDANCIA CON EL ACUERDO DEL CONSEJO DE SALUBRIDAD GENERAL DEL GOBIERNO FEDERAL, CON EL PROPÓSITO DE EVITAR EL CONTAGIO Y PROPAGACIÓN DEL COVID-19. Gaceta Oficial de la Ciudad de México. 1º. de abril de 2021. https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/a7f4c9294e6fa92205c8c4249a6c3c60.pdf

10 Informe que presenta la Comisión de Investigación, para conocer las razones que originaron la suspensión temporal de servicio en once estaciones de la línea doce del Sistema Colectivo Metro. Comisión para la Investigación de la Línea 12 del Metro. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. VI Legislatura. Abril de 2015. pp. 80 a 88. <https://es.scribd.com/doc/261998218/Informe-Linea-12>

var a cabo una revisión total de las condiciones de la obra civil que prevalecían en la Línea 12, máxime si tomaba en cuenta las repercusiones que sobre la misma hubieran podido tener los sismos registrados en septiembre de 2017.

Esto se agrava, porque conforme la actual estructura orgánica del Sistema de Transporte Colectivo, la Directora General no solamente asumió las funciones de la Subdirección General de Mantenimiento, sino que también es la Coordinadora General del Consejo Consultivo que tiene una estrecha relación con la Jefatura de Gobierno de la Ciudad de México para tomar las decisiones más trascendentes que garanticen la seguridad de los usuarios y la operación del sistema bajo las mejores condiciones.

En consecuencia, la falta de certificación de la obra civil es una responsabilidad que comparte el Consejo Consultivo presidido por la Jefa de Gobierno de la Ciudad de México, el Consejo de Administración y la Directora General del Sistema de Transporte Colectivo.

e) Nexo causal.

Las omisiones y faltas al actuar legal a que estaban obligadas las autoridades del Sistema de Transporte Colectivo Metro en la operación de la Línea 12, trajeron como consecuencia que no pudieran detectar la inclinación o vencimiento que mostraba la trabe que colapsó el pasado lunes 3 de mayo de 2021.

Dicho deterioro fue percibido por usuarios y habitantes de la zona, tal y como consta en la evidencia fotográfica publicada en redes sociales desde hace varios años.¹¹

Si bien pudo haber una falta de denuncia ciudadana presentada formalmente ante el Sistema de Transporte Colectivo, ello no exime a las autoridades que lo encabezan de la obligación de supervisión y mantenimiento en la prestación del servicio público de transporte que llevan a cabo, conforme las diversas normas que los rigen.

Por lo cual, no es pretexto el que dichas fotografías no hubieren sido presentadas ante la autoridad competente.

Asimismo, la falta de una supervisión al menos durante más de un año de enero de 2020 a mayo de 2021, les impidió a los responsables percibir el deterioro que presentaba la obra civil de la Línea 12, lo que derivó en que nunca detectaran a

11 Hernández, Eduardo. “Vecinos temen colapso de la Línea 12 del Metro por sismo”. Periódico El Universal. 21 de septiembre de 2017. <https://www.eluniversal.com.mx/metropoli/cdmx/vecinos-temen-colapso-de-linea-12-del-metro-por-sismo>. Post en Facebook de Ciberpapelería Azul publicado el 12 de octubre de 2020. <https://www.facebook.com/Ciberpapeleriaazul/posts/1503541853189351>

tiempo el desgaste de soporte de dicha trabe con las trágicas consecuencias que hoy lamentamos.

4. DAÑO

Los daños ocasionados se pueden reseñar, al día de hoy, al menos, en los siguientes:

- a) El fallecimiento de 25 personas adultas y 1 menor de edad.
- b) Daños físicos y psicológicos en al menos 105 personas.
- c) Daño moral a las víctimas del accidente, incluyendo los familiares de los fallecidos.
- d) Daños materiales consistentes en la pérdida de pertenencias de los pasajeros, los automóviles dañados bajo los que cayó la obra y los vagones del metro, gastos realizados por los familiares de las víctimas en traslados para su localización, medicinas, atención médica y psicológica, obtención de prótesis, gastos funerarios y todo lo que este accidente conlleve.
- e) Asimismo, los daños materiales causados a los negocios por el tiempo que estuvieron cerrados por la clausura de la zona.

5. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA CIUDAD DE MÉXICO

La Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal¹² le es aplicable a la Jefatura de Gobierno como a sus dependencias y entidades, como resultan ser la Secretaría de Movilidad y el Sistema de Transporte Colectivo.

Dicha Ley, reconoce como actividad administrativa irregular aquella que cause daño a los bienes y derechos de los particulares, siempre que sea consecuencia del funcionamiento irregular de la actividad o servicios públicos, que no se haya cumplido con los estándares promedio de funcionamiento de la actividad o servicio público de que se trate y que exista la relación causa efecto entre el daño ocasionado y la acción administrativa irregular imputable a los entes públicos (artículo 3, fracción I).

Define al daño emergente como la pérdida o menoscabo en los bienes o derechos de los particulares, como consecuencia de la actividad administrativa irregular de los Entes Públicos, y señala que la Reparación comprende el lucro cesante, daño personal y daño moral; (artículo 3, fracciones VI y V, respectivamente).

12 Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal. Gaceta Oficial 21 de octubre de 2008. <https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/index.php/leyes/leyes/311-leyderesponsabilidadpatrimonialdel-distritofederal#ley-de-responsabilidad-patrimonial-del-distrito-federal>

De acuerdo con la ley, la indemnización del daño material deberá ser proporcional al causado, en tal contexto, cada víctima deberá presentar una estimación de los daños materiales sufridos para hacer la cuantificación correspondiente, como facturas de medicinas, gastos médicos, de rehabilitación, costo de la mochila y pertenencias perdidas, enseres de trabajo como herramienta, el valor de los automóviles, gastos de funeral, por mencionar algunos.

La indemnización por daño moral se encuentra limitada por la propia Ley a un monto máximo que no excederá del equivalente a 10,000 veces la Unidad de Cuenta de la Ciudad de México vigente, por cada reclamante afectado.

No obstante, cabe mencionar que por criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Tesis: 1a. CLIV/2009 publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Septiembre de 2009, página 454,¹³ señaló que establecer un tope máximo a la indemnización por daño moral es violatorio del entonces segundo párrafo del artículo 113 constitucional misma disposición que ahora se encuentra prevista en el último párrafo del artículo 109 constitucional.

Asimismo, debe tenerse presente que cuando acontece la muerte de un familiar directo o un daño físico en la persona, se presume que tal hecho trae aparejado el daño moral que sufre la persona.¹⁴

13 RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER UN TOPE MÁXIMO PARA LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑO MORAL, VIOLA EL ARTÍCULO 113 SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/166301>.

14 DAÑO MORAL EN EL CASO DEL FALLECIMIENTO DE UN HIJO. SE PRESUME RESPECTO DE LOS PARIENTES MÁS CERCANOS. Registro digital: 2006802. Instancia: Primera Sala. Décima Época. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CCXLII/2014 (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 445. Tipo: Aislada. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006802>. DAÑO MORAL. LO CONSTITUYE EL DOLOR FÍSICO PRODUCIDO POR UNA LESIÓN ORGÁNICA DERIVADA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA, BASTANDO ACREDITAR LA EXISTENCIA DE AMBAS PARA QUE PROCEDA LA ACCIÓN DE REPARACIÓN. Registro digital: 175977. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.533 C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII, Febrero de 2006, página 1795. Tipo: Aislada. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/175977>. DAÑO MORAL EN EL CASO DEL FALLECIMIENTO DE UN HIJO. SE PRESUME RESPECTO DE LOS PARIENTES MÁS CERCANOS. Registro digital: 2006802. Instancia: Primera Sala. Décima Época. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CCXLII/2014 (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 445. Tipo: Aislada. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006802>. DAÑO MORAL. LO CONSTITUYE EL DOLOR FÍSICO PRODUCIDO POR UNA LESIÓN ORGÁNICA DERIVADA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA, BASTANDO ACREDITAR LA EXISTENCIA DE AMBAS PARA QUE PROCEDA LA ACCIÓN DE REPARACIÓN. Registro digital: 175977. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.533 C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII, Febrero de 2006, página 1795. Tipo: Aislada. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/175977>.

Ante esta circunstancia, si hay heridos que con motivo del accidente ocurrido la noche del 3 de mayo de 2021 en la Línea 12 del metro, que hubieren perdido alguna extremidad, hubieren sufrido daños considerables como fracturas, traumas emocionales, lesiones a órganos, o los familiares que perdieron a un esposo, padre, madre, hijo, se entiende que han sufrido un daño moral que afecta sus emociones.

De igual manera, si la persona fallecida era el soporte económico de la familia, la indemnización deberá considerar el lucro cesante consistente en el ingreso económico que dicha persona llevaba al soporte del núcleo familiar.

Por último, para poder cuantificar la indemnización integral incluyendo el lucro cesante y el daño moral, podría tomarse de referencia la indemnización efectuada a las dos víctimas del socavón del libramiento de Cuernavaca, Morelos, mismas que oscilaron entre 30 y 35 millones de pesos por cada una de las víctimas.¹⁵

Todos estos recursos, deberán ser pagados con el presupuesto de la Jefatura de Gobierno, la Secretaría de Movilidad y el Sistema de Transporte Colectivo Metro a cada víctima del colapso de tren de la línea 12 del metro.

Cabe mencionar que el Sistema de Transporte Colectivo Metro cuenta con una póliza de seguro integral de daños que es válida cuando el origen del daño sea a consecuencia de las operaciones propias del Organismo, como lo fue el caso anteriormente narrado. Esta póliza se encuentra contratada con una empresa de seguros externa, conforme el proceso de adjudicación directa SAF-DGRMSG-AD-63-2020, para la contratación del Programa Integral de Aseguramiento de Bienes Patrimoniales y de Personas del Gobierno de la Ciudad de México, por medio del cual el Sistema de Transporte Colectivo tiene adjudicado un monto anual por el orden de \$298'406,896.56 (Doscientos noventa y ocho millones cuatrocientos seis mil ochocientos noventa y seis pesos 56/100 M.N).¹⁶

Consecuentemente, de ser insuficiente el seguro integral de daños, el resto de la indemnización deberá pagarse con los recursos presupuestales de las dependencias y entidades señaladas.

15 Martínez, César. "Indemnizan empresas a deudos por socavón." Periódico Reforma. 7 de septiembre de 2017.

<https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/articulo/default.aspx?id=1203981&md5=ada7c6e3b-9b7a307aa1dd48af8309000&ta=0dfdbac11765226904c16cb9ad1b2efe>

16 Oficio de la Secretaría de Administración y Finanzas del Gobierno de la Ciudad de México SAF-DGRMSG/2290/2020, del 31 de diciembre de 2020, adjudicación directa SAF-DGRMSG-AD-63-2020, para la contratación del Programa Integral de Aseguramiento de Bienes Patrimoniales y de Personas del Gobierno de la Ciudad de México. http://transparencia.finanzas.cdmx.gob.mx/repositorio/public/upload/repositorio/SIPOP2020/4TRIMESTRE/AD_2290_GMS.pdf. Sistema de Transporte Colectivo Metro. Información de la póliza del seguro integral de daños. <https://www.metro.cdmx.gob.mx/poliza-de-seguro>.

Esta responsabilidad patrimonial se tramita por vía administrativa, pero es independiente de las responsabilidades administrativas y penales que deban deslindarse en contra de los servidores públicos involucrados, entre los que pueden encontrarse por supuesto la Directora General del STC Florencia Serranía Soto, el Secretario de Movilidad Andrés Lajous Loaeza y la propia Jefa de Gobierno Dra. Claudia Sheimbaum Pardo.

Por último, es importante señalar, que aun y cuando el Sistema de Transporte Colectivo Metro tuviera contratada una empresa para llevar a cabo el mantenimiento de la Línea 12, habría que analizar si dicho mantenimiento sólo se refiere a la vía, lo cual no implica la obra civil, como la columna y la trabe, además de que ello no les deslinda de la responsabilidad de prestar el servicio público de transporte bajo las óptimas condiciones de seguridad, eficiencia y calidad, puesto que las facultades y obligaciones que las diversas normas les confieren son indelegables e intrasmisibles a una empresa externa.

Para concluir, cabe mencionar que aún y cuando se hubiere destituido de su cargo a la Directora del Metro, ello no la libera de la responsabilidad administrativa a que haya lugar y de la cual deberá responder conjuntamente con los otros servidores públicos que por acción u omisión comparten dicha responsabilidad.

Este ensayo se terminó de escribir el 29 de julio de 2021, por lo cual y en atención al desarrollo de los procedimientos administrativos y de investigación iniciados, es muy probable que en el futuro próximo, se hubieren dado o emitido resoluciones que no se pudieron prever al momento de la publicación del mismo.

BIBLIOGRAFÍA

“Accidente en la Línea 12 del Metro: se desploma estructura en la estación Olivos”. Periódico El Economista. Página de internet. 3 de mayo de 2021. 22:39 hrs. <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Dos-vagones-del-Metro-se-desploman-en-la-estacion-Olivos-de-Linea-12-por-colapso-de-vias-elevadas-20210503-0161.html>

Ciberpapelaría Azul. Post de Facebook. publicado el 12 de octubre de 2020. <https://www.facebook.com/Ciberpapelariaazul/posts/1503541853189351>

Conferencia de prensa del Gobierno de la Ciudad de México por el colapso de la Línea 12. Martes 4 de mayo de 2021. https://www.youtube.com/watch?v=t2kVb_3hHMc, a partir del minuto 09:48.

Comunicado de prensa. GMX Seguros. 5 de mayo de 2021. 6:39 pm. Twitter. <https://twitter.com/GMXSeguros/status/1390088729763749890/photo/1>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF 5 de febrero de 1917 y sus reformas. Estatuto Orgánico del Sistema de Transporte Colectivo

Gaceta Oficial de la Ciudad de México. 6 de noviembre de 2007 y 6 de julio de 2018.

https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/Noviembre07_06_206.pdf

https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/21d1b6a4b08c2890b-4833f810a836371.pdf

González Alvarado, Rocío “No servía el sistema antiincendios donde estaba el *cerebro*” *Periódico La Jornada*. Domingo 10 de enero de 2021. Año 37. Número 13098. Ciudad De México. Sección Capital. <https://www.jornada.com.mx/2021/01/10/capital/024n2cap>

Hamdan Amad, Fauzi. *Derecho Administrativo*. Present. Luis María Aguilar Morales. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación-Escuela Libre de Derecho; 2015. pp. 418

Hernández, Eduardo. “*Vecinos temen colapso de la Línea 12 del Metro por sismo*”. *Periódico El Universal*. 21 de septiembre de 2017. <https://www.eluniversal.com.mx/metropoli/cdmx/vecinos-temen-colapso-de-linea-12-del-metro-por-sismo>.

Hospitalizados Metro. Resumen al 29 de junio de 2021. https://www.hospitalizadosmetro.cdmx.gob.mx/public/hospitalizados_metro.xhtml

Informe que presenta la Comisión de Investigación, para conocer las razones que originaron la suspensión temporal de servicio en once estaciones de la línea doce del Sistema Colectivo Metro. Comisión para la Investigación de la Línea 12 del Metro. Asamblea Legislativa del Distrito Federal. VI Legislatura. Abril de 2015.

<https://es.scribd.com/doc/261998218/Informe-Linea-12>

Jiménez, Adrián. “Nombró Metro a Subdirector de Mantenimiento” *MVS Noticias*. Jueves 29 de abril, 2021. 14:50 hrs. https://mvsnoticias.com/noticias/destacado_app/nombra-metro-a-subdirector-de-mantenimiento/

Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal. *Gaceta Oficial* 21 de octubre de 2008. <https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/index.php/leyes/leyes/311-leyderesponsabilidadpatrimonialdeldistritofederal#ley-de-responsabilidad-patrimonial-del-distrito-federal>

López, Jonás. “*Opera sin Subdirector de Mantenimiento*” *Periódico Excelsior*. 10 enero 2021. Año CIV Tomo I, No 37748, Ciudad de México, Sección Comunidad pág. 17. <https://cdn2.excelsior.com.mx/Periodico/flip-comunidad/10-01-2021/portada.pdf>

Lucero Espinosa, Manuel. *Responsabilidad Patrimonial del Estado en el ámbito federal*. Pról. Luis José Béjar Rivera. México: *Espress*; 2015. pp. 198

Martínez, César. “*Indemnizan empresas a deudos por socavón*”. *Periódico Reforma*. 7 de septiembre de 2017.

<https://www.reforma.com/aplicacioneslibre/articulo/default.aspx?id=1203981&md5=ada7c6e3b9b7a307aa1dd48af8309000&ta=0dfdbac11765226904c16cb9ad1b2efe>

Oficio de la Secretaría de Administración y Finanzas del Gobierno de la Ciudad de México SAF-DGRMSG/2290/2020, del 31 de diciembre de 2020. http://transparencia.finanzas.cdmx.gob.mx/repositorio/public/upload/repositorio/SIPOT2020/4TRIMESTRE/AD_2290_GMS.pdf

Programa Institucional del Sistema de Transporte Colectivo. *Gaceta Oficial de la Ciudad de México*. 13 de junio de 2017. pp. 65 a 196... https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetas/ce537d005f3e0a0f56c9811b67063bef.pdf

Semanario Judicial de la Federación:

DAÑO MORAL EN EL CASO DEL FALLECIMIENTO DE UN HIJO. SE PRESUME RESPECTO DE LOS PARIENTES MÁS CERCANOS. Registro digital: 2006802. Instan-

cia: Primera Sala. Décima Época. Materia(s): Civil. Tesis: 1a. CCXLII/2014 (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 445. Tipo: Aislada. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006802>.

DAÑO MORAL. LO CONSTITUYE EL DOLOR FÍSICO PRODUCIDO POR UNA LESIÓN ORGÁNICA DERIVADA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA, BASTANDO ACREDITAR LA EXISTENCIA DE AMBAS PARA QUE PROCEDA LA ACCIÓN DE REPARACIÓN. Registro digital: 175977. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Materia(s): Civil. Tesis: I.3o.C.533 C. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII, Febrero de 2006, página 1795. Tipo: Aislada. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/175977>.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. EL ARTÍCULO 14, FRACCIÓN II, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL ESTABLECER UN TOPE MÁXIMO PARA LAS INDEMNIZACIONES POR DAÑO MORAL, VIOLA EL ARTÍCULO 113 SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA. Tesis: 1a. CLIV/2009 publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXX, Septiembre de 2009. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/166301>.

Sistema de Transporte Colectivo Metro. Información de la póliza del seguro integral de daños. <https://www.metro.cdmx.gob.mx/poliza-de-seguro>

Sosa, Iván, Amallely Morales y Víctor Juárez *“Asumió titular del STC área de Mantenimiento”*. Periódico Reforma. Domingo 10 de enero de 2021 Año XXVIII, Número 9870. Sección Ciudad. pág. 1

TERCER ACUERDO POR EL QUE SE DETERMINAN ACCIONES EXTRAORDINARIAS EN LA CIUDAD DE MÉXICO PARA ATENDER LA DECLARATORIA DE EMERGENCIA SANITARIA POR CAUSA DE FUERZA MAYOR, EN CONCORDANCIA CON EL ACUERDO DEL CONSEJO DE SALUBRIDAD GENERAL DEL GOBIERNO FEDERAL, CON EL PROPÓSITO DE EVITAR EL CONTAGIO Y PROPAGACIÓN DEL COVID-19. Gaceta Oficial de la Ciudad de México. 1º. de abril de 2021. https://data.consejeria.cdmx.gob.mx/portal_old/uploads/gacetitas/a7f4c9294e6fa92205c8c4249a6c3c60.pdf



RESEÑA ESCOLAR



**DISCURSO DEL JOVEN ALUMNO DE 5° AÑO, DIEGO MARTÍNEZ RÍOS,
PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD DE ALUMNAS Y ALUMNOS DE LA ESCUELA
LIBRE DE DERECHO, EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DEL
CURSO ESCOLAR 2021-2022 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, EL
DÍA 23 DE AGOSTO DE 2021**

Señor Rector Ricardo Antonio Silva Díaz, Señor Abogado Patricio Garza Bandala, Señor Licenciado Arturo Pueblita Fernández, Presidente del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Miembros Profesores y Profesoras de la Junta Directiva, Distinguidos Maestros y Maestras, Queridos Compañeros y Compañeras:

No hay duda de que estos últimos años han presentado complicaciones en todos los sentidos. Bajo circunstancias tan atípicas y difíciles como las de una pandemia y por primera vez en nuestra historia un ciclo escolar completamente remoto, marcado por la lejanía y el cansancio.

Nadie hubiera imaginado el cambio tan drástico y repentino que nuestras vidas experimentarían. El mundo entero se vio sumido en un proceso de incertidumbre en el que tan solo permaneció la certeza del cambio, nuestro país en uno de adversidad que hizo visible la necesidad de un compromiso social de cada una y cada uno para nuestra nación, y nuestra Escuela en un proceso de evolución.

Ciertamente fueron circunstancias extraordinarias, pero nuestra historia lo ha sido por igual y henos aquí 109 años, en los que no solo el honor y la disciplina han sido baluartes externados en la excelencia sino también la distinguida particularidad que nos hace ser la libre, la fraternidad. Estos años más que nunca esa característica esencial ha irradiado en nuestra comunidad, con la entrega de nuestros Maestros y Maestras y el esfuerzo de las Alumnas y los Alumnos para con nuestra Escuela Libre de Derecho y nuestra comunidad de vivos y muertos, permitiéndonos hoy, 23 de Agosto de 2021, inaugurar como es tradición desde 1912 un ciclo escolar más, rompiendo aquel falso augurio de que nuestra Escuela no duraría ni una sola temporada de lluvias.

Mando un afectuoso saludo a mis compañeros y compañeras que inician el desafiante y bello camino de abogado y abogada. No se olviden que la Escuela esta para servirles así como ustedes a ella, que en nuestra unión radica nuestra esencia y en sus sueños y luchas nuestra permanencia, que su formación en esta pequeña Escuela en la colonia Doctores de la Ciudad de México está destinada a un espíritu de servir, porque hoy más que nunca en una época de incertidumbre, la jurídica no se queda atrás, su país los necesita, necesita de su incansable esfuerzo, de sus conocimientos, de su visión y de su inteligencia. Porque recuerden al final de los días ¿Qué son nuestros problemas comparados con los de nosotros?

Hoy más que nunca nuestro propósito es una necesidad para nuestra sociedad, una que no solo clama buenas y buenos abogados, sino también buenas personas, y no sa-

ben cuánto orgullo y alegría me da decirles que esta su Escuela nos permite formarnos como tal. No defrauden lo que son capaces y están a destinados a ser.

En esta Inauguración del Ciclo Escolar 2021-2022 les digo:

A la generación de 1º, no olviden que la Escuela es suya, háganla suya.

A la generación de 2º, vayan por otro más, adelante siempre.

A la generación de 3º, ya están a la mitad, siempre sale.

A la generación de 4º, rendirse nunca es una opción.

A mi generación de 5º, ya mero.

A la comunidad estudiantil, no se permitan ser indiferentes ante los problemas de quienes nos rodean; siempre expresen su opinión y alcen la voz para defender aquello en lo que creen, nuestras vidas empiezan a terminar cuando nos quedamos callados en los temas que verdaderamente nos importan, y como estudiantes de una Escuela que trae en su propio nombre a uno de los valores más importantes del mundo, no olviden a la libertad. No hace falta buscar mucho para realizar que en estas épocas en el mundo hay mucho por mejorar y que siempre se necesitara de quienes auxilien a otros, de quienes hablen cuando el silencio sea la regla y de aquellos que aboguen por las causas más justas.

Por último quisiera citar las palabras de un destacado alumno de nuestra Escuela:

“La Escuela vive del desinterés y de la abnegación de sus profesores; del entusiasmo y de la devoción de sus alumnos. Por eso su enseñanza tiene como consecuencia en unos y en otros una profunda impregnación moral, cuya virtud esencial radica en el sentimiento de amistad.

En la Escuela Libre de Derecho salvo el respeto que los alumnos han tenido siempre para sus profesores, todos somos iguales.

De ahí, que su enseñanza sea un mutuo don porque tanto dan y reciben los profesores como los alumnos. De ahí la ininterrumpida corriente de simpatía que circula ampliamente por sus aulas...

Y al obrar así la Escuela no lo hace mirando sólo a sí misma. La Escuela se siente hecha por y para la patria mexicana.”

Casa construida sobre roca, del Maestro Manuel Herrera y Lasso.

A nadie sucede lo que por naturaleza no es apto para soportar. Así una alumna, un alumno logra convertirse en abogada y abogado, así una abogada, un abogado logra entregarse a su sociedad, a su país, y así la Escuela, nuestra Escuela Libre Derecho con el esfuerzo de sus Alumnas y Alumnos, Maestras y Maestros ha permanecido y permanecerá.

Muchas gracias a todas y todos.

DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ESCOLAR 2021-2022 DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO, POR LA MAESTRA DOÑA LIGIA CLAUDIA GONZÁLEZ LOZANO, PROFESORA DE LA ESCUELA Y VOCAL DE SU JUNTA DIRECTIVA, PRONUNCIADO EL DÍA 23 DE AGOSTO DE 2021.

“Que sea del agrado de vuestra más abundante gracia, nuestro benévolo y piadoso rey, dar a todos vuestros Comunes aquí reunidos vuestra más graciosa licencia y perdón, para que, libremente y sin temor de incurrir en vuestro temible desagrado, pueda cada uno descargar su conciencia, y declarar valientemente su parecer en cualquier asunto entre nosotros...y sea lo que diga, que vuestra noble Majestad, en razón de vuestra bondad inestimable, pueda aceptarlo todo con buena voluntad e interpretar las palabras de cada uno, por muy torpemente que vengan declaradas, como procedentes sin embargo de buen celo por la prosperidad de vuestro reino y el honor de vuestra real persona”.

De Tomás Moro, en su discurso a Enrique VIII, en su sabia y respetuosa argumentación sobre el parlamento, como una asamblea de personas de recta política y entendimiento, ganando así magistralmente un espacio para la libertad de pensamiento y expresión.

Buenos días a todos los presentes, miembros de la excepcional comunidad de la Escuela Libre de Derecho: distinguido e inigualable profesorado, representantes del honorable Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, valiosísimos colegas que integran el personal administrativo y académico de tiempo completo, honorable cuerpo directivo, y, sobre todo, muy estimados alumnas y alumnos.

Ante todo, deseo agradecer al señor Rector, Ricardo Antonio Silva Díaz, la invitación que tuvo a bien hacerme para dirigir estas palabras al inaugurarse el curso escolar 2021-2022, cediendo así el espacio que tradicionalmente ocupa quien está en la rectoría en turno, por lo que es para mí un honor y responsabilidad.

Si bien quiero y debo externar algunas ideas y reflexión sobre nuestra única e irreplicable institución, lo cual haré al final del presente; siempre, lo primero son las personas y la gratitud que debemos extender a quienes hacen de esta Escuela lo que es:

En primer lugar, gracias, maestros y maestras, porque hemos concluido exitosamente, sin demeritar calidad de la enseñanza y a pesar de los momentos difíciles de pandemia, el ciclo escolar 2020-2021 y estamos iniciando uno nuevo, con ideas, aprendizajes y amor a la enseñanza del Derecho. Ustedes son herederas, herederos, y reales portadores del mensaje que nos pidieron los fundadores: que lleváramos con la eficiencia de Mercurio, de generación en generación, aquella misiva que nos exhorta a no vacilar y no desfallecer, para seguir aportando al arte de la justicia y hacer crecer el pensamiento jurídico de México desde nuestras aulas. Gracias por adaptarse con valentía ante el caso fortuito a la comunidad Zoom de la Libre, que no por ser en pantalla plana con muchos cuadritos es menos comunidad.

Gracias también a todos y todas quienes, tras bambalinas, participan para que la Escuela opere en el día con día y por ello podamos brevemente dar a conocer a continuación en su nombre, solo algunos de los entregables relevantes que su trabajo hace florecer:

1. La Secretaria de Administración con Doña Renata Sandoval como líder de un incansable equipo, entre otras cosas, ha equipado los salones con tecnología para aprendizaje híbrido y presencial, cuidando en todo momento la seguridad y salud del alumnado, en el sistema híbrido además encontraremos más funcionalidades que han sido incorporadas. Asimismo, con el área de sistemas, se perfeccionó el sistema de admisión para escoger a los mejores talentos, privilegiando sobre los números, la calidad de los estudiantes. Finalmente, hay que agradecerle su esfuerzo para que los exámenes profesionales se hayan reanudado y con el consecuente beneficio de titulación para los egresados.
2. La Secretaria Académica, a través del equipo dirigido por Don José Manuel Villalpando, realizó por primera vez un programa de tutorías y seguimiento a alumnos con materias no acreditadas, en las que varios de los maestros y maestras participaron en la organización y ejecución, con enorme éxito y buenos resultados. Invito a que se adhieran maestros y alumnos a esta gran experiencia. En ese tenor, la Escuela, a través de la profesora Gabriela de la Mora, adicionalmente nos apoyará con el inicio del programa de seguimiento a alumnos de primer año. Asimismo, ha continuado con la publicación ininterrumpida de la revista de investigaciones jurídicas y, algo sustancial, se llevaron a cabo procesos de designación de cátedras, en la que se incorporan al ciclo que hoy inicia, 7 profesoras.
3. La Licenciada Gaby Tamayo, conozcanla por favor, prosecretaria académica, es gran puente con el alumnado, quien ha implementado para ustedes, alumnos entrantes, el programa de autorregulación para capacitar a estudiantes de primer grado y planear su año escolar, así como el programa de salud mental para el apoyo del alumnado y seguimiento de casos que requieren asistencia, sin perjuicio de que ella ha dinamizado la imagen institucional en redes, con información accesible.
4. La recién conformada Unidad de Atención a Quejas y Políticas de Inclusión consolidó la atención y seguimiento de casos por violencia y mejoró la cultura de inclusión, no discriminación y respeto, en el alumnado y la institución. La nueva titular, la maestra Brenda Cerro está acelerando los motores y sin duda continuará con el apoyo total e inmediato de las autoridades de nuestra casa de estudios –incluyendo el profesorado– en la labor de transformación de la Libre para que sea un lugar de cero tolerancia a la violencia y discriminación, pero también de progreso y evolución, en una sociedad que merece una Escuela Libre de Derecho realmente inclusiva, igualitaria, humana, que garantice la libertad y desarrollo pleno. Gracias a la propuesta de la Vocal Claudia Aguilar y apoyo

de la Junta Directiva, tenemos capacitación en estos temas fundamentales para toda la comunidad, la cual llegará a la esencia de nuestra cultura; falta un gran camino por recorrer y tenemos que corregir al andarlo, pero sin duda alguna, vamos avanzando.

5. El centro de Investigación con el Doctor Arturo Ramos al frente, ha diversificado la difusión de la Investigación y enseñanza con seminarios, diplomados y conferencias en derecho público y privado, con temas innovadores que están a disposición de todos, invito a que participemos y aprendamos de ellos. Un ejemplo es el convenio con la UNAM y el Instituto de Investigaciones Jurídicas por el cual tenemos la próxima semana un congreso en derecho civil que es altamente prometedor. Por otra parte, el centro de investigación compareció en cortes internacionales con argumentación jurídica sobre prisión preventiva, personas en condiciones de vulnerabilidad y reelección indefinida.
6. Nos congratulamos que, en posgrado, con Don Manuel Munive como director del programa de doctorado, ya tenemos los primeros cuatro doctores de la Escuela Libre de Derecho. Sus tesis son todas dignas de orgullo e indudablemente publicables a la vanguardia de la doctrina mexicana.
7. La secretaria de posgrado, con la maestra Cecilia Lizardi a cargo y haciendo equipo con el maestro Moisés Smeke, concluyó con los programas de educación continua a distancia, buscando innovar en la creación de nuevos temarios y con demanda de repetición de muchos de ellos.
8. Adicionalmente, se implementaron cursos en pedagogía, tecnología y género para capacitación de todos los que somos docentes.
9. La Junta Directiva con toda diligencia mantiene sus reuniones mensuales, sin embargo, de manera adicional, cada uno de sus integrantes tiene tareas específicas en diferentes comités, lo cual ayuda para que mantengamos foco y atención especial en aspectos que no son menores, en la complejidad de una institución como la nuestra. Agradezco profundamente a Don Fernando Cataño, a Don Álvaro Altamirano, a Doña Claudia Aguilar, a Don Juan Pablo Estrada y en especial a Don Ricardo Silva, nuestro Rector, porque hemos aprendido juntos, porque el trabajo y liderazgo e ideas de cada uno de nosotros y nuestro cariño demostrado, con el tiempo que invertimos de buena fe y con argumentos y debates, hace que todo el trabajo, día con día alimente el motor de la Libre. Gracias colegas de la Junta Directiva por sus enseñanzas.
10. Gracias a nuestros alumnos y alumnas, han sido resilientes, comprensivos, fundamentales en esta época de retos, estoy segura que no sin avatares que superar, gracias por poner su imaginación en las clases por zoom al darles tridimensionalidad virtual, gracias porque su actitud hace que todos los engranes sigan funcionando, todo esto es para ustedes y con ustedes y porque nos apasiona lo que hacemos.

11. Gracias a nuestros exalumnos y exalumnas, quienes están atentos, realizan donativos, contratan a nuestros alumnos, gracias por estar siempre presentes.

Lo anterior no pretende ser un informe de labores, es una muestra de agradecimiento a todos ustedes que lo hacen posible y porque la Libre sigue viviendo como siempre y durante los últimos 109 años.

Exhorto

Muy estimados todos, autoridades, colegas profesores, estudiantes, invitados, es indispensable, antes de la entrega de los premios que realzan y visten de orgullo a nuestra alma mater, hacer una invitación a la reflexión:

Tomás Moro en su mensaje a Enrique VIII defiende la libertad pidiendo apertura de pensamiento para que asuma el monarca, que el parlamento se compone de personas de buena fe, que en sus decires quieren el bien del reino y que, si las palabras erran en la exactitud de lo que se quiere externar, dichos yerros deben tomarse precisamente con buena voluntad, **es unidad en la diversidad**, es esencial y repito, **esencial** en el **ejercicio de la libertad y construcción de lealtad**, sentir que entre el monarca, el poderoso, el que dirige, y el parlamento o su equipo, en natural tensión de poderes, hay confianza, se escuchan y no se reprenden o insultan por, simplemente dialogar y decir lo que piensan. **La autocensura que nace del miedo y no de la prudencia, es la esclavitud de la mente, es la celda de las ideas, es la castración de la innovación y del cambio.**

Tampoco fomenta el germen de libertad que nos vio nacer, que nos pidamos unos a los otros que tomemos forzosamente un color único en nuestras ideas, por el contrario, el Derecho se convierte en arte cuando se saben reconocer, apreciar y respetar todos los tonos y colores que tiene la paleta de la argumentación, es injusto e incómodo que asumamos los falsos dilemas binarios. En cambio, es generoso y fructuoso reconocer que podemos, abiertamente, racionalmente y con el corazón, estar total o parcialmente de acuerdo o en desacuerdo con las tonalidades de las ideas de nuestros interlocutores, para con ello, escucharlos y llegar a las soluciones que nos regala la convergencia de la inteligencia.

La disertación, argumentación, divergencia o concordancia entre abogados, de la calidad y categoría de quienes conformamos la Libre, a todos los niveles y en cualquier ámbito, debe ser de la altura que nos pide esta inigualable y amada institución en tiempos de retos, porque esa **unidad dentro de la diversidad**, es uno de los fuertes valores de la Libre, uno de los que nos hermana, podemos sabernos diferentes y disentir, pero siempre respetarnos dentro de la concordia y grata cordialidad de sabernos unidos, porque compartimos la misma fe en la Justicia y en la Libertad.

Ya Emilio Rabasa lo propuso desde los días de nuestra fundación, allá en 1912: en la Libre, la tolerancia es uno de nuestros pilares, porque entre nosotros tienen cabida *“todas las maneras de pensar y todos los puntos de vista, a partir del respeto recíproco”*

y lo sintetizó un Rector años después, Gustavo R. Velasco, al decir enfáticamente que la Escuela Libre de Derecho es *“un centro de serena discusión y estudio, donde pueden encontrarse todos los pareceres y depurarse todas las ideas, menos las que nieguen su misión que es enseñar, su objeto que lo es el derecho o su ambiente que es la libertad, donde puedan concurrir todas las tendencias, dentro del respeto que recíprocamente nos tenemos y dentro de la convicción que abrigamos de que todos obramos de buena fe”*.

Y sí, es verdad, pues hace 109 años concurrieron a la fundación de la Libre abogados que provenían de todas las corrientes imperantes en aquel tiempo, tanto religiosas, como filosóficas y, por supuesto, políticas: los había católicos, libres pensadores o bien de origen judío; desde el punto de vista filosófico había por supuesto tomistas escolásticos como positivistas comteanos y hasta sus contradictores. En materia política, por supuesto había “científicos”, de la corriente política y filosófica que nutrió al porfirismo, pero también estaban quienes habían abandonado ese redil para ser “evolucionistas”; por supuesto, había porfiristas puros y había “maderistas”; figuraba entre ellos un Presidente interino de la República, así como el último Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los tiempos de don Porfirio Díaz, y hasta un antiguo colaborador del imperio de Maximiliano; había abogados que se habían dedicado solo a su profesión con éxito y hasta uno que, además de sus méritos profesionales, tenía fama de ser un consumado bohemio.

José María Gurría Urgell, profesor de antaño, señaló que la Libre debía enviar siempre un mensaje a la sociedad mexicana y a los abogados del país, porque en ella, siempre *“tenemos confianza en los ideales, y por ello, en ninguna otra institución puede enseñarse el derecho bajo principios más gratos”* ya que la Libre es la muestra evidente de que *“es posible edificar una obra humana y patriótica”* porque aquí, en nuestra Escuela, las abogadas y los abogados *“se forman para “ser hombres y mujeres, abogadas y abogados, regidos por el imperativo ético, el de la buena voluntad, conforme a los ideales más altos, tanto en el plano jurídico como en el filosófico y en el patriótico”*.

La Escuela Libre de Derecho tiene el llamado a ser protagonista del devenir jurídico en México, de nuestras aulas nacen ideas revolucionarias, cambios, jurisprudencias, soluciones para los ciudadanos. Ya desde 1917 el profesor Manuel Herrera y Lasso lo había advertido: *“la Escuela vive la vida de su tiempo y no puede desentenderse”*.

El disenso interno es posible, incluso deseable, no somos monolíticos, y estoy segura, como lo dijo Tomás Moro, que la disonancia es de buena fe dentro de nuestra comunidad, no pudiendo confiar cuando el desacuerdo externo es el que interfiere en la vida de nuestra escuela en tiempos revueltos, tenemos que tejer fino para que la prudencia de todos, nos permita hablar y no callar, criticar afinadamente las posiciones de otros, y ante el disenso, buscar las mejores, y muchas veces, las menos malas soluciones.

Manuel Maples Arce, decía con entusiasmo cuando hablaba de su *alma mater*: *“la Escuela Libre de Derecho había nacido de una rebeldía juvenil y formaban su cuerpo*

docente los más notables profesores del foro mexicano” y por ello, agregaba otro distinguido egresado, Enrique Torroella, la Escuela siempre fue una fuente de valor y de entereza porque en ella se respiraba una verdad: **“era necesario arriesgarse para que podamos tener un México libre y que valga la pena”** y eso es lo que se enseñaba en la Escuela Libre de Derecho. Por cierto: ellos dos, Maples y Torroella, eran compañeros de clase y amigos en la vida, pero eran, a la vez, opositores: uno libre pensador y servidor público, el otro sacerdote católico. Recuerdo muy bien la clase de Teoría del Estado de nuestro maestro Mauricio Oropeza y Segura, a quien recordamos de manera especial el día de hoy ante su reciente partida, en que, con el corazón nos hizo saber del país en que queríamos vivir, y no me queda duda que fue inspiración de muchachos que como Maples y Torroella defienden sus ideales en la lealtad y el respeto.

Viene a mi mente la leyenda de Dédalo e Ícaro para convertirla en metáfora para la Escuela: en la Libre buscamos salir del laberinto haciéndonos las alas de libertad unos a los otros, porque estamos en el mismo ejército en defensa de la ley, la justicia, la seguridad jurídica, los derechos humanos y nuestra patria; porque todos queremos ver que nuestros colegas y ciudadanos disfrutemos de ese paraíso de libertad y leyes; pero cuando finalmente y con mucho esfuerzo, alguno de nosotros prueba que la libertad es tan buena que es demasiado audaz y se arriesga con sus alas de cera y se acerca, solo, rápido, al sol, quizá los demás lo reprenderemos por los riesgos propios y ajenos, y quizá hasta caiga, pero no seremos nosotros quienes derretiremos sus alas para que colapse más rápido y nunca más vuele; por el contrario, quizá hasta le prestemos las propias para que siga adelante pero con sabiduría, y así todos saldremos juntos del laberinto. Nuestras quejas, críticas y réplicas son mejores cuando salen del cerebro y del corazón, no del estómago.

Nos invito, a que no seamos quienes cortemos o derretamos las alas de nuestros hermanos o de la Libre permanente e irremediabilmente con nuestros argumentos, las necesitamos, pero usadas en la prudencia. Tengamos sabiduría y grandeza para criticar lo decidido pero también para sacar lo mejor de lo resuelto, que la prudencia no sea una atadura sino una guía en el actuar, sabiendo también que la gloria debe buscarse para siempre, no solo para un minuto junto al sol.

Nuestra *alma mater* es mágica, sin duda aquí, con esa UNIÓN EN LA DIVERSIDAD podemos hacer la fusión de ideas a favor de nuestros valores, plasmados y enseñados desde la fundación, podemos unir las tradiciones con lo disruptivo y la modernidad, podemos responder a un país que urge y le urgen abogados con la buena ley como combustible para llevarnos al futuro con soluciones nuevas e inteligentes, pero siempre unidos, cual ejemplo de los caballeros de nuestra escuela que, en el proceso judicial más importante de la primera mitad del siglo XX, de los asesinos del presidente electo Álvaro Obregón, y que los agentes del ministerio público eran de la Libre; y los defensores de los acusados también eran de la Libre: la sociedad mexicana, independientemente de resultado del juicio, presenció un debate de altura, caballeroso, honrado, de alto nivel. Este suceso y sus efectos en el ánimo de los alumnos, maestros y egresados de la Libre, los describió magistralmente un joven que en esos momentos recibía su

título profesional en nuestra Escuela, Felipe Tena Ramírez, cuando recordaba que sus maestros en ella, “nos enseñaron a entender y a amar la tolerancia; de aquí salimos con la conciencia nueva de que la verdad nuestra puede convivir con la verdad ajena, sin abdicación, sin transacción siquiera, sino solo con mutuo e indeclinable respeto.”

Me permito también, traer a nuestra atención lo que acordamos el 19 de Octubre de 2005:

*La Junta General de Profesores reconoce que los valores que la sustentan, el orden, la disciplina y la dignidad de la Escuela Libre de Derecho seguirán siendo confiados al **honor de sus alumnos y de sus maestros**; y que la seriedad, el rigor y la exigencia han sido y seguirán siendo piezas fundamentales para dotar de calidad y excelencia a la formación de los alumnos de la institución.*

*Los actuales profesores reiteran su disposición, dedicación, empeño y constancia para lograr la mejor formación de los alumnos de la Escuela, y declaran que es indispensable mantenerse unidos como comunidad académica, para continuar alcanzando los fines de la institución. Reconocen que **la unidad es y ha sido una de las principales condiciones de la fortaleza institucional de la Escuela.***

Amigos, somos la escuela y casa de Manuel Herrera y Laso, de Emilio Rabasa, de Miguel Hernández Romo, de Laura Trigueros, de Fernando Vázquez Pando, de Fausto Rico, de Miguel Villoro Toranzo, de tres presidentes y varios gobernadores, de muchos ministros de la Suprema Corte, de una estirpe de notarios y notarias envidiable, de embajadores y representantes internacionales, jueces ilustres, árbitros y litigantes famosos, académicos, pero también de grandes abogados que todos los días ejercen la profesión discretamente y que son tan grandes como los anteriores, porque llevan los valores de nuestra Escuela en la piel y con ello dan ejemplo y ejercen dignamente la profesión: sí, tenemos junto con los juristas de México, la responsabilidad, el pasado el presente y el futuro del Derecho en cada una de nuestras áreas del ejercicio, por ello no olvidemos nuestro faro que nos dice: ***el derecho no puede verse influenciado por el favor, seducido por el poder ni adulterado por el favor pecuniario. Somos nosotros maestros los que prometemos con la mano en el corazón que: “Los infrascritos movidos de nuestra devoción a la ciencia jurídica y a la juventud estudiosa, y a nuestro amor a la patria mexicana, protestamos por nuestro honor, cumplir bien y lealmente el preinserto Estatuto así como los deberes del cargo de profesores que libremente hemos aceptado y del que sólo nos separaremos por causa grave, y hoy 24 de julio de 1912, declaramos constituida e inaugurada la Escuela Libre de Derecho, a cuya subsistencia y prosperidad consagraremos toda nuestra energía y todo nuestro esfuerzo.” Mantengamos nuestra unión, nuestros valores, apliquemos la prudencia y la libertad al servicio de nuestra escuela y la patria, sabemos y podemos salir adelante en cualquier adversidad, así nos enseñaron, no lo dudo que así será, gracias por ello muy apreciados y respetados maestros y directivos.***

Muy estimados alumnos y alumnas de primer ingreso, hoy son muy bienvenidos a la Escuela Libre de Derecho, les abrazamos con la excelencia y exigencia académica de la mejor institución; con el respeto, anhelos e ilusión que nos enseñaron nuestros funda-

dores, con el honor que está depositado en las manos de sus maestros y de ustedes, por lo que les exhorto a que sean plenos y felices en la libre, que aprendan y se apasionen como los que los precedemos, sean LIBREREALES, vivan la Libre, vivan libres y recuerden las 5 Ps: Prudencia, Paciencia, Pasión, Preparación y muy importante: Perdón.

Viva la Libre, muchas gracias

IN MEMORIAM

2020 – 2021

*En recuerdo a nuestros profesores que en estos años difíciles,
nos dejaron, pero a los que nunca olvidaremos.*



DON JUAN PABLO LÓPEZ LEDESMA (2020)

La ESCUELA LIBRE DE DERECHO, la casa común, nos abre sus puertas y en su interior, nos llena de amigos, experiencias y expectativas. Llegamos con nuestra solicitud de incorporación y, ya una vez en ella, nos vincula con afectos sólidos y recuerdos invaluable.

Cada uno de los años por los cuales he recorrido sus pasillos me ha traído gratas experiencias. Fue en el ciclo escolar 2001-2002 cuando un grupo de jóvenes cursaba el tercer año de carrera y, entonces, conocí en el aula a un joven respetuoso, atento y disciplinado: era Juan Pablo López Ledezma. En aquel salón de clases no podría imaginar cómo se gestaría un profundo sentimiento de camaradería entre profesor y alumno, acorde con la convicción de que, en la Libre, todos somos compañeros.

Le acompañaban entonces algunos de sus amigos, Anabel Jazmín González López, Elsa Guadalupe Hernández Castillo, María Isabel Reyes Servín, Alejandra Laura Mancera Hidalgo, Jordi Espeleta Pérez, Loretta Vázquez Ortiz, Edward Martín Regalado, entre otros que, al igual que Juan Pablo, se convirtieron en destacados abogados y abogados egresados de nuestra Escuela.

Nuestro compañero Juan Pablo López Ledezma, hijo del Abogado Don Jesús Rolando López Vázquez y de Doña María Ofelia Ledesma Hernández, tuvo también la presencia de sus hermanos Jesús y Arturo quienes, junto con sus amistades, rodearon todos a Juan Pablo en el transcurso de los años escolares de la férrea formación académica de la Libre. Años que gustaba en rememorar.

Tuve oportunidad de ser sinodal en su examen profesional, mostrando allí Juan Pablo, como sustentante, gran soltura en el conocimiento jurídico, reflejo de su sólida preparación académica.

Durante años, Juan Pablo me apoyó en la impartición de clases en diversos cursos, ya fuera en las materias de Derecho Civil Bienes, Derecho Fiscal, Derecho Civil Personas y Familia, y mostró siempre ser un sinodal equilibrado en su juicio. Con gran disposición y entrega para devolver a su *alma mater* parte de lo recibido, asumió con gusto el carácter de Profesor Suplente en la materia de Derecho Civil Sucesiones. Siempre apegado a su vocación académica.

En el año 2005, Juan Pablo, ingresó como colaborador al despacho notarial de cual soy titular en la Ciudad de México. Desde su incorporación se destacó por su responsabilidad, puntualidad y diligencia, misma que conservó durante más de 15 años de colaboración. Un abogado dispuesto a apoyar con sus conocimientos y experiencia a sus demás compañeros de trabajo, compartiendo y ejerciendo sus sólidos conocimientos como Aspirante a Notario. Sustentó sus exámenes de oposición con gran decoro

y empeño, nutriendo con su ejemplo de constancia a quienes con él compartieron la jornada diaria.

Un hombre respetuoso, amable, dispuesto al trabajo y siempre reservado que, sin ocultar su afecto por su *alma mater*, fue gustoso de convivir con alumnos, maestros y egresados de nuestra querida Libre. Un ser humano que deja un vacío profundo y sentido, a quien llevaremos en nuestros recuerdos y corazones.

Fernando Cataño Muro Sandoval

DON BENJAMÍN VIDARGAS ROJAS (2020)

Don Benjamín Vidargas Rojas, orgulloso originario de San Miguel de Allende, Guanajuato, egresó de la Escuela Libre de Derecho en 1981, institución a la que con mucho agradecimiento y cariño dedicó más de la mitad de su vida como docente, habiendo sido titular desde 1988 de la cátedra de Derecho Financiero (antes Derecho Monetario y Bancario) hasta su reciente y lamentable fallecimiento. Como catedrático en su querida Escuela Libre de Derecho será muy recordado por múltiples generaciones de alumnos, distinguiéndose como un maestro que, con gran conocimiento, claridad, jovialidad y sencillez, nos enseñó y condujo en las materias monetaria, bancaria y financiera en general. Somos muchos en los que fomentó la docencia tanto en instituciones de educación superior como en nuestros propios trabajos. Muchos profesionistas exitosos en el sistema financiero aprendieron del maestro Vidargas, cosa que lo llenaba de orgullo. Si no puedes explicar a un juez, autoridad, cliente o contraparte un tema en términos y conceptos simples –solía reprimir– entonces no dominas el tema.

Luego de completar su educación realizando postgrados en derecho económico y corporativo, derecho administrativo y derecho fiscal en la Universidad Panamericana la práctica profesional de nuestro querido maestro siempre se enfocó en el sector financiero, tanto como autoridad y funcionario en Banco de México y la Comisión Nacional Bancaria y de Valores como en diversas instituciones de banca múltiple y banca de desarrollo. Entre 1981 y 1992 se desempeñó como funcionario en la dirección de disposiciones de banca central del Banco de México, ocupando diversos cargos relacionados con disposiciones, autorizaciones, consultas y operaciones de la banca central hacia el sistema financiero, así como participando en la privatización bancaria y en la elaboración de la nueva regulación de intermediarios financieros bancarios y no bancarios, incluyendo la elaboración de la actual Ley de Instituciones de Crédito, la Ley para Regular a las Agrupaciones Financieras y otras disposiciones aplicables a intermediarios financieros. En 1992 ocupó el puesto de director jurídico corporativo de Confía, S.A., Institución de Banca Múltiple, puesto que desempeñó hasta 1998, cuando asumió el cargo de director jurídico para Asuntos Regulatorios y Contenciosos en Citibank México, S.A., Institución de Banca Múltiple. En 1995, a petición de las autoridades competentes, asumió el puesto de director general jurídico de Banca Cremi, S.A. Tras fungir como director jurídico y secretario del consejo directivo de Banco Nacional de Crédito Rural, S.N.C. durante 2001 se incorporó a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores asumiendo el cargo de Vicepresidente Jurídico, posición en la que laboró hasta 2008, siendo el responsable jurídico de la supervisión y regulación de una buena parte del sistema financiero del país. Posteriormente, en 2009 el Lic. Vidargas se reintegró al sector privado como Director Ejecutivo de Prevención y Control Institucional y Director General de Auditoría Interna del Grupo Financiero Banorte Ixe y a partir de 2013 en la práctica privada como consultor y asesor jurídico independiente. Es de resaltar su activa participación en el diseño e instrumentación de mecanismos y pro-

gramas de apoyo para afrontar distintos periodos de crisis, evitando la ruina de parte del sector empresarial, del público ahorrador y de clientes acreditados.

Comprometido con su querida Escuela y tras más de 32 años de docencia, nuestro maestro deja un hueco tanto en sus alumnos como en el claustro de profesores. Extrañaremos su presencia en los desayunos tras impartir clase, pero, tras el inevitable periodo de pena que nos embarga, lo haremos con una sonrisa recordando su alegre y fraternal manera de ser y llenos de agradecimiento por sus enseñanzas, consejos y amistad.

A pesar de sus responsabilidades laborales y del tiempo dedicado a su cátedra, su prioridad siempre fue la atención y cuidado de Norma, su querida esposa, y de sus hijos Benja, Max y Camila, quienes, siguiendo el ejemplo de su padre, se están abriendo paso como profesionistas en sus actividades.

Fabián Alejandro Guzmán.

DON CARLOS RAMÓN MUGGENBURG RODRÍGUEZ VIGIL (2020)

Carlos Muggenburg nace el 16 de agosto de 1951, siendo el sexto hijo de una familia de once hermanas y hermanos que recibieron una educación de mucho rigor, religiosidad, integridad y amor a la patria.

Esta educación hizo de mi papá un hombre que se formó a sí mismo en un esquema de absoluta coherencia, que vivió como pensaba y cuyos logros se debieron únicamente a su esfuerzo.

Hijo de padre abogado, decidió estudiar Derecho, como la Universidad Autónoma de México estaba en huelga, tomó la determinación de no perder el año e ingresar la Escuela Libre de Derecho que le habían recomendado, afortunada coincidencia, la Escuela le encantó, nunca se imaginó que esta decisión le traería una de las mayores satisfacciones de su vida.

Egresó de la carrera en 1976 siendo el alumno más brillante de su generación en la Escuela y en el país. Le fue otorgada la medalla que entregaba el presidente de la República en aquella época, sin embargo, no acudió a la entrega por no estar de acuerdo con el régimen presidencial del momento.

Recién egresado, le llamo el Lic. Luis Creel Luján para invitarlo al a trabajar a Creel Abogados, lo que le permitió desarrollar su extraordinaria carrera, paralelamente fue invitado por la Escuela a ser profesor de la misma, asumiendo el alto honor que esto representa para los egresados, impartió por dos años seminarios hasta que le fue asignada la materia de Introducción al Estudio del Derecho, cátedra que impartió ininterrumpidamente por más de cuarenta años. También en la Escuela, daba clases en la Maestría de Derecho Privado y por muchos años integró el Comité Editorial que presidió con absoluta rectitud en los últimos años.

Quizás no sea yo la persona indicada para hablar de mi papá en su calidad de maestro pues no fui su alumna, pero la abrumadora cantidad de mensajes de cariño que recibimos de sus alumnos nos reconforta y nos confirma que dejó una huella profunda en ellos.

“Escribimos la presente con la tristeza más profunda y el respeto que nos exige la situación en la que nos encontramos. El fin de la presente carta es pedir la conmemoración de nuestro Maestro Don. Carlos Muggenburg Rodríguez-Vigil en el salón de 1 B donde durante tantos años se dedicó a formar juristas de altura, cuidados de excelencia y dejando una marca indeleble en cada uno de sus alumnos. No fue solamente un abogado fuera de serie, sino que también fue muestra de la excelencia personal a la que todos debemos de aspirar” nos expresó su última generación de alumnos.

“Pocos docentes en mi vida he conocido que encarnen vigorosamente la lógica misma de la cátedra que imparten. Don Carlos Müggensburg se comportaba con la lógica y elegancia de los argumentos de Hans Kelsen y Eduardo García Máynez. En su trabajo por lo poco o mucho que me tocó verle, era disciplinado hasta rayar en lo espartano. Como padre y esposo el mejor testimonio son sus maravillosas hijas y esposa que le profesan gran cariño. Mención aparte merece su papel de abuelo, en el cual, al igual que Churchill, se entregó con singular alegría y pasión. Para mí, el año entero que disfruté de sus clases cada lunes, miércoles y viernes será siempre el paradigma del espíritu mismo de mi amada E.L.D. Él será siempre el maestro y abogado que admiro y me inspira a ser el mejor abogado y jurista posible. Viva siempre en mis recuerdos y cariños, Profs. Müggensburg”.- José Alberto Ontiveros Escalona.

Poca gente sabe que mi papá rechazó una oportunidad en Harvard por amor, pues mi mamá pensaba que un mes de noviazgo era muy poco para casarse; efectivamente, fue también un hombre profundamente familiar dedicado a su esposa, hijas y a sus cuatro nietos que cariñosamente lo llaman “Babbo”, siempre le dije que hacía muchas cosas bien, pero había nacido para ser abuelo.

Papá, no tenemos palabras para agradecerte el gran legado que le has dado a esta familia, sólo puedo decirte que dejas un gran vacío en todos los espacios que tocaste.

Hasta que volvamos a vernos..., te adoramos.

Mayra Müggensburg Camil

DON MAURICIO OROPEZA Y SEGURA (2021)

Para el foro jurídico en México y para toda la comunidad de la Escuela Libre de Derecho el fallecimiento del Licenciado Mauricio Oropeza y Segura es una pérdida irreparable; especialmente para aquellos que tuvimos el honor de ser sus alumnos y por ello fuimos testigos de su amplio dominio y conocimiento del Derecho y, más importante, de su inigualable calidad humana.

Egresó de la Escuela Libre de Derecho en el año de 1965 con la tesis *“El Derecho de Petición en México”*, el Maestro Oropeza –además de ser uno de los mejores abogados en nuestro país–, fue profesor de la Escuela por más de 50 años, impartiendo las materias de *Introducción al Estudio del Derecho*, *Teoría General del Estado* y *Seminario de Tesis*. El respeto, cariño y admiración que le tuvimos sus alumnos lo llevó a participar en más de 268 exámenes profesionales, la gran mayoría de ellos como Presidente del sínodo examinador. Ningún profesor en los 109 años de vida de la Escuela Libre de Derecho ha presidido o participado en más exámenes profesionales que el Maestro Oropeza y Segura. De ese tamaño es su legado.

Fue sucesor, en toda la extensión de la palabra, de nuestros ilustres fundadores y nos demostró que para él como abogado su prioridad absoluta siempre fue la Escuela y, por ello, al concluir cada examen profesional o cada ciclo escolar nos recordó que nuestra obligación como hijos de la Escuela Libre de Derecho es acudir a ella de manera desinteresada e inmediata cuando ésta nos lo requiera, cumpliendo cabalmente nuestra principios que disponen que *“El orden y la disciplina de la Escuela quedan confiados al honor de sus alumnos y de sus maestros”* y que *“Los servicios de los profesores serán necesaria e invariablemente gratuitos y personalísimos”*.

Pero lo que más vamos a recordar y extrañar sus alumnos es al Maestro Oropeza como el ser humano extraordinario e inigualable que fue, al hombre bueno, culto, sabio, justo, espontáneo, caballeroso y de ideas y convicciones claras y definidas, que nos enseñó que lo más importante en la vida es la familia. Siempre nos platicó sobre su esposa, abogada egresada de la Escuela, sus hijos –su hijo Mauricio es también egresado de la Escuela y fue Vocal de la Junta Directiva de la misma– y, sobre todo, nos contó sus aventuras con sus adorados nietos y de lo orgullosos que estaba de todos ellos. Para su familia, mi más sentido pésame por el sensible fallecimiento del Maestro.

Con la partida del Licenciado Mauricio Oropeza y Segura se ha ido un hombre íntegro, un estupendo abogado, profesor y amigo. Todos los que tuvimos la oportunidad de estar cerca de él, jamás lo vamos a olvidar y nos encargaremos que su legado sea recordado en todo momento.

Como abogado y miembro de la comunidad de la Escuela Libre de Derecho, no tengo palabras para agradecerle todo lo que hizo por la justicia en nuestro país y por nuestra Escuela. ¡Hasta siempre querido Maestro! Descanse en paz.

Mauricio J. Becerra Becerril

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







