Escuela Libre de Derecho

Revista de Investigaciones Jurídicas

47

México, 2023

tirant lo blanch

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
FUNDADA EN
1912

Escuela Libre de Derecho

Revista de Investigaciones Jurídicas

47

México, 2023

tirant lo blanch

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
FUNDADA EN
1912

REVISTA DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

RECTOR

Don Emilio González de Castilla del Valle

JUNTA DIRECTIVA

Don José Luis Izunza Espinosa
Don Fernando Cataño Muro Sandoval
Don Juan Pablo Estrada Michel
Doña Gabriela de la Mora Galván
Don Mario Héctor Blancas Vargas

SECRETARIOS

Don José Manuel Villalpando
Secretario Académico

Doña Renata Sandoval Sánchez
Secretaria de Administración

Doña Cecilia Lizardi Tort
Secretaria de Posgrado

Don Arturo Ramos Sobarzo
Director del Centro de Investigaciones Jurídicas

Don Manuel Alexandro Munive Páez
Director de Doctorado

COMITÉ EDITORIAL

Don Juan Pablo Estrada Michel
Director

Don Francisco de Icaza Dufour
Director Honorario

Doña Lizbeth América Cedillo Valderrama
Don Rodolfo Gómez Alcalá
Don Rafael Estrada Michel
Don Pablo Francisco Muñoz Díaz
Don Arturo Ramos Sobarzo
Don José Manuel Villalpando

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
© 2023. Derechos reservados conforme a la ley

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
Dr. Vértiz Número 12, Colonia Doctores
Alcaldía Cuauhtémoc, Ciudad de México, C.P. 06720

Los textos aquí publicados son de la responsabilidad exclusiva de cada autor y no representan la opinión de la Escuela Libre de Derecho.

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

SOBRE LA SENTENCIA TZOMPAXTLE TECPILE Y OTROS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS VS MÉXICO: APUNTES INCÓMODOS 11
Mario I. Álvarez Ledesma

EL ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA COMO DERECHO HUMANO 45
Eugenia Paola Carmona Díaz de León

LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO Y LA FALTA DE PONDERACIÓN EN LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL..... 65
Gregorio D. Castillo Porras
Rosa María Rivas Rangel

INCONVENCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA 97
Karen Alejandra Castro Vargas

¿PREVALENCIA DE LA VOLUNTAD DEL PODER CONSTITUYENTE SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS? UN ANÁLISIS ACERCA DE LA NECESIDAD DE EJERCER UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL 123
Anette Chara Tanus

A LA CONQUISTA DEL DERECHO. LAS PRIMERAS ALUMNAS Y ABOGADAS EN LA CIUDAD DE MÉXICO, 1892-1926 145
Jessica Colín Martínez

JUZGADO INDÍGENA DE HUEHUETLA. EL SENTIDO PROFUNDO DEL DERECHO, COMO PRUDENCIA Y EQUIDAD..... 167
Jesús Antonio de la Torre Rangel

GUSTAVO R. VELASCO Y LA DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL NACIONAL DE DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO. 185
Miguel Ángel Fernández Delgado

REPLANTEANDO EL DERECHO PATRIMONIAL PARA LA PROTECCIÓN ARTESANAL..... 223
Manuel Fernández Morales

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y REGULACIÓN DEL DESPIDO EN ESPAÑA..... 241
José María Goerlich Peset

ARBITRAJE FAMILIAR 259
Francisco González de Cossí*

CRIMEN DE INJURIAS A LA CASA IMPERIAL EN LA EDAD JULIO-CLAUDIA. 283
Yuri González Roldán

CONTRATO. UNA ENTRADA PARA UN DICCIONARIO DE LA MODERNIDAD. 309
Andrea Landi

LA COMPRAVENTA CON RESERVA DE DOMINIO EN MÉXICO 321
Guillermo Loaiza Gómez

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES 347
Erick Mena Moreno

PLAZOS EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: CARGA DE LA AUTORIDAD Y DERECHO DE LOS PROBABLES RESPONSABLES 367
Gilberto Nava Hernández

EL ARTÍCULO 124. LA DISTRIBUCIÓN RESIDUAL DE COMPETENCIAS EN EL FEDERALISMO MEXICANO 385
Dr. Sergio Charbel Olvera Rangel

NUEVAS TRANSACCIONES COMERCIALES Y EL PROBLEMA DE SU ENCUADRAMIENTO JURÍDICO: EL EJEMPLO DEL PRÉSTAMO MARÍTIMO EN DERECHO ROMANO 407
Aldo Petrucci

EL *PLAN B* A REVISIÓN: LAS (IN)CONSTITUCIONALIDADES PENDIENTES DE UNA REFORMA ELECTORAL FALLIDA (2022-2023) 425
Arturo Ramos Sobarzo
Arturo Camacho Loza

FRANCISCO XAVIER CLAVIGERO, S.J. EN LA TRADICIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 469
Alejandro Rosillo Martínez

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA POLÍTICA CONSTITUCIONAL.. 491
Ricardo J. Sepúlveda Iguíniz

PEDRO RUANO, UN JURISTA DEL ESTADO DE MÉXICO PARA LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX 515
Mario A. Téllez G*

DEMOCRACIA(S) EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA 533
Dr. Luis Octavio Vado Grajales

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD RESPECTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE 553
Emilio Vargas Chávez

LOS CUIDADOS PALIATIVOS COMO DERECHO HUMANO 573
Fernando Villaseñor Rodríguez

PALABRAS INAUGURALES. MAESTRÍAS EN DERECHO DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO 597
Juan Luis González Alcántara Carrancá

MENSAJE CON MOTIVO DE LA CEREMONIA DE DESPEDIDA POR LA CONCLUSIÓN DEL ENCARGO DEL DR. JUAN MANUEL JIMÉNEZ ILLESCAS, MAGISTRADO 2008-2023 599

SOBRE LA SENTENCIA TZOMPAXTLE TECPILE Y OTROS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS VS MÉXICO: APUNTES INCÓMODOS

Mario I. Álvarez Ledesma*

SUMARIO: 0. ALGO MÁS QUE UNA INTRODUCCIÓN. 1. DE LA PECULIAR INCORPORACIÓN DE MÉXICO AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. 2. HECHOS Y VULNERACIONES A DERECHOS HUMANOS NO CONTROVERTIDAS POR EL ESTADO MEXICAN. 2.1. Información general del caso. 2.2. Reconocimiento de responsabilidad parcial por parte del Estado mexicano. 3. TESIS PRINCIPALES. 3.1. Libertad personal y el derecho a la presunción de inocencia. 3.2. Incompatibilidad del arraigo en relación con la CADH. 3.3. Sobre la prisión preventiva. 4. PUNTOS RESOLUTIVOS. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. FUENTES DE CONSULTA.

0. ALGO MÁS QUE UNA INTRODUCCIÓN

En las siguientes páginas me propongo realizar algunos apuntes acerca del significado, alcances y probables repercusiones de la sentencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó en contra de Estado mexicano en el **caso Tzompaxtle Tecpile y otros** el **7 de noviembre de 2022**, y que le fue notificada formalmente el **27 de enero de este año**.[1]

Huelga decir que es múltiple la importancia de esta sentencia. En lo general, porque México se presenta ante el mundo como una democracia constitucional garantista que, se supone, *ha adoptado como su principal paradigma o criterio de justicia y legitimidad política los derechos humanos*; en forma cabal, desde 2011, con la reforma al título y capítulo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).[2] En lo particular, esta sentencia es también importante para la comunidad tanto jurídica como política mexicana. Comunidad que, en su mayoría, sigue cami-

* Profesor-investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho y profesor permanente-externo de la *Università degli Studi di Perugia, Italia*. Investigador Nacional (SNI).

1 Caso Tzompaxtle Tecpile y Otros vs. México Sentencia de 7 de noviembre de 2022. Resumen Oficial emitido por la Corte Interamericana, en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_470_esp.pdf

2 Sobre los alcances de esta reforma constitucional puede verse: Álvarez Ledesma, Mario I., "Apuntes al artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos producto de la reforma en derechos humanos del 2011", en *La Constitución mexicana de 2017, Cien años después*, (Vicente Fernández Fernández *et al.*, coordinadores), Porrúa, México, 2017.

nando, increíblemente, de espaldas o de plano ignorando este tipo de resoluciones internacionales, las cuales han tenido y tienen infinidad de consecuencias trascendentes dada la referida doble naturaleza que los derechos humanos exudan: jurídico-política. Esas consecuencias están vinculadas con el estándar de normalidad constitucional del Estado de Derecho mexicano en materia de derechos humanos al **sentenciarse como injustas e ilegítimas** (léase, en clave de Derecho Internacional, también **inconvencionales**) dos figuras jurídicas enquistadas todavía en el actual sistema de justicia penal —supuestamente contradictorio y garantista instaurado en 2008. Figuras que son abiertamente contrarias a la naturaleza de ese sistema penal, a saber: el **arraigo** y la **prisión preventiva**, aunque los efectos extensivos de la sentencia alcanzan por igual, según se verá, a la **prisión preventiva oficiosa**.

Efectivamente, el arraigo y la prisión preventiva oficiosa constituyen el resabio y el resultado:

Primero, de un sistema penal inquisitivo superado en algunos aspectos sólo formalmente y de una mal entendida lucha en contra la delincuencia organizada que llevó, el 8 de junio de **2008**, **a consagrar el arraigo en el párrafo octavo del artículo 16 de la CPEUM**.[3]

Segundo, **de una cuasi-inexistente política criminal del Estado mexicano** (me resisto a pensar que esa política sea "abrazos y no balazos", salvo de cara al pueblo bueno) que, en 2008, adoptó, vía una mala planeación y peor implementación, **el actual sistema de justicia penal que aplica el arraigo y la prisión preventiva, y en particular la prisión preventiva oficiosa, para atenuar su ineficiencia,** la cual es directamente proporcional a la justicia que procura.

Resulta menester precisar que la sentencia de la Corte IDH objeto de análisis, **se ocupa de la aplicación del arraigo y la prisión preventiva al caso concreto según estaba regulada por el marco normativo mexicano vigente al momento de sucedidos los hechos motivo de la misma,** es decir, **2006**. Esa normativa es, en la especie, la siguiente:

---

3 El **artículo 16** de la CPEUM fue reformado en los años 2008 y 2019. Su redacción actual en la parte conducente al arraigo es la siguiente:
"(...)
La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días".

Por lo que hace al **arraigo**, los **artículos 133 bis del Código Federal Procesal Penal de 1999** y **12 la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996**.[4]

---

4 El **artículo 133 bis** del **Código Federal Procesal Penal de 1999** establecía que:
"La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.
El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica. Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse".
El **artículo 12** de la **Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996** establecía que:
"El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo".
Luego de sucedidos los hechos motivo de esta sentencia, la anterior normativa fue **reformada** para quedar en los términos siguientes:
Artículo 133 bis del **Código Federal Penal**:
"La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido".
Artículo 12 de la **Ley Federal contra la Delincuencia Organizada**:
"El Juez de control podrá decretar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público de la Federación, tratándose de los delitos previstos en esta Ley, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia.
El arraigo no podrá exceder de cuarenta días, y se realizará con la vigilancia de la autoridad del agente del Ministerio Público de la Federación y la Policía que se encuentre bajo su conducción y mando inmediato en la investigación.
La duración del arraigo podrá prolongarse siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin que su duración total exceda de ochenta días."
El año 2016 este artículo fue de nueva cuenta reformado, adicionándosele lo siguiente:
"Artículo 12 Bis.—La petición de arraigo o su ampliación deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del agente del Ministerio Público de la Federación, en un plazo que no exceda de las seis horas siguientes a que se haya recibido.
En la solicitud, se deberán expresar las modalidades de lugar, tiempo, forma, así como las autoridades que lo ejecutarán.
Artículo 12 Ter.—La resolución judicial que ordena el arraigo deberá contener cuando menos:
I. El nombre y cargo del Juez de control que lo autoriza y la identificación del proceso en el cual se ordena;
II. Los datos de identificación de la persona que estará sujeta a la medida de arraigo;

Por lo que hace a la **prisión preventiva**, el **artículo 16 de la CPEUM** y los **artículos 161 y 168 del Código Federal Procesal Penal de 1999**.[5]

III. Hechos que la ley señale como delitos, por los cuales se realiza la investigación;
IV. El motivo del arraigo, debiendo especificar si es necesario para el éxito de la investigación, para la protección de personas, de bienes jurídicos, o si existe riesgo fundado de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia;
V. El día, la hora y lugar en que iniciará la ejecución de la medida de arraigo, y
VI. Las autoridades que realizarán la ejecución del arraigo.
Si la resolución se emite o registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutivos de la orden de arraigo deberán transcribirse y entregarse al agente del Ministerio Público de la Federación.
Artículo 12 Quáter.—En caso de que el Juez de control niegue la orden de arraigo o su ampliación, el agente del Ministerio Público de la Federación, podrá subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden.
La negativa a la solicitud o ampliación de arraigo admite la apelación, la cual debe ser resuelta en un plazo no mayor de doce horas contadas a partir de que se interponga".

5 **Artículo 16 de la CPEUM** vigente al momento de los hechos motivo de la sentencia:
"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querella de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.
La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.
En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.
Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.
En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.
Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.
En toda orden de cateo, que solo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose, en el acto de concluirla, un acta circunstanciada en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia (...)."
El **artículo 161** del **Código Federal Procesal Penal de 1999** establecía que:
"Dentro de las setenta y dos horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez, se dictará el auto de formal prisión cuando de lo actuado aparezcan acreditados los siguientes requisitos: I. Que se haya tomado declaración preparatoria del inculpado, en la forma y con los requisitos que establece el capítulo anterior, o bien que conste en el expediente que aquél se rehusó a declarar; II. Que esté comprobado el cuerpo del delito que tenga señalado sanción privativa de libertad; III. Que en relación a la fracción anterior esté demostrada la probable responsabilidad del inculpado, y IV. Que no esté plenamente comprobada a favor del inculpado alguna circunstancia eximente de responsabilidad, o que extinga la acción penal.

Resulta de la mayor relevancia apuntar, por lo que hace a la **prisión preventiva oficiosa**, que ésta, por el modo en que se encuentra actualmente regulada en el párrafo octavo del **artículo 19 de la CPEUM**, refleja el temor de adoptarla, según debe ser, *únicamente como una medida cautelar, conforme su naturaleza exige, sujeta a la evacuación judicial de cada caso*. Asumir esta ortodoxia, se pensó, daría la impresión de que nuestro sistema de supuesta impartición de justicia aparecería como demasiado suave y garantista ante la apabullante delincuencia y violencia que asola a México todos los días. Se prefirió, entonces, dejarla incómodamente consagrada constitucionalmente para ser aplicada *ex officio* (es decir, obligatoria o automáticamente por el juez penal) *en relación con una lista de delitos que*, según el amplísimo criterio del constituyente, *de suyo la merecían en virtud de su ínsita gravedad*. Increíble argumento este que, por sí mismo, es inequívoca muestra del desconocimiento de la teleología que la prisión preventiva posee en tanto medida cautelar que ha de dictarse, *in extremis*, **para asegurar** —y no para otra cosa— **que el procedimiento penal se lleve efectivamente a cabo y evitar que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia, produciéndose impunidad**.

Esta incompetencia o impericia del constituyente permanente se hiperbolizó con las reformas de 2011 y 2019, pues las modificaciones al artículo 19 constitucional, no sólo mantuvieron la prisión preventiva oficiosa en sus términos, sino que ampliaron dramáticamente —sobre todo la segunda— el catálogo de tipos penales que imaginariamente también la ameritaban.[6]

El colmo es, empero, que a la fecha de concluido este ensayo, el Congreso de la Unión —ya notificada formalmente y hecha pública esta sentencia de la Corte IDH contra

---

El **artículo 168** del mismo ordenamiento ordenaba que:
"El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera. La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada en favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad. El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley".
El vigente **artículo 3** de la **Ley Federal contra la Delincuencia Organizada** que fue reformado en el año 2016, *establece que el delito de delincuencia organizada, así como los señalados en los artículos 2o., 2o. Bis y 2o. Ter de esta Ley*, ***"ameritarán prisión preventiva oficiosa"***.

6 En 2008 eran seis los delitos que, de conformidad artículo 19 de la CPEUM, merecían prisión preventiva oficiosa, catálogo que amplió la reforma constitucional impulsada por Felipe Calderón con el de *trata de personas*. A su vez, la reforma del 2019 cuya iniciativa envió al Congreso de la Unión López Obrador, *insertó seis delitos adicionales*. Este largo listado de delitos parece un criminógeno recuento de los ilícitos que cada sexenio se suman a los que ya asolaban a la población, suponiéndose que haciéndolos objeto de prisión preventiva oficiosa la comisión de los mismos automáticamente se inhibe. Véase: DOF del 12 de marzo de 2019, https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5557700&fecha=12/04/2019#gsc.tab=0

México— y en franca rebeldía respecto del predicado del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se propone adicionar —con la misma miopía que desprenden las iniciativas de reforma presidenciales, para no desentonar— el aludido artículo 19 constitucional con un nuevo supuesto para aplicarla el *tráfico ilegal de armas de fuego*.[7]

Respecto de lo anterior, la Corte IDH en esta sentencia fue también muy puntual, ***al establecer en sus conclusiones*** (párrafos 171, 172 y 173) ***la naturaleza inconvencional del arraigo y la prisión preventiva tal y como se hallan reguladas por nuestra normativa nacional***. *Conclusiones que, por cierto, repercuten también en la prisión preventiva oficiosa.*

Al respecto y literalmente el Tribunal de San José se pronuncia así:

> 171. En términos generales, **para la Corte, cualquier figura de naturaleza pre-procesal que busque restringir la libertad de una persona para llevar a cabo una investigación sobre delitos que ella presuntamente habría cometido, resulta intrínsecamente contraria al contenido de la Convención Americana y vulnera de forma manifiesta sus derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia**.
>
> 172. En lo que respecta la redacción actual del artículo 161 del Código Federal Procesal Penal **referente a la prisión preventiva, que fue encontrado contrario a la Convención Americana**, no ha sufrido una modificación con respecto al que se encontraba vigente y que fue aplicado a los hechos del presente caso.
>
> 173. Por último, para este Tribunal no hay duda acerca del hecho que estas figuras resultan contrarias a la Convención por los motivos expuestos. **La Corte nota que el Estado manifestó que actualmente contaba con un sistema penal acusatorio. Las dos figuras analizadas en este capítulo resultan inconvencionales, porque precisamente vulneran algunos de los principios de ese sistema como el principio del contradictorio, la igualdad de armas entre las partes en el proceso, la inmediación, y la publicidad**.[8]

---

7 Boletín No.4124 del 30 de marzo de 2023.—**Avala Cámara de Diputados que delito de tráfico ilegal de armas de fuego amerite prisión preventiva oficiosa**. El Pleno de la Cámara de Diputados avaló con la mayoría calificada de 454 votos a favor, 24 en contra y cero abstenciones, el dictamen que reforma el párrafo segundo del artículo 19 de la Carta Magna, para que el Ministerio Público pueda solicitar al juez prisión preventiva oficiosa por el tráfico ilegal de armas de fuego. Cfr. https://comunicacionsocial.diputados.gob.mx/index.php/boletines/avala-camara-de-diputados-que-delito-de-trafico-ilegal-de-armas-de-fuego-amerite-prision-preventiva-oficiosa
Sobre la inutilidad de la prisión preventiva oficiosa para el control de armas puede verse: Holst, Maximilian, *"La prisión preventiva oficiosa: insuficiente para el control de armas de fuego"*, México Evalúa, *en https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2019/08/000PolicyBrief_Seguridad.pd*

8 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, sentencia de 7 de noviembre de 2022 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf, p. 43. Énfasis propio.

Previo anticipar la arquitectura de estos apuntes, no puedo dejar de decir que la resolución del Tribunal de San José *constituye una penetrante fotografía que desnuda las profundas falencias del Estado de Derecho en México, fotografía en la que salen muy mal parados los tres Poderes de la Unión*. Y ello es así no porque el retrato haya sido mal tomado, sino porque esos poderes son de suyo poco agraciados, de plano feos. Feos en términos de la evidente injusticia de su actuar —y que los hechos del caso por sí mismos demuestran y rezuman. Feos por su patente inopia, impericia y desinterés por la justicia que los hace verse francamente abúlicos frente a los riesgos que enfrenta en nuestro país la libertad de las personas, sin duda, su bien más preciado. Autoridades, que en el ámbito de la procuración e impartición de justicia, se dedican en muchos casos a sorprender y tolerar se afecte a las personas y su patrimonio con base en continuados actos de molestia, ejecutados bajo la excusa de una puntual persecución de los delitos notoriamente obstaculizada —argumentan las autoridades de marras— por los derechos humanos y el debido proceso.[9]

Pero hay otros feos —con el debido respeto— que aparecen en la fotografía. Seguramente contrario a su voluntad —y a su guapura, evidentemente— en esta sentencia sale mal parado hasta el fotógrafo; es decir, el propio Sistema Interamericano. Efectivamente, el asunto que nos ocupa refleja la pachorra y politización con la que se conduce, principalmente y desde antiguo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Aquí los hechos que justifican los epítetos:

El caso materia de esta sentencia fue conocido por la CIDH el 22 de febrero de 2007, su Informe de Admisibilidad y de Fondo datan, respectivamente, de octubre de 2015 y diciembre de 2018, o sea, *nueve años* después de haber trabado conocimiento de los hechos. Luego de un largo proceso de solución amistosa con el Estado mexicano (otro pachorrudo) que inició en 2019, el caso es sometido al conocimiento de la Corte IDH hasta mayo de 2021. Ésta emite su sentencia en noviembre de 2022, la cual se notifica a México en enero de 2023. Pues bien, entre la queja presentada a la CIDH respecto de los hechos violatorios imputables a agentes del Estado mexicano y el sometimiento del caso a la Corte IDH *transcurrió la nadería de 14 años*.[10] Justicia pronta y expedita la de nuestro sistema regional de derechos humanos, ¿verdad?

Me parece que la sensibilidad política que caracteriza a la CIDH (para bien y para mal) hizo que el asunto de la sentencia en comento fuera cuidadosamente escogido —dadas las arquetípicas violaciones a derechos humanos que exhibe—, de entre los cientos que suceden en México año con año, muchos de los cuáles han sido ya hechos

9 Cfr. "Morena impulsa una reforma para evitar que los acusados queden libres cuando se dan fallos en el debido proceso". López Obrador ha dicho que las fallas cometidas por autoridades en perjuicio de personas detenidas o acusadas de un delito deberían corregirse, sin que por ello estas sean liberadas. En el caso Ayotzinapa decenas de procesados han quedado impunes por esos errores. https://elpais.com/mexico/2023-03-05/morena-impulsa-una-reforma-para-evitar-que-los-acusados-queden-libres-cuando-se-dan-fallos-en-el-debido-proceso.html

10 Cfr. Corte IDH, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, op. cit., pp. 4-5.

del conocimiento de dicha Comisión. Este asunto posee todos los ingredientes del tipo de injusticia al que, tristemente, México se ha malamente acostumbrado.

Ciertamente, los hechos de este caso tienen su origen en la detención arbitraria de tres personas de origen náhuatl, albañiles y comerciantes, en la carretera México-Veracruz. Indígenas pobres (¿podía ser de otro modo?) que tuvieron la desfortuna de caer en manos de eficientes guardianes del orden público adscritos a la Policía Federal Preventiva (la hoy extinta PFP), porque a dichas personas se les había averiado su automóvil. Los miembros de la PFP que se acercaron a auxiliarlos y previa "aquiescencia" de los retenidos, procedieron a revisar las escasas y paupérrimas posesiones personales de Gerardo y Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López, entre las que se halló una libreta que, al parecer, contenía "información subversiva" relacionada con el denominado Comando Popular Revolucionario "La Patria es Primero".[11] A resultas de lo anterior, se solicitó el apoyo de más miembros de la PFP luego de lo cual los indígenas son retenidos, sin informales la causa, y se les traslada a una Comisaría previo a trabar contacto con personal del área de "inteligencia" del Estado mexicano (el celebérrimo Centro de Investigación y Seguridad Nacional, CISEN), el que determina que los retenidos eran parientes de un miembro del Ejército Popular Revolucionario (EPR). Posteriormente, la Procuraduría General de la República (PGR) abre una averiguación previa inicialmente por el delito de cohecho en flagrancia, quedando las víctimas incomunicadas y detenidas.[12] Todo esto sucede un infausto 12 de enero de 2006 a las 10:30 de la mañana, punto de partida del infierno procesal del sistema penal mexicano que injustamente termina llevando a prisión a dichas personas bajo cargos, amén del cohecho, de delincuencia organizada (no podía ser menos).

El arraigo que les fue dictado primero —y la prisión preventiva, después—, carecían de cualquier sustento jurídico. Estas medidas y otras igual de arbitrarias, fueron infructuosamente combatidas ante el juez de distrito competente (me refiero a su jurisdicción, no a otra cosa) con distintos amparos indirectos que se sobreseyeron todos por causa de múltiples procesalismos y una lentitud alarmante en la impartición de justicia federal que hicieron que el juzgador del caso se pronunciara sobre el arraigo cuando éste ya había culminado y, más adelante, cuando los detenidos ya habían sido consignados ante el juez. A su vez, en los amparos interpuestos por las víctimas contra la obstaculización de su derecho a una defensa adecuada, al negárseles el acceso a la investigación y a su posible traslado a un centro de reclusión de máxima seguridad, se determinó, respectivamente, que ya había cambiado la situación jurídica de los indiciados y que la solicitud sobre el traslado no era procedente porque éstos se hallaban

11 Ibidem p. 16. Por cierto, las víctimas venían acompañadas por dos personas más, a las que estaban dando un "aventón", personas a las que no conocían y que desaparecieron del lugar de los hechos bajo el argumento de conseguir agua en un poblado cercano.

12 Ibid., p. 16. Increíblemente fueron las propias víctimas quienes tuvieron asumir los honorarios del médico privado que expidió su certificado de buena salud. Gestión esta, por ley, que correspondía llevar a cabo al Ministerio Público de la Federación del caso.

detenidos bajo una medida cautelar y no presos en un centro de reclusión (cuánta finura jurídica la del juez de distrito). Finalmente, luego de una exitosa intervención del defensor de oficio —quien no realizó ninguna acción legal en favor de las víctimas—, se ejercitó acción penal en contra de éstas por el delito de terrorismo y, más tarde, por cohecho, siendo condenadas por ambos ilícitos, respectivamente, a cuatro años y a tres meses de prisión. Gracias a las diversas diligencias que desvirtuaron declaraciones y peritajes que obraban en el expediente, se interpuso recurso de apelación ante un Tribunal Unitario de Circuito, el que emitió sentencia absolutoria respecto del primer delito y ratificó el segundo. Empero, habiendo estado las víctimas privadas de su libertad dos años, nueve meses y cinco días, el Tribunal consideró compurgada la pena respecto del último ilícito. La bendita prisión preventiva, podría decirse, debiendo ser propositivos como exigirían sus defensores, al final sirvió de algo: Estado y víctimas quedaron a mano.[13]

Las violaciones a derechos humanos por las que justamente se responsabiliza a México en la sentencia en estudio, exhiben un cuadro de endémicas falencias en materia de seguridad pública, administración e impartición de justicia penal que hoy, desafortunadamente, se mantiene prácticamente intocado;[14] cuadro que, incluso, ha empeorado durante esta administración federal. Lo anterior, gracias a la indiscriminada militarización de dicha seguridad y a la conformación (militarizada igualmente) de la Guardia Nacional —capricho o fijación personal del hoy Ejecutivo Federal.[15]

Al final, gracias a este caso, la CIDH puso en bandeja de plata una "modélica" violación de derechos humanos para que la Corte IDH pudiera desvelar las miserias de nuestro país en los ámbitos señalados, rectificarle indirectamente la plana a la Suprema Corte mexicana —principalmente en relación con su peregrina tesis de las restricciones constitucionales— y condenarlo, en la especie, por las graves vulneraciones a derechos humanos cometidas en contra de las víctimas.

Esas vulneraciones resultaban tan evidentes e indefendibles que, *motu proprio*, el Estado mexicano llevó a cabo un reconocimiento parcial de responsabilidad ante la CIDH, vía la suscripción de una Acta de Entendimiento. Reconocimiento que, más

---

13 Ibidem, pp. 20-21.

14 Un detallado y crítico estudio respecto de las violaciones sistémicas y sistemáticas a la presunción de inocencia en el vigente sistema penal mexicano se encuentra en: González Ibarra, Juan de Dios y Peña Rangel, Emilio, *Violación al derecho de presunción de inocencia en el proceso penal acusatorio*, El Colegio de Morelos, Morelos, 2023. En prensa.

15 Cfr. "Amnistía internacional: México: Militarizar la seguridad pública generará más violaciones de derechos humanos y perpetuará la impunidad", en https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/mexico-militarizar-la-seguridad-publica-generara-mas-violaciones-de-derechos-humanos-y-perpetuara-la-impunidad/
Human Rights Watch. "México: La militarización de la seguridad pública amenaza los derechos humanos", en https://www.hrw.org/es/news/2022/08/26/mexico-la-militarizacion-de-la-seguridad-publica-amenaza-los-derechos-humanos y https://la-lista.com/derechos-humanos/2022/11/04/la-militarizacion-tendra-efectos-en-mexico-por-decadas-juanita-goebertus

tarde, ante la Corte IDH, devino en un allanamiento parcial respecto de la mayoría de los señalamientos hechos por la CIDH en su informe final y por las víctimas en sus pretensiones.

Cabe inquirirse, por mera curiosidad intelectual y no por otra cosa, claro:

¿Por qué no se procedió, estando así de claro el panorama, a un allanamiento total del Estado mexicano en un asunto tan evidente y tristemente sistemático de lo que en estas tierras, tan alejadas de la mano de Dios, suele suceder?

¿Por qué, con ese allanamiento cabal no se evitó, al unísono, la emisión de una sentencia tan contundente que trae aparejas múltiples responsabilidades internacionales, amén de una probable turbulencia político-jurídica interna que su cumplimiento podría acarrear? Esto último es así porque México ha sido condenado con esta sentencia a concretar una reforma a la CPEUM para eliminar de su texto el arraigo y armonizar la prisión preventiva en los términos que ha ordenado la Corte IDH en consonancia y cumplimiento del artículo 2º de la CADH, numeral plenamente aceptado —y entendido de sus efectos, se supone— desde 1981 por el Estado mexicano.

Otrosí, por increíble que parezca, México no aceptó su responsabilidad respecto de las violaciones a derechos humanos que implicaron los cateos llevados a cabo el 31 de marzo de 2006 en la casa de la madre de los señores Tzompaxtle Tecpile, así como en una tienda que era negocio de la familia. Hechos que, obviamente y como era de esperarse, la Corte IDH juzgó también vulneratorios de varias disposiciones consagradas en la CADH por ser actos de molestia inaceptables en la persona y posesiones de los familiares de las víctimas. Sí, la injusticia mexicana es generosa y alcanza para todos.

Hay que hacer hincapié, desde ya, que el *quid* del asunto como puede fácilmente inferirse de la sola lectura de todo lo anterior, es decir, la razón de fondo por la cual el allanamiento del Estado mexicano no fue total, **obedece a su fuerte reticencia a cumplir con su obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno** (legislativas o de cualquier otro orden), **en términos del ya referido artículo 2 de la CADH. O sea, *aquellas que necesariamente deberían patrocinar por sí mismas nuestras autoridades, para asegurar a los habitantes de este país el pleno ejercicio de los derechos y libertades*** reconocidos ***en el artículo 1 de dicha Convención Americana***. El colmo, ¿no?

En otras palabras: México se ha opuesto, metódicamente, a expulsar del ordenamiento jurídico de nuestro país el arraigo y adecuar la prisión preventiva a las exigencias de la CADH. Ambas figuras son —el arraigo *per se* y la prisión preventiva por el tratamiento que se le ha dado—, contrarias a las exigencias establecidas por esa misma Convención y la jurisprudencia del Tribunal de San José. Lo que precede, a sabiendas de que nos hallábamos en flagrante incumplimiento de responsabilidades internacionales y de las reiteradas recomendaciones que le dirigiera la CIDH, la propia Corte IDH y el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Dicen por ahí, que sobre advertencia, no hay engaño. Estamos, efectivamente, ante la crónica de una sentencia anunciada.

Indudablemente, a pesar de los llamados a misa que significó alguna resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) respecto de la inconstitucionalidad del arraigo en el 2003,[16] de lo consignado reiteradamente por la doctrina mexicana e internacional, y muy a pesar de las recomendaciones de los órganos del Sistema Universal de derechos humanos y del Interamericano,[17] el Estado mexicano no sólo ha mantenido en su legislación secundaria el arraigo, sino que elevó su consagración a nivel constitucional, como también sucedió con la prisión preventiva oficiosa según apunté arriba.

Por su parte, esa reticencia y más aún, porfía de la SCJN respecto del arraigo, ha llegado a extremos inauditos, inauditos si existiese un auténtico compromiso en términos de justicia y legitimidad política respecto de los derechos humanos, pues en una penosa resolución (la célebre contradicción de tesis 293/2010),[18] la Suprema Corte tuvo que sacarse de la manga la cuestionadísima **tesis de las restricciones constitucionales**, para no verse forzada a aceptar que en caso de antinomia entre la CPEUM y un tratado de derechos humanos debía aplicarse, con base en el principio pro persona (para empezar y entre otras razones jurídicas de peso) el derecho humano que ofreciese la mayor protección posible, generalmente consignado en la normativa internacional. **Decisión que, por añadidura, invalidaría el arraigo insertado ya entonces en el artículo 16 de nuestra Carta Magna federal,** porque los tratados internacionales del Sistema Universal y regional de derechos humanos y la jurisprudencia internacional así lo han repetidamente establecido.

La justificación del arraigo de forma indirecta, gracias a esa decisión del pleno de la SCJN, lo convierte técnicamente en una restricción expresa a los derechos humanos contendida en la propia Carta Magna. Esto, justificado con piruetas argumentativas muy poco consistentes y contrarias a los artículos 1º y 15 de la propia CPEUM,[19] así

---

16 Cfr. acción de inconstitucionalidad 20/2003 de 5 de enero de 2005, en https://dof.gob.mx/nota_to_doc.php?codnota=4987308

17 Cfr. El arraigo hecho en México: violación a los derechos humanos Informe ante el Comité Contra la Tortura con motivo de la revisión de los 5° y 6° informes periódicos de México, en https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/CMDPDH_OMCT_Mexico_CAT49_sp.pdf
Desde el Examen Periódico Universal del año 2009 que evaluó la situación de los derechos humanos en México, existe ya una específica recomendación, la número 29, referida al empleo del arraigo en nuestro país. Cfr. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7984.pdf, p. 24. Recomendación que desde entonces, es una constante en los EPU para México.
Cfr. Gutiérrez, Juan Carlos y Cantú, Silvano, *El arraigo y la seguritización de la justicia penal* en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf, Apolinar Valencia, Benjamín, *Arraigo penal, una forma constitucional de tortura y violación a derechos humanos*, en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37734.pdf

18 *Contradicción de Tesis 293/201 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*, en https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf

19 Un análisis detallado de esa resolución puede hallarse en Álvarez Ledesma, Mario I., *Derechos Humanos. Una visión multidimensional*, McGraw-Hill, 1e. ed., México, 2023, pp. 277-284.

como a una larga lista de disposiciones contenidas en los aludidos tratados internacionales, el principal de ellos, el llamado *effet utile*.[20] Por eso, 13 años después de emitida la resolución a la contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte mexicana sale bastante mal retratada en esta sentencia interamericana (léase fotografía, para continuar la alegoría), donde su imagen aparece "borrosa" —como coloquialmente se dice—, dando cuenta de un rostro, por aquello que alcanza a distinguirse en la foto referida, entre desaprensivo y obnubilado. Mención aparte, hay que decirlo, se ganó un único Ministro de esa Suprema Corte, hoy en retiro, que en su momento se movió y no salió en la foto (como diría el clásico) al votar en contra de aquella nefanda y antecitada contradicción de tesis.[21] Ministro que fue dejado pronunciándose solo y su alma en contra de esa resolución —qué pena histórica para los otros 10—, en una de esas sesiones del pleno de la Suprema Corte mexicana digna de olvido.[22]

De tal guisa y bajo este conspicuo panorama provocado y que suscitará la sentencia de la Corte IDH en el caso Tzompaxtle Tecpile y otros, en lo que sigue me ocuparé, a vuelo de pájaro, acerca de lo siguiente:

1) Cómo es que México, de forma *sui generis*, al igual que otros países de la región, se inserta a regañadientes —es decir, más por necesidad que por convicción justiciera— en el Sistema Interamericano. Conducta que explica, por una parte, la razón en virtud de la cual las cosas en materia de derechos humanos suceden como la sentencia de marras pone en evidencia. Y, por la otra, la reticencia de nuestro país a cumplir con el contenido del multicitado artículo 2 de la CADH;

2) Resumiré los hechos y vulneraciones a derechos humanos no controvertidos por el Estado mexicano en este caso;

3) Sistematizaré los razonamientos de la Corte IDH en materia de libertad personal, presunción de inocencia, arraigo y prisión preventiva. Razonamientos que en realidad forman ya una de *doctrina* interamericana en esas materias, y

---

20 Respecto del predicado de este principio, la Corte IDH ha sido consistente en el siguiente sentido: ***"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin****. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones."* Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, párrafo 128, p. 47.

21 Álvarez Ledesma, Mario I., *Derechos Humanos*..., op. cit., pp. 277-284.

22 Véase al respecto Cossío, José Ramón *et al., La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 298/2011 y 21/2011, Porrúa, México, 2015.

que explican las razones en virtud de las cuales, tal y como los regula el marco normativo mexicano, el arraigo la prisión preventiva devienen vulneratorios de diversos dispositivos de la CADH;

4) Aludiré a los puntos resolutivos de la sentencia cuyo cumplimiento podría resultar álgido jurídica y, sobre todo, políticamente;

5) Hilaré, brevísima y finalmente, algunas conclusiones.

1. DE LA PECULIAR INCORPORACIÓN DE MÉXICO AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

México se incorporó flemática y un poco o un mucho —según se enfoque-forzadamente al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los derechos humanos. Hay dos acontecimientos que, al efecto, son primordiales para comprender ese permanente proceder del Estado mexicano. Veamos.

El primero es la **suscripción de la CADH el 24 de marzo de 1981**, bajo el gobierno de José López Portillo; el segundo, **es el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH, el 16 de diciembre de 1998**, bajo la administración de Ernesto Zedillo Ponce de León.

El primo evento constituyó, simple y llanamente, un acaecimiento ordinario de diplomacia internacional, propio de una época en la que México vivía bajo la égida de un sistema político para el cual los derechos humanos eran una entelequia. Justo como suele suceder en cualquier país no democrático —o de partido político único dominante, dicho eufemísticamente—, que había eliminado —por un antojo de Venustiano Carranza (los caprichos como se ve, en la historia patria, vienen desde antiguo)—,[23] el concepto *'derechos del hombre'*, consagrado magistralmente en el artículo 1º Constitución Política de la República Mexicana de 1857, y sustituido por el ambiguo término de *'garantías individuales'* en el correlativo artículo 1º de la CPEUM de 1917. Ambigüedad que provenía, dado el modo y manera en que fue insertado este concepto en esa Carta Magna, para significar, a un mismo tiempo, tanto del derecho protegido (el derecho humano fundamental) como su medio de protección (el juicio de amparo).[24]

Bajo este peculiar panorama México suscribe la Carta de San José. Por ello tal suscripción evidencia, antes que un evento determinante para ese presente y sobre todo el futuro de la vida política y jurídica del Estado mexicano, un mero ejercicio de trámite sugerido a López Portillo como necesario, dados los tiempos y vientos que corrían y

23 Cfr. Álvarez Ledesma, Mario I., "Sobre el artículo 1º de las Constituciones de 1857 y 1917" en *Jurípolis. Revista de Derecho y Política. Departamento de Derecho, División de Humanidades y Ciencias Sociales*, No. 7, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, 2007.

24 Burgoa, Ignacio, *Las garantías Individuales*, Editorial Porrúa, México, 1988, p.164.

soplaban en el panorama internacional de la época; sugerencia proveniente de la generalmente acomodada —y las más de las veces acomodaticia— diplomacia mexicana. Lo que precede explica claramente a qué obedece que las primeras quejas por violaciones a derechos políticos que la CIDH recibió, promovidas por el Partido Acción Nacional (PAN) en los primeros años 90 del siglo pasado, fuesen casos de violaciones a derechos humanos que se fundaban, evidentemente, en el contenido de los artículos 33 a), 41 f) y 45 de la CADH,[25] mismas que eran respondidas por la Secretaría de Relaciones Exteriores, por increíble que suene, con meras *notas diplomáticas*, al margen del procedimiento que al efecto dictan la CADH, el reglamento y estatuto de la CIDH. En aquellas quejas se argumentaba que dicha Comisión Interamericana *"(...) carece de competencia para pronunciarse sobre procesos electorales por razones de soberanía nacional y en virtud de la aplicación del derecho a la autodeterminación de los pueblos"* (SIC).[26]

El segundo evento es, a su vez, producto de otra necesidad coyuntural: la de proyectar la imagen de un México progresista y democrático, que impele al presidente Zedillo Ponce de León a reconocer la competencia contenciosa del Tribunal de San José en 1998 (entre otras determinaciones de ese tipo)[27] a fin de ser tomado en cuenta en las grandes ligas internacionales del mercado global. Hecho este que tiene su origen, según se ve, más en pragmáticas necesidades comerciales que en una legítima preocupación en favor de los derechos humanos. Necesidades comerciales que urgían al gobierno de Zedillo a sumar, al ya signado Tratado de Libre Comercio (TLC) con USA y Canadá, un nuevo acuerdo de la misma naturaleza con la Unión Europea (UE). Precisamente por eso, la UE exigió a México se estipulase —dada la precariedad de la situación de tales derechos en el país y su balbuceante proceso de democratización—, una cláusula, intitulada, de 'democracia y derechos humanos',[28] de cuyas acciones de cumplimiento (como la aceptación de la competencia de la Corte IDH, por ejemplo) dependía se decantase la voluntad de los Estados europeos para firmal el antedicho acuerdo comercial.[29]

---

25 Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf

26 Véase punto 4 de la Introducción de la Resolución Nº 01/9017 de mayo de 1990 sobre los casos Casos 9768, 9780 y 9828 (México) que al efecto elaborara la CIDH. http://www.cidh.org/annualrep/89.90span/cap3d.htm

27 Este reconocimiento fue publicado en el DOF el 24 de febrero de 1999 https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4944372&fecha=24/02/1999#gsc.tab=0

28 Cláusula que la UE introduce en sus acuerdos con terceros Estados supeditando la aplicación del tratado en cuestión al respeto de los principios de democracia y derechos humanos como expresión de su política de condicionalidad. Al respecto puede verse Díaz-Silveria Santos, Cintia, *"La cláusula de derechos humanos y democráticos en las relaciones entre la UE y América Latina y el Caribe"*, en https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_1_2007_1/REIB_01_C_Diaz-Silveira.pdf

29 Al parecer este mismo pragmatismo se aplicó a la introducción de las acciones de inconstitucionalidad en el artículo 105 de la CPEUM. Al respecto véase Gómez Fierro, Juan Pablo, *Una nueva acción de inconstitucionalidad en México*, Tirant lo Blanch, México, 2023, pp. 37 y sig.

Amén de lo anterior, hay otras pruebas acerca de la falta del compromiso de fondo del presidente Zedillo y de su gobierno con los derechos humanos. Éste, sin más, descabezó en 1999 a la Comisión Nacional de Derechos Humanos (entonces sin el artículo "los" en su título), vía el artículo tercero transitorio (que como es de notarse resulta de perversa tradición política) contenido en la iniciativa de reforma constitucional por éste promovida al apartado B del artículo 102 de la CPEUM, mismo que, como se sabe, regula a la CNDH.[30] Al parecer, la Ombudsman del momento emitió varias recomendaciones que disgustaron al señor Presidente quien, pasándose por el arco del triunfo el *principio de inamovilidad* que debe proteger a los titulares de ese tipo de órganos constitucionales autónomos, maniobró para poner en su lugar a un titular de la CNDH más a modo.

Es fácil deducir que en el ámbito interamericano de los derechos humanos, el proceder del Estado mexicano ha estado impulsado por necesidades políticas y comerciales coyunturales, así como por la urgencia de proyectar una imagen internacional conveniente, antes que por una auténtica convicción democrática y de sentido de justicia que sea el reflejo de las preocupaciones y objetivos de la mayoría de su sociedad, de sus peculiares partidos políticos y sus cuestionados gobiernos. Esta circunstancia no es para nada de extrañar, ni extraña, *pero sí evidencia claramente que los presupuestos funcionales de los derechos humanos en México siguen siendo asaz débiles*, en particular, la solidez tanto de nuestro sistema democrático como de nuestro Estado de Derecho. Sin esos presupuestos, como la propia Corte IDH ha dicho en esta sentencia, la sola plasmación de los derechos humanos en la mismísima Constitución política, e incluso su reconocimiento en tratados internacionales que hagan efectiva su progresividad, sólo constituyen una condición necesaria mas no suficiente para su efectivo respeto y vigencia.

Por eso el Tribunal de San José señaló, con agudez, en la resolución que no ocupa, que:

> ***"(...) no se debe equiparar el concepto de "arbitrariedad" con el de "contrario a la ley", sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad."*** [31]

En efecto, el solo hecho de que una conducta sea estipulada en la ley no la vuelve de suyo justa, es decir, conteste con los derechos humanos. No la torna, *ipso facto*, respetuosa ni de la autonomía ni de la dignidad de las personas. Porque la plasmación en la ley de derechos u obligaciones no las exenta de su posible arbitrariedad, de ahí la necesidad de que éstos satisfagan una serie de exigencias ético-jurídicas (por ejemplo, que no sea discriminatoria o inequitativa), como sucede, según argumenta la Corte IDH, precisamente y en la especie, con el arraigo y la forma en que México aplica la presión

30 Reforma al apartado B) del artículo 102 de la CPEUM publicada en el DOF del 13 de septiembre de 1999. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4953799&fecha=13/09/1999#gsc.tab=0

31 Corte IDH, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, op. cit., p. 26.

preventiva, ni más ni menos, cuya sola constitucionalidad, por sí misma, no garantiza automáticamente el respeto de los derechos humanos.

Uno de los efectos del mito de la ley es precisamente este último, adoptado con singular contento por muchos juristas y políticos como un argumento incontrovertible, mito que sostiene que basta plasmar en la Constitución cualquier asunto y hasta ocurrencia para volverlo correcto o justo. La justicia de los derechos humanos demanda su conformidad con dos niveles de validez, es decir, tanto con su estándar de legalidad (las formalidades que la ley exige) como con la correspondencia de ésta con los valores superiores del sistema, en este caso, los derechos humanos. La justicia impetra, en suma, el cumplimiento del llamado doble estándar valorativo del Derecho. Todo lo cual, valga la puntualización, es algo muy distinto a la primitiva distinción que hace el actual titular del Ejecutivo federal entre ley y justicia.[32]

Así las cosas y bajo este panorama *México ha recibido y procesado **12** sentencias condenatorias por violaciones a derechos humanos provenientes de la Corte IDH, incluida la que aquí nos ocupa y la apenas notificada en abril de este año*. La primera de ellas data del **2004**, es decir, pasados escasos seis años de la suscripción de la competencia contenciosa de dicha Corte.

Cabe decir, que si bien es cierto todas esas resoluciones de fondo han revestido una trascendencia singular por el tipo de derechos humanos que fueron vulnerados en los casos de los que dan cuenta, **son dos, señaladamente, las que han tenido un impacto sustancial en la modificación y mejora de nuestro ordenamiento jurídico como sistema de Derecho.**

La primera sentencia con ese tipo de repercusión fue la emitida en el **caso Rosendo Radilla Pacheco y que data del año 2009**. El párrafo **339** de esa resolución (no los resolutivos de la misma, curiosamente) obligó a **México a adoptar en su sistema jurídico el control de la convencionalidad *ex officio***, párrafo este que conviene traer a colación en sus textuales términos:

> **339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre**

32 Sobre la tesis del Doble Estándar Valorativo del Derecho y la correspondiente discriminación entre ley y justicia, véase: Álvarez Ledesma, Mario I. *Introducción al Derecho*, 4ª. Ed., McGraw-Hill, México, 2020, pp. 44 y sig.

> **las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana**.[33]

Este solo parágrafo ha comportado efectos sísmicos para el Estado de Derecho en México, lo que ha implicado, entre otras cuestiones, la emisión de las respectivas reglas que al efecto debieron ser dictadas —forzadamente por algunos ministros de la SCJN—, a través del Expediente Varios 912/2010, a fin de que el test de convencionalidad se aplicase de conformidad con las propias normas y prácticas procesales del ordenamiento jurídico mexicano. Expediente este cuya elaboración implicó serios apuros y disputas jurídicas al interior de la Corte mexicana misma, lo que se puso en evidencia con la sola lectura de los votos particulares emitidos por los juzgadores que intervinieron en esa resolución, votos que dejaron de manifiesto la palmaria incomprensión de lo que significó, en términos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contemporáneo, la incorporación de nuestro país a un sistema internacional (universal y regional) que salvaguarda la vigencia de tales derechos como una especie de *observador externo*.[34]

Hay que agregar a todo lo anterior, el rol que en ese nuevo escenario se presagiaba iba a jugar —*bosquejado desde 1981 y 1988, según ahora se entiende*— la SCJN como último garante de nuestra embrionaria democracia constitucional. Escenario que, en su momento, nadie previó ni tomó en cuenta al momento de aceptarse internacionalmente una consigna jurídico-política de repercusiones inusitadas e incolumbrables para la mayor parte de los juristas y políticos del siglo pasado, a saber: *que los derechos humanos habrían de erigirse en una filosa herramienta con la cual se mediría la justicia de las instituciones sociales y la legitimidad política del uso de todo poder, principalmente el político, al interior del Estado mexicano. Que la vigencia e interpretación vinculante de esa consigna se haría cargo, en postrera instancia, un tribunal supranacional cuya competencia fue, para tales efectos, reconocida de pleno derecho por el Estado mexicano desde hace más de tres lustros: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

La segunda sentencia que no sólo se avoca a señalar la responsabilidad internacional del Estado mexicano sobre violaciones concretas a derechos humanos, **sino que contiene re-**

---

33 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 339, pp. 92-93.

34 En términos de teoría de la justicia, la función que juega cualquier tribunal supranacional de derechos humanos, en este caso, la Corte IDH, podría calificarse técnicamente como un punto de vista externo o del observador, que le otorga una posición de privilegio respecto de quienes se hayan inmersos en el sistema jurídico en cuestión. Al respecto puede verse, nuevamente: Álvarez Ledesma, M.I., *Introducción al Derecho...*, op. cit., pp. 368-372.

solutivos que deberán producir cambios de fondo en el ordenamiento jurídico mexicano, es ésta que nos ocupa sobre el caso Tzompaxtle Tecpile y otros. Tal sentencia, según ya se ha dicho, constriñe a México, entre otros asuntos, pero principalísimamente, al cumplimiento del mandato contenido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debiendo reformar al efecto su legislación (su Constitución federal incluida) en materia de arraigo y prisión preventiva por ser abiertamente vulneratoria de distintos derechos humanos también consignados en la Carta de San José.

Para mayor claridad del alcance de lo que precede, el antedicho numeral de la CADH reza textualmente del modo siguiente:

> **Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.**
>
> **Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades**.

Los alcances de este dispositivo de la CADH han quedado claramente precisados en los párrafos 216 y 217 de la sentencia que nos ocupa y coinciden con lo dicho antes. Esto es, que el mandato establecido en este artículo es de naturaleza compleja y da lugar a **dos tipos de obligaciones**: una de *carácter derogatorio* y otra de *naturaleza propositiva*.

La primera ampara la exigencia de que el **Estado deba** *suprimir* **o** *expulsar* **de su ordenamiento jurídico las normas o prácticas de cualquier clase** (**procesales o de política pública**) **que entrañen violación a las garantías previstas en la CADH**. Normas o prácticas que puede tener su origen:

> 1) *En el* ***desconocimiento****, por parte de ese Estado, de los derechos o libertades contenidos en la Convención Americana*; o,
>
> 2) En la ***obstaculización*** *del ejercicio de esos derechos o libertades.*

La segunda obligación, la *propositiva*, consiste en que **el Estado debe llevar a cabo la expedición de normas y el desarrollo de prácticas** (procesales y de política pública, entre otras) **orientadas a la efectiva observancia de dichas garantías**. Ahora bien, las disposiciones que expida el Estado deben cumplir, a su vez, con *tres condiciones*:

> 1) *Satisfacer* el ya referido **principio del *effet utile***, es decir, que la consagración y adopción de medidas en el ordenamiento jurídico por parte del Estado habrán de orientarse para que lo establecido en la CADH sea realmente cumplido y puesto en práctica;
>
> 2) *Evitar* la promulgación de leyes que impidan el libre ejercicio de los derechos humanos y libertades consagrados en la CADH; y,
>
> 3) *Suprimir o modificar* leyes que salvaguarden tales derechos y obligaciones.

No está de más apostillar que este dispositivo de la CADH no puede ser objeto, en virtud de su naturaleza jurídica —según las prescripciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados—, ni de reservas, ni de declaración interpretativa alguna,[35] razón por la cual México debe aplicar esta disposición a pie juntillas. Circunstancia esta que también explica la razón por la cual nuestro país no se haya aventurado en su momento a ponerla en entredicho, entre otras causas, porque la CADH fue suscrita y ratificada tan desaprensiva como superficialmente gobernó el país José López Portillo. Su sexenio trajo a México un sunami económico, crisis y devaluación, así como la demagógica expropiación de la banca privada producto, en buena medida, de la imperdonable frivolidad de aquél.

2. HECHOS Y VULNERACIONES A DERECHOS HUMANOS NO CONTROVERTIDAS POR EL ESTADO MEXICAN.

De modo sucinto, como se muestra en el cuadro que abajo se plasma, la Corte IDH de acuerdo con los hechos investigados por la CIDH respecto de las víctimas en este caso y plasmados en su Informe de Fondo No. 158/18, **afirma que éstas sufrieron graves violaciones a sus derechos humanos**. El Estado mexicano aceptó la existencia de esas violaciones en la práctica totalidad de los hechos. Los términos son los siguientes:

2.1. Información general del caso

Este caso versó sobre la **detención ilegal y arbitraria en enero de 2006 de Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, Gerardo Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López** por parte de agentes policiales en una carretera entre las ciudades de Veracruz y Ciudad de México, **así como la aplicación de la figura del arraigo y la falta de garantías judiciales en el proceso penal que se siguió en su contra**.

En su Informe de Fondo No. 158/18 la CIDH concluyó que **las víctimas fueron retenidas y requisadas por agentes policiales sin orden judicial y que tampoco se evidenció que fuera posible percibir una situación de flagrancia**. Asimismo, **consideró que la retención resultó ilegal y arbitraria**.

De igual manera, se concluyó que la posterior **requisa del vehículo constituyó una afectación al derecho a la vida privada, así como que las víctimas no fueron informadas sobre las razones de su detención ni fueron llevadas sin demora ante una autoridad judicial**.

Asimismo, **se analizó la figura del arraigo y su aplicación en este caso, estableciendo que el empleo de esta figura constituyó una medida de carácter punitivo y no**

35 Véase lo prescrito por el artículo 19, a) de dicha Convención.

cautelar, lo cual es contrario a la CADH configurándose en la especie una evidente detención arbitraria.

En suma, **el Estado violó el derecho a la notificación previa y detallada de los cargos a la defensa técnica en los primeros días posteriores a la detención**, puesto que durante ese tiempo tuvieron lugar diligencias relevantes en donde se recabó prueba en su contra de las víctimas y se dispuso su arraigo.[36]

2.2. Reconocimiento de responsabilidad parcial por parte del Estado mexicano

- El Estado realizó un **reconocimiento parcial de responsabilidad internacional por la violación a varios artículos de la Convención Americana en contra de los señores Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, Gerardo Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López**. Sostuvo que *"[l]o anterior causado por la retención, revisión del vehículo, falta de información sobre las razones de su detención, falta de presentación sin demora ante el juez, falta de notificación previa y detallada de los cargos, falta de defensa técnica en los primeros días posteriores a la detención*". A ello se suma la violación del artículo 5 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, **respecto de la integridad personal de las víctimas, por el aislamiento e incomunicación durante su retención**. A la luz de lo indicado, la Corte IDH entendió que, ese reconocimiento implica la aceptación de los hechos en los términos en que están establecidos en el Informe de Fondo.

- De conformidad con lo anterior, la Corte consideró **que la controversia había cesado respecto de la base fáctica del caso que se encontraba en controversia, esto es:**

  a) La retención y revisión del vehículo en el que se encontraban Jorge Marcial Tzompaxtle Tecpile, Gerardo Tzompaxtle Tecpile y Gustavo Robles López;

  b) La falta de: información sobre las razones de la detención de las presuntas víctimas; presentación de éstas, sin demora, ante el juez; notificación previa y detallada de los cargos en contra de las presuntas víctimas; defensa técnica en los primeros días posteriores a su detención; y el aislamiento e incomunicación al cual fueron sometidas durante su retención.

- De tal guisa, **la Corte IDH sólo mantuvo la controversia respeto de los cateos llevados a cabo en la casa de la madre de los señores Tzompaxtle Tecpile, así como en una tienda que era el negocio de la familia el 31 de marzo de 2006**.[37]

---

36 Cfr. https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/tzompaxtle_tecpile_y_otros.pdf

37 Cfr. Sentencia caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs México, 7 de noviembre de 2022 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, pp. 7 y 8.

En tal virtud, las **consideraciones torales** que en esta sentencia realiza la Corte IDH versaron sobre cuatro aspectos puntuales, a saber:

1) La libertad personal y el derecho a la presunción de inocencia en el marco de la investigación y del proceso penal, aplicables a las violaciones a derechos humanos en que el Estado mexicano se allanó;

2) La compatibilidad de las figuras del arraigo y de la prisión preventiva con la CADH;

3) La aplicación del arraigo y de la prisión preventiva en el caso materia de la sentencia; y,

4) Un conjunto de conclusiones generales a las que el Tribunal de San José finalmente arriba.

3. TESIS PRINCIPALES.

Enseguida se resume la doctrina de la Corte IDH (las principales tesis) dictada sobre los aspectos de fondo de la sentencia en análisis, misma que abajo sistematizo para su más fácil consulta y comprensión.

3.1. Libertad personal y el derecho a la presunción de inocencia

Los Estados tienen la **obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público. Al efecto deben emplear los medios necesarios para enfrentar la delincuencia y criminalidad organizada**, **incluyendo medidas que impliquen restricciones y privaciones a la libertad personal.**

Empero, **el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines, independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus presuntos autores**.

Por ende, **las autoridades estatales no deben vulnerar los derechos humanos reconocidos en la CADH, tales como:**

La presunción de inocencia, la libertad personal, el debido proceso y no deben llevar a cabo detenciones ilegales o arbitrarias.

Así las cosas, para que una **medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria y no se vea afectado el derecho a la presunción de inocencia**, es necesario que:

- Existan **presupuestos materiales** relacionados con la existencia del ilícito y la vinculación del probable responsable con éste. O sea, *que existan **indicios suficientes** que hagan suponer razonablemente que el ilícito acaeció y que dicho probable responsable pudo haber participado en su comisión.* **Los presupues-**

tos materiales *no son meras conjeturas o intuiciones abstractas*. Por ello, **el Estado no debe detener para luego investigar.**

- La **medida cautelar que al efecto se aplique debe satisfacer los cuatro elementos del *test o juicio de proporcionalidad,*** cuya aplicación queda a cargo del juez. Éste deberá asegurarse que esa medida sea:

  1. **Legítima en su finalidad** (o sea, compatible con la CADH): en este caso, *la prisión preventiva constituye una medida cautelar, no una de carácter punitivo que debe aplicarse excepcionalmente por ser la más severa y que recae en quien es solamente un imputado que goza del derecho a la presunción de inocencia.* Además, *esta medida no debe tener efecto alguno en la responsabilidad de éste*, por lo que debe ser dictada por un juez (de control) distinto al responsable del juicio mismo. Debe recordarse que la finalidad de la medida cautelar consiste en *evitar el **peligro procesal**, es decir, **impedir** el desarrollo del procedimiento del caso o se **eluda** la acción de la justicia*. ***Este peligro no se presume***, debe verificarse en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas que corresponde acreditar a la autoridad. Además, ***la gravedad del delito no es, en sí misma, justificación suficiente de la prisión preventiva, de donde el peligro de fuga no puede medirse únicamente sobre la base de la gravedad de la posible pena a imponer.*** Al efecto, la Corte IDH sugiere acudir al predicado de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad.

  2. **Idónea** para cumplir con el fin que se persigue: en el caso de la privación de la libertad de un probable responsable *su objetivo no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena*. Por eso, *la regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve sobre su responsabilidad penal.*

  3. **Necesaria:** es decir, que la medida sea *absolutamente indispensable* para alcanzar el fin deseado y que *no pueda optarse por alguna medida menos gravosa*; y,

  4. **Estrictamente proporcional**: *el sacrificio inherente de la libertad no debe resultar exagerado o desmedido frente a las ventajas que proporciona la restricción y el cumplimiento de la finalidad.* Por eso, la medida cautelar debe tener *plazos razonables, limitados en el tiempo*; de lo contrario la prolongación de la medida desvirtúa su naturaleza y propósitos.

- La **decisión** sobre la imposición de una medida cautelar **debe contener una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones antes señaladas.** La motivación alude a la **argumentación** (razones) que la autoridad debe presentar para justificar la existencia de los requisitos establecidos por la CADH, **de otro modo la medida será arbitraria**. Arbitrariedad significa, en este caso, **que la medida cautelar deja de serlo, anticipando la pena** y, en consecuencia, violando entre otros derechos humanos, el de presunción de inocencia.

3.2. Incompatibilidad del arraigo en relación con la CADH

El arraigo es en sí mismo inconvencional, porque:

- **Posee naturaleza pre-procesal con fines investigativos**, la persona sujeta a ésta no posee acceso a las garantías del debido proceso. El arraigo, *per se*, es una negación de tales garantías dado que restringe la libertad al margen de las mismas, **otorgándole al probable responsable el trato de quien ya está sujeto a proceso**, sin estarlo, pues no existe ninguna instancia para ejercer el derecho de defensa.

- **Se detiene para investigar y se investiga para detener al arraigado.**

- **Afecta el derecho a la no autoincriminación**. *El arraigo constituye un medio de investigación en materia de delincuencia organizada para que éste participe en la aclaración de los hechos que se le imputan*, lo que implica alguna forma de coacción —la pérdida de la libertad— que puede doblegar la voluntad de la persona, orillándola a declarar en contra de sí misma.

- **Coloca a la persona en una situación de indefensión.** El arraigado no recibe comunicación previa y detallada de la acusación en su contra, no se le otorgan ni tiempo ni condiciones para preparar su defensa.

- **Se contrapone a las bases del proceso penal acusatorio y oral.** No existe posibilidad de interrogar a los testigos y obtener la comparecencia de otras personas que permitan hacer efectivo el principio de inmediatez.

- **Coloca a la persona arraigada en situación de máxima vulnerabilidad.** Se atenta contra su dignidad humana al exponerla a sufrimientos psíquicos y, eventualmente, físicos, colocándola en permanente estado de incertidumbre sobre su situación y destino.

- Aceptando sin conceder que el arraigo, *per s*e, no fuese una figura contraria a la CADH:

  — *Su regulación en la legislación mexicana no establece en forma clara cuáles son los* ***presupuestos materiales*** *que deben ser cumplidos para su aplicación en tanto medida restrictiva de la libertad personal (véase 3.1).* ***Debe recordarse que la privación de la libertad es procedente sólo cuando el ente persecutor tiene elementos materiales suficientes, no antes.***

  — *Restringe la libertad de una persona sospechosa para completar medios de prueba y eventualmente formular una imputación. Ergo, su* ***finalidad*** *es contraria a la naturaleza de toda medida cautelar, a saber, combatir los peligros procesales.*

  — ***Se conforma una aberrante medida restrictiva de la libertad de naturaleza pre-procesal con fines investigativos, la cual es palmariamente contraria a la CADH.***

- En suma, dice la Corte IDH, en su sentencia:

> *"(...) este Tribunal encuentra que el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia de 1996 así como el artículo 133 bis al Código Federal Procesal Penal de 1999 que se refieren a la figura del arraigo, y que fueron aplicados en el presente caso, contenían cláusulas que, per se, son contrarias a varios derechos establecidos en la Convención Americana, a saber:* ***el derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente (art. 7.3), al control judicial de la privación de la libertad y la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva (art. 7.5), a ser oído (art. 8.1), a la presunción de inocencia (art. 8.2) y a no declarar contra sí mismo (art.8.2.g). En esa medida,*** *la Corte concluye que el Estado vulneró su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el derecho a la libertad personal (artículo 7) y el derecho a la presunción de inocencia (artículo 8.2) establecidos en el mismo instrumento****, en perjuicio de Jorge Marcial y Gerardo Tzompaxtle Tecpile, y Gustavo Robles López".*[38]

3.3. Sobre la prisión preventiva

La Corte IDH advirtió que en el caso sobre el que versa la sentencia, *el Estado mexicano no aplicó la prisión preventiva oficiosa, razón por la cual no entró a su análisis directo*. Empero, como dije en el apartado 1, ***tal figura sí es alcanzada por las conclusiones de dicha Corte (párrafos 171, 172 y 173) y de las cuales se desprende su palmaria inconvencionalidad.***

La sentencia en análisis se circunscribió **al estudio de la figura de la prisión preventiva que fue aplicada bajo la legislación mexicana vigente** (transcrita a pie de página en el apartado 1 de este estudio).

Al respecto, el Tribunal de San José, concluyó:

i. ***La normativa no hace referencia a las finalidades de la prisión preventiva, ni a los peligros procesales que buscaría precaver, ni tampoco a la exigencia de hacer un análisis de la necesidad de la medida frente a otras menos lesivas*** *para los derechos de la persona procesada, como lo serían otras medidas alternativas a la privación a la libertad.*

ii. Las únicas circunstancias que se toman en cuenta al evaluar la imposición de esta medida cautelar *es que se encuentre comprobada una circunstancia eximente de responsabilidad o de extinción de responsabilidad*. Por ende, *la norma regulatoria mexicana requiere un elevado estándar probatorio para estimar acreditada la extinción o exención de responsabilidad, exigiendo que esté plenamente comprobada para que no se decrete la prisión preventiva.* No se

38 Ibidem., p. 40.

considera, por ejemplo, la necesidad de valorar la concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad ni el grado de desarrollo del delito.

iii. Esa normativa **establece preceptivamente la aplicación de la prisión preventiva para los delitos que revisten cierta gravedad una vez establecidos los presupuestos materiales, sin que se lleve a cabo un análisis de la necesidad de la cautela frente a las circunstancias particulares del caso**.

iv. Que las razones argüidas por el Estado mexicano para justificar las características de su prisión preventiva *"(...) como un mecanismo efectivo para perseguir estos delitos y erradicar estas conductas, no sólo desde el punto de vista de la prevención especial del derecho penal, sino también desde la prevención general, al buscar un efecto disuasorio de la comisión de delitos,"*[39] se desprende que tales razones **no cumplen con las dos únicas finalidades legítimas de la prisión preventiva** por lo que "la prevención general" de ciertos delitos, por más graves que sean, o el "efecto disuasivo" ni son una de ellas ni deberían serlo.

v. En suma: "***Tal como está concebida, la prisión preventiva no tiene finalidad cautelar alguna y se transforma en una pena anticipada."***[40]

Así las cosas, una vez más, la Corte IDH sentenció:

> *"(...) este Tribunal encuentra que el artículo 161 del Código Federal Procesal Penal de 1999, aplicado en el presente caso (supra párr. 43), contenía cláusulas que, per se, resultaban contrarias a varios derechos establecidos en la Convención Americana, como lo son el derecho a no ser privado de la libertad arbitrariamente (art. 7.3), al control judicial de la privación de la libertad (art. 7.5), y a la presunción de inocencia (art. 8.2). En esa medida, la Corte concluye que el Estado vulneró su obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de la Convención Americana en relación con el derecho a la libertad personal (artículo 7) y la presunción de inocencia (artículo 8.2) del mismo instrumento, en perjuicio de Jorge Marcial y Gerardo Tzompaxtle Tecpile, y Gustavo Robles López".*[41]

El apartado IX de la sentencia en análisis se ocupa de las **Reparaciones** para las víctimas a cargo de Estado mexicano, en términos del artículo 63.1 de la CADH, buscando la plena restitución (*restitutio in integrum*). Al efecto la Corte IDH determinó el otorgamiento de *"(...) diversas medidas de reparación a fin de resarcir los daños de manera integral por lo que, además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados."*[42] Este análisis no entra al estudio de estas

39 Ibidem, p. 42.
40 Ibid.
41 Ibid.
42 Ibidem, 49.

medidas por ser más un aspecto de naturaleza victimológica que, en este momento, no será objeto de este trabajo. Pasaré, entonces, al repaso de los puntos resolutivos y los posibles efectos y dificultades que implicará la ejecución y cumplimiento de esta conspicua sentencia.

4. PUNTOS RESOLUTIVOS.

La Corte IDH encontró responsable al Estado mexicano de múltiples violaciones a los derechos humanos:

1. **Por la aplicación del arraigo y la prisión preventiva en perjuicio de las víctimas** vulnerándose, consecuentemente, diversas disposiciones de la CADH, según se precisó en los puntos 3.2 y 3.3;

2. **A la integridad personal y a vida privada**, contenidos en los artículos 5 y 11.2 de la CADH, en relación con las obligaciones de respeto, establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento;

3. **En materia de garantías judiciales y a la protección judicial**, contenidos en los artículos 8.2.b), d), e), y g), y 25.1 de la CADH, en relación con las obligaciones de respeto, establecidas en el artículo 1.1 de la Carta de San José.

Allende de los efectos restitutorios de la sentencia y las obligaciones que se imputa al Estado mexicano en términos de su publicación, el acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional, la atención integral a las víctimas y el pago de las indemnizaciones, **interesan principalmente a nuestro estudio las obligaciones internacionales impuestas, y sus efectos, contenidos en los resolutivos 7, 8 y 14-15**, mismas que se explicitan en el siguiente cuadro:

Obligación	Observaciones
7. El Estado **deberá dejar sin efecto en su ordenamiento interno las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza pre-procesal**, en los términos de los párrafos 210, 211, 214 a 216, y 218 a 219 de la presente Sentencia.	• **México deberá derogar tanto a nivel constitucional como en toda la legislación secundaria que la recoja la figura del arraigo**, porque no obstante ser distinta la redacción de la actual normativa a la vigente en la época en la que sucedieron los hechos motivo de la sentencia, *dicha redacción sigue presentando los mismos problemas que la hacen incompatible con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH*. • **México deberá reformar, específicamente, el artículo 16 de la CPEUM porque su redacción presenta esos mismos inconvenientes**. • La sola derogación de las anteriores disposiciones no es suficiente para garantizar los derechos contenidos en la CADH, **México deberán desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma.**

Obligación	Observaciones
8. El Estado deberá adecuar su ordenamiento jurídico interno sobre prisión preventiva, en los términos de los párrafos 212, 213, y 217 a 219 de la presente Sentencia.	• **México deberá adecuar su ordenamiento jurídico en materia de prisión preventiva, para que sea compatible con la CADH.** • **Esta adecuación comprende la modificación de la normativa secundaria y, por supuesto, la reforma al artículo 19 de la CPEUM.** • La Corte IDH insiste que la sola derogación de las anteriores disposiciones no es suficiente para garantizar los derechos contenidos en la CADH, **México deberán desarrollar prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma.** • Mientras lo anterior sucede, la Corte IDH recuerda a México que, *por lo que hace al arraigo y a la prisión preventiva, deberá seguir ejerciendo* ***"(...) un adecuado control de convencionalidad para que las mismas no afecten los derechos contenidos en la Convención Americana de las personas investigadas o procesadas por un delito".*** [43]
14. El Estado rendirá al Tribunal un informe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia, sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma. 15. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.	• **El plazo otorgado al Estado mexicano para que rinda un primer informe de cumplimiento, es de un año** (27 de enero de 2024). • Las obligaciones internacionales derivadas de esta sentencia subsistirán hasta su cabal cumplimiento, antes de lo cual la Corte IDH no dará por concluido este caso.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Esta sentencia es de una trascendencia singular y no tiene precedente alguno para el Estado mexicano, porque de forma directa la Corte IDH, de conformidad con lo establecido por el artículo 2 de la CADH, le ordena modificar dos artículos de la vigente CPEUM, a la sazón, las partes conducentes de los numerales 16 y 19 en materia de arraigo y prisión preventiva, respectivamente.

Es importante añadir que, a la fecha de entrega de estas páginas para su publicación, casi contemporáneamente, el Estado mexicano fue notificado —el 12 de abril del año

43 Ibid.

que corre—, de una nueva sentencia emitida por la Corte IDH en su contra, la relativa al *Caso García Rodríguez y otro Vs. México*. Ésta reitera la obligación de *"(...) dejar sin efecto en su ordenamiento jurídico interno las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza pre-procesal"*,[44] empleando la misma batería de argumentos plasmados en el punto 3 de este ensayo. Asimismo y específicamente, *esta otra sentencia se refiere puntualmente a la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa*, en el punto 14 de sus resolutivos, obligando al Estado mexicano *a "(...) adecuar su ordenamiento interno en los términos de los párrafos 292 7 293, 295 a 299 y 301 a 303"*[45] de la citada resolución.

En suma, la obligación del Estado mexicano conlleva la derogación del arraigo y la de compatibilizar la prisión preventiva (oficiosa y no) para volverla acorde con lo ordenado por la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

La legislación secundaria en ambas materias deberá seguir la misma suerte que la CPEUM. Mientras tanto, las autoridades respectivas, principalmente los jueces, deberán continuar empleando el control de la convencionalidad *ex officio* para la aplicación conforme tanto del arraigo como de la prisión preventiva; más aún, tienen la obligación de aplicar directamente el sentido de ambas sentencias de la Corte IDH porque son de suya vinculatorias. Por ende, deben abstenerse de solicitar, el Ministerio Público, y el juez conceder, más arraigos, amén de emplear la prisión preventiva únicamente de forma que sea conteste con lo ordenado por la Corte IDH. Preocupa, por ello, el desacato con el que, según se tiene noticia, siguen actuando los jueces mexicanos, salvo excepciones contadas, al continuar autorizando el arraigo y de la prisión preventiva oficiosa. Al respecto resulta inexplicable el silencio de los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas y, por supuesto, de la SCJN.

Tanto la sentencia que aquí hemos analizado, como la última notificada, dejan muy en claro la violación sistémica a derechos humanos en que se encuentra el Estado mexicano al mantener el arraigo y la prisión preventiva oficiosa en su misma Constitución federal. Se olvida que aquello que la Corte IDH está buscando y al parecer aquí se ha perdido de vista, es que:

> *"(...) en un estado de Derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario y procurar, en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia".*[46]

---

44 Cfr. Sentencia caso García Rodríguez y otros vs México, 25 de enero de 2023 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, pp. 87-88. Cabe decir, que esta sentencia fue emitida, también, por otras violaciones graves a derechos humanos, a saber, tortura, violación del principio de plazo razonable y a la regla de la exclusión de la prueba obtenida bajo coacción, al derecho de defensa, al de interrogar a los testigos y de obtener la comparecencia de los mismos.

45 Ibidem, p. 88.

46 Ibidem, p. 38.

La reticencia a la aplicación del contenido de estas sentencias significa, también, una clara vulneración al predicado del artículo 2 de la CADH, en el sentido de que el Estado mexicano no sólo tiene el deber de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de dicha Convención, las medidas legislativas que permitan hacer efectivos los derechos humanos contenidos en la Carta de San José, sino a proceder también a la *"(...) supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención."* [47]

En principio, las acciones de cumplimiento de esta sentencia quedarían a cargo, primariamente, de la Secretaría de Gobernación, a través de su Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración, así como por la Secretaría de Relaciones Exteriores.[48] Dichas acciones comportarán dificultades jurídicas y políticas singulares, porque lo ordenado por la Corte IDH, a diferencia de otras sentencias emitidas contra México —salvo las dificultades del ya referido y comentado caso Radilla cuyo cumplimiento quedó en buena medida a cargo de la SCJN, principalmente respecto de la implementación del control de la convencionalidad *ex officio*— obliga a preparar una iniciativa de reforma constitucional —en mi criterio a cargo del Ejecutivo Federal— para proceder a la reforma de los dos dispositivos de la CPEUM antes referidos.[49]

Lo anterior implicará serias complicaciones políticas porque el actual titular de la SEGOG hizo públicas, respecto de la sentencia que nos ocupa, desafortunadas declaraciones en el sentido de que **la Corte IDH se había extralimitado** y que " (...) *no había poder alguno sobre la Constitución ni del Estado mexicano*" (sic).[50] Estas invectivas del secretario de marras pueden ser interpretadas como una postura consistente con el rudimentario *comunitarismo* y el modelo *estatista* que practica el actual gobierno en términos del discurso nacional e internacional en materia de derechos humanos,[51]

---

47 Ibidem, p. 39.

48 Sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH puede consultase: Juárez Sánchez, Ana Leslye, "Mecanismos de cumplimiento de las sentencias que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Estado mexicano", en EPIKEIA, *Revista del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades*, Universidad Iberoamericana, León, Número 45, Septiembre 2022, pp. 88-89.

49 Por cierto, el 2 de mayo de este año aparecieron el DOF los *"Lineamientos para la coordinación en el cumplimiento de las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos al Estado mexicano"*, mismos que, al parecer, sólo resultan aplicables a las determinaciones de los órganos provenientes del sistema de derechos humanos de la ONU, no quedando implicado el cumplimiento de los informes de la CIDH ni de las sentencias de la Corte IDH.

50 Cfr. *"Es un despropósito": Adán Augusto se lanzó contra la Corte IDH por sentencia contra la prisión preventiva." El titular de la Segob aseguró que no había poder alguno por encima de la Constitución ni del Estado mexicano*, en https://www.infobae.com/mexico/2023/02/04/es-un-desproposito-adan-augusto-se-lanzo-contra-la-corte-idh-por-sentencia-contra-la-prision-preventiva/

51 Para el **comunitarismo** el centro de gravedad en materia de justicia no es el individuo, la persona humana, sino la comunidad; el concepto de un individuo autónomo y racional es una falsa entelequia. De ahí proviene la idea de que es esa comunidad (o el pueblo bueno) el horizonte de certidumbre de cualquier última decisión en la materia, lo que justificaría, si es el caso, sacrificar los derechos humanos individuales de las personas en situaciones coyunturales, es decir, en colisiones de principios. A su vez, el **estatismo** constituye una posición que asumen todavía algunos Estados en el ámbito del Derecho

discurso que los pone constantemente en entredicho y trasluce un supino atraso o desprecio de esta materia.

Por eso, no está de más decir que esta sentencia pondrá a prueba la solidez del Estado de Derecho en México y su incipiente democracia constitucional, su compromiso con los derechos humanos y la disposición jurídico-política de cumplir a cabalidad con las obligaciones internacionales asumidas en ese ámbito desde el siglo pasado. De otro modo, de concretarse en la realidad el tenor de las declaraciones del Secretario de Gobernación, México tendría que denunciar la CADH, siguiendo los ejemplos de Venezuela y Perú (en su momento).

La sentencia, además, tiene efectos colaterales, principalmente para la SCJN en relación con criterios jurisprudenciales abiertamente contrarios a los principios pro-persona, progresividad y *effet utile*, en particular la tesis de las restricciones constitucionales. Ésta termina justificando el arraigo como una de las tantas restricciones expresas que contiene la CPEUM a los derechos humanos. Además, puede sugerirse que ambas sentencias de la Corte IDH le ahorra a la Suprema Corte mexicana, la espinosa tarea de *"(...) quitarle hojas a la Constitución"*, como chabacanamente apostilló alguno de sus ministros, [52] en relación con la evidente inconstitucionalidad de la prisión preventiva oficiosa. Efectivamente, el Tribunal de San José ha dicho que tal y como está regulada la prisión preventiva en nuestro ordenamiento jurídico no posee finalidad cautelar alguna, terminando por convertirse en una vulgar pena anticipada. Razonamiento que, a mayoría de razón, se aplica a la prisión preventiva obligatoria para cierto tipo de delitos.

La decisión anunciada por el Congreso de la Unión en torno a su intención de agregar al artículo 19 de la CPEUM el *tráfico ilegal de armas* como otro ilícito grave que se suma a la cada vez más larga lista de delitos a los que se aplica la prisión preventiva oficiosa, implica una flagrante violación al artículo 2 de la CADH. El Estado mexicano debe recordar su obligación de evitar la promulgación de leyes que impidan el libre ejercicio de los derechos humanos y libertades consagrados en la CADH; lo anterior, de acuerdo con el efecto propositivo del ya referido principio del *effet utile*.

Esta sentencia de la Corte IDH corrobora, una vez más una hipótesis insistentemente sostenida por mí, por supuesto a la par de otros autores, hipótesis que afirma lo siguiente: la vigencia y eficacia de los derechos humanos depende, antes que de su

---

Internacional, posición que sostiene los derechos humanos siguen siendo, principalmente, un asunto atinente a la soberanía nacional y, colateralmente, un tema que corresponde a las relaciones entre Estados. Véase al respecto: Álvarez Ledesma, M. I., *Derechos humanos...*, op. cit., pp. 39-41 y 323, respectivamente.

52 Cfr. "*Ministro Luis María Aguilar retira el proyecto sobre prisión preventiva oficiosa. El ministro Luis María Aguilar señaló que presentará un nuevo proyecto con las coincidencias de los integrantes de la SCJN*", en https://www.forbes.com.mx/ministro-luis-maria-aguilar-retira-el-proyecto-sobre-prision-preventiva-oficiosa/

positivización (en Constituciones políticas y tratados internacionales), *de la salud y fortaleza de sus presupuestos funcionales*. Es decir, de la solidez de su régimen democrático, la entereza y viabilidad de su Estado de Derecho, su pluralismo moral y político, y de un desarrollo económico dispuesto a invertir en el costo que conlleva mantener la infraestructura de una adecuada prevención, vigilancia y exigibilidad de los derechos humanos como muestra inequívoca de que a éstos, el Estado en cuestión, se los toma realmente en serio.

Y el Estado se toma los derechos humanos en serio si y solo si es capaz de salvaguarda la libertad de sus gobernados como un valor fundamental. El arraigo y la prisión preventiva —oficiosa y no— tal y como están regulados por nuestra propia CPEUM dejan la libertad de los gobernados sumamente expuesta y desprotegida en un sistema penal tan poco confiable y desgraciadamente tan corrupto como el nuestro. La Corte IDH, a través de su sentencia, nos ofrece la oportunidad de comenzar a corregir tan terribles entuertos. Ya es tiempo.

FUENTES DE CONSULTA

Álvarez Ledesma, Mario Ignacio,

— *Acerca del concepto derechos humanos*, 2ª. Ed., Anales de Jurisprudencia, Poder Judicial de la Ciudad de México, México, 2021.

— "Apuntes al artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos producto de la reforma en derechos humanos del 2011", en *La Constitución mexicana de 2017, Cien años después*, (Vicente Fernández Fernández *et al*., coordinadores) Porrúa, México, 2017.

Derechos Humanos. Una visión multidimensional, McGraw-Hill. 1e. ed., México, 2023.

Introducción al Derecho, 4ª. Ed., McGraw-Hill, México, 2020.

— "La situación de los derechos humanos en México. Un approach teórico-funcional", en *Diritto e Processo*, Annuario giuridico della Università degli Studi di Perugia, Perugia, 2016.

— "Los presupuestos teórico-funcionales de los derechos humanos como teoría de la justicia", *Derechos Humanos México, Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, año 1, número 1, 2006.

— "Sobre el artículo 1º de las Constituciones de 1857 y 1917" en *Jurípolis. Revista de Derecho y Política. Departamento de Derecho, División de Humanidades y Ciencias Sociales*, No. 7, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México, México, 2007.

Amnistía internacional, México: Militarizar la seguridad pública generará más violaciones de derechos humanos y perpetuará la impunidad, en https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/mexico-militarizar-la-seguridad-publica-generara-mas-violaciones-de-derechos-humanos-y-perpetuara-la-impunidad/

Apolinar Valencia, Benjamín, "Arraigo penal, una forma constitucional de tortura y violación a derechos humanos", en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37734.pdf

Burgoa, Ignacio, *Las garantías Individuales*, Editorial Porrúa, México, 1988.

Coca, *Fernando, "Es un despropósito": Adán Augusto se lanzó contra la Corte IDH por sentencia contra la prisión preventiva." El titular de la SEGOB aseguró que no había poder alguno por encima de la Constitución ni del Estado mexicano*, en https://www.infobae.com/mexico/2023/02/04/es-un-desproposito-adan-augusto-se-lanzo-contra-la-corte-idh-por-sentencia-contra-la-prision-preventiva/

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución N.º 01/9017 de mayo de 1990 sobre los Casos 9768, 9780 y 9828 (México), en http://www.cidh.org/annualrep/89.90span/cap3d.htm

Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C., El arraigo hecho en México: violación a los derechos humanos. Informe ante el Comité Contra la Tortura con motivo de la revisión de los 5° y 6° informes periódicos de México, en https://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/docs/ngos/CMDPDH_OMCT_Mexico_CAT49_sp.pdf

Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General de la ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. México, 5 de octubre de 2009, en https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7984.pdf,

Corte Interamericana de Derechos Humanos,

— *Caso García Rodríguez y otros vs México*, Sentencia de 25 de enero de 2023 (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

— *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

— *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)

— *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México*. Sentencia de 7 de noviembre de 2022 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

Cossío, José Ramón *et al.*, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 298/2011 y 21/2011, Porrúa, México, 2015.

De la rosa, Yaret, "Ministro Luis María Aguilar retira el proyecto sobre prisión preventiva oficiosa. El ministro Luis María Aguilar señaló que presentará un nuevo proyecto con las coincidencias de los integrantes de la SCJN", en https://www.forbes.com.mx/ministro-luis-maria-aguilar-retira-el-proyecto-sobre-prision-preventiva-oficiosa/

Díaz-Silveria Santos, Cintia, "La cláusula de derechos humanos y democráticos en las relaciones entre la UE y América Latina y el Caribe", en https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_1_2007_1/REIB_01_C_Diaz-Silveira.pdf

Ferrajoli, Luigi, "Sui fondamenti dei diritti fondamentali. Un approccio multidisciplinare", *en Rivista Studi sulla questione criminale*, 2/2010, maggio-agosto, Cresci Editore.

Gómez Fierro, Juan Pablo, *Una nueva acción de inconstitucionalidad en México*, Tirant lo Blanch, México, 2023.

González Ibarra, Juan de Dios y Peña Rangel, Emilio, *Violación al derecho de presunción de inocencia en el proceso penal acusatorio*, El Colegio de Morelos, Morelos, 2023 (en prensa).

Gutiérrez, Juan Carlos y Cantú, Silvano, "El arraigo y la seguritización de la justicia penal", en https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28473.pdf

Human Rights Watch. "México: La militarización de la seguridad pública amenaza los derechos humanos," en https://www.hrw.org/es/news/2022/08/26/mexico-la-militarizacion-de-la-seguridad-publica-amenaza-los-derechos-humanos y https://la-lista.com/derechos-humanos/2022/11/04/la-militarizacion-tendra-efectos-en-mexico-por-decadas-juanita-goebertus

Ignatieff, Michael, *Los derechos humanos como política e ideología* (Trad. Francisco Beltrán Adell), Editorial Paidós, Barcelona, 2003.

Juárez Sánchez, Ana Leslye, "Mecanismos de cumplimiento de las sentencias que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Estado mexicano", en EPIKEIA, *Revista del Departamento de Ciencias Sociales y Humanidades*, Universidad Iberoamericana, León, Número 45, Septiembre 2022

Serrano Guzmán, Sil via, *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación,

— *Acción de inconstitucionalidad 20/2003* de 5 de enero de 2005, en https://dof.gob.mx/nota_to_doc.php?codnota=4987308

— *Contradicción de Tesis 293/201 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito*, en https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/CT%20293-2011.pdf

Zedrik, Raziel, "Morena impulsa una reforma para evitar que los acusados queden libres cuando se dan fallos en el debido proceso", en https://elpais.com/mexico/2023-03-05/morena-impulsa-una-reforma-para-evitar-que-los-acusados-queden-libres-cuando-se-dan-fallos-en-el-debido-proceso.html

EL ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA COMO DERECHO HUMANO

Eugenia Paola Carmona Díaz de León*

RESUMEN: En este trabajo se determinará si es posible entender el acceso a la electricidad, como un derecho humano, así como el papel del Estado Mexicano como rector del sistema eléctrico nacional y, en particular, el deber de la Compañía Federal de Electricidad como órgano garante del derecho humano de acceso a la electricidad.

PALABRAS CLAVE: derecho al acceso a la energía eléctrica, derechos económicos, sociales y culturales, derecho al desarrollo, rectoría del Estado en materia económica

ABSTRACT: In this paper it will be determined if it is possible to understand the access to electricity, as human right, the role of the Mexican State as the principal performer of the national electrical system and the duty of the Federal Electricity Company as the guarantor of the human right of access to electricity.

KEYWORDS: right to access electricity, economic, social and cultural rights, Human rights, right to development

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA COMO DERECHO HUMANO. II. EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA Y LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. III. ALTERACIÓN DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN UN CONTRATO COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA. CONCLUSIONES. FUENTES.

INTRODUCCIÓN

El trabajo que el lector tiene en sus manos parte de la hipótesis de considerar al acceso a la electricidad como derecho humano. Para tal efecto, se inicia con la noción de derecho contractual, para continuar con la división de los derechos humanos de Joseph Raz entre derecho-núcleo y derecho-derivado, y así proseguir con la comprensión del acceso a la electricidad como condición material necesaria para la consecución de derechos económicos, sociales y culturales, inserta en instrumentos internacionales y regionales, como La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), la Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,

* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigadora del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. 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). Contacto: pcarmona@eld.edu.mx

la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), el Protocolo de San Salvador, en contraste con nuestra Constitución Política.

Una vez que se concluye que, en efecto, el derecho de acceso a la electricidad es un derecho humano, a partir de la interpretación sistemática de los ordenamientos mencionados, en el segundo apartado se analiza la manera como en el orden jurídico nacional, el Estado Mexicano se ha arrogado la rectoría exclusiva en relación al control del sistema eléctrico nacional, así como del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica a través de la Compañía Federal de Electricidad (CFE), y que por ley, cuando ésta celebra un contrato con un particular, éste debe considerarse de derecho privado, pero que, en el caso de que la empresa privada incumpla, la responsabilidad frente a los consumidores de energía eléctrica recae en la CFE, como efecto vertical de los derechos humanos, de conformidad a lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), ya que el Estado es responsable por acción como por omisión de cualesquiera de sus poderes, órganos u organismos cuando se les consideren *garantes de derechos humanos*, así por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación por la obra de un particular.

Asimismo, el tercer acápite parte del supuesto del incumplimiento de un contrato celebrado entre la CFE y una empresa particular para el suministro de electricidad, para afirmar que si la primera incumple al no proveerle los recursos necesarios para que la segunda cumpla con el objeto del contrato, la CFE no puede alegar la cláusula *rebus sic stantibus*, a pesar de que sea un acuerdo de carácter privado, de conformidad con la Ley de la CFE, toda vez que el Código Civil Federal es omiso respecto a esta cláusula, no se puede aplicar por analogía la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la causa final del contrato es la satisfacción del derecho humano de acceso a la electricidad.

I. EL ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA COMO DERECHO HUMANO

En el siglo XXI la energía eléctrica es un bien de primera necesidad. Atrás quedó la concepción de ésta como un artículo o un accesorio de lujo, debido a que un alto número de actividades cotidianas involucran la presencia de la electricidad, desde la refrigeración de alimentos y de medicamentos, la calefacción y el aire acondicionado de las viviendas, hasta el trabajo a distancia o el proceso educativo a través de plataformas en internet, fenómenos que se magnificaron con la pandemia del COVID-19.

Sin embargo, la consideración del acceso a la energía eléctrica como derecho humano no es tan claro aún dentro de la propia clasificación de estos derechos. Por una parte, se ha mantenido una postura limitada al contemplarlo como un «derecho contractual», entendido éste como "el derecho dependiente de una relación específica entre bienes

humanos [...] cuyas reglas deben basarse en el acuerdo entre los miembros"[1], lo que en el caso específico trae como consecuencia su reducción a un mero derecho del consumidor, toda vez que la electricidad queda supeditada a las exigencias del mercado, y por lo tanto, se corre el riesgo de excluir a las personas que por razones de desigualdad carezcan de capacidad económica y material para contratarla. Henry Shue, critica esta visión del acceso a la electricidad como «derecho contractual» a partir de un peculiar juego de palabras: para las personas, "el derecho a algo no es el derecho a tener derecho a algo"[2], en otras palabras, lo importante, más allá del derecho en sí es que el mercado brinde el bien que es objeto del derecho. Por esta razón, se considera importante contar con otro tipo de enfoque acerca del acceso a la electricidad: el enfoque desde los derechos humanos, puesto que éste influye no sólo en las palabras, sino en los hechos[3].

Precisamente, una segunda postura pretende encuadrar al derecho de acceso a la electricidad como un derecho humano universal, derivado de la importancia que ésta tiene en la vida de cada persona[4]. De acuerdo con esta consideración se presentan dos problemas: el primero radica en el tratamiento del acceso a la electricidad como un derecho, debido a que depende de factores empíricos relacionados con su generación a partir de energía fósil, lo que conlleva a otros problemas por los costos ambientales o porque la electricidad no necesariamente es la mejor vía para satisfacer necesidades, particularmente en las áreas rurales de los países pobres[5]; y el segundo, en la translación del acceso a la electricidad al lenguaje de los derechos humanos, puesto que a lo largo del tiempo ésta ha quedado subsumida en los derechos a la energía y al desarrollo, por lo que hacer hincapié únicamente en la electricidad puede derivar en el encubrimiento de desigualdades en otros rubros, como el acceso al agua, a la salud o a una vivienda digna[6]. Esto es más evidente si se comparan países de Europa y Norteamérica que han satisfecho casi en su totalidad el acceso a la electricidad en los medios citadino y rural, a diferencia de otros Estados más pobres, que a pesar de comprometerse a brindar el mismo servicio están lejos de lograrlo por los retos que implica la expansión nacional de las redes eléctricas[7].

Sin embargo, una tercera posición califica al acceso a la electricidad como un «derecho derivado». Para tal efecto, debe recordarse la distinción que hacía Joseph Raz respec-

---

1 Cfr., Löfquist, Lars, "Is there a universal human right to electricity?", *The International Journal of Human Rights*, 24, 2019 Vol. 6, pp. 714-715, disponible en: https://doi.org/10.1080/13642987.2019.1671355 [consultado el 23 de mayo de 2023, 01:24 hrs.]

2 Cfr. Shue, Henry, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U. S. Foreign Policy,* Princeton, Princeton University Press, 1980, p. 15, citado por Löfquist, Lars, *ibidem,* p. 715.

3 Cfr., Tully, Stephen, "The Human Right to access clean energy", en *Journal of Green Building*, 2, 2008, Vol. 3, pp. 141, disponible en: http://meridian.allenpress.com/jgb/article-pdf/3/2/140/1765288/jgb_3_2_140.pdf [consultado el 26 de mayo de 2023].

4 Cfr., Löfquist, Lars, *op. cit.*, p. 718.

5 *Ibidem*, p. 719.

6 *Idem.*

7 Cfr. Tully, Stephen, "The Human Right to access clean...", *op. cit.*, p. 141.

to a los «derechos-núcleo» determinados por el propio sistema jurídico, y los «derechos-derivados», es decir, aquellos derechos cuya existencia se deduce y se justifica a partir de los primeros[8]. Así, el acceso a la electricidad se entiende como una condición material necesaria para la consecución de otros derechos como el derecho al agua, a la vivienda, a la educación, a la información, al trabajo o al desarrollo sostenible, y por lo mismo, adquiere a la vez el carácter de «derecho-derivado»[9]. La comprensión del acceso a la electricidad como derecho humano derivado se fortalece al vincularlo con los derechos humanos al desarrollo y a una vivienda digna. Lo que no es óbice para poner sobre la mesa de discusión el señalamiento de que este derecho tiene raigambre jurídica a partir de diversos instrumentos internacionales y en nuestro país ha comenzado a adquirir carta de naturalización por la vía jurisprudencial, como se analizará en el apartado correspondiente.

Los primeros estadios para determinar que el acceso a la electricidad es un derecho humano se encuentran en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (DUDH) de 1948[10], que en sus artículos 22, 23.1, 26.1 y 25.1 establece respectivamente la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad; al trabajo bajo condiciones equitativas y satisfactorias; a la educación; y sobre todo a un nivel de vida adecuado, que asegure entre otras cuestiones la alimentación, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios:

> **Artículo 22.** 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.
>
> **Artículo 23.1.** Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo [...]
>
> **Artículo 25.1.** 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 [...]

---

8 Cfr., Raz, Joseph, "On the Nature of Rights", *Mind*, 370, 1984, Vol. 93, p. 197, disponible en https://www.jstor.org/stable/2254002, [consultado el 21 de mayo de 2023, 10:15 hrs.]

9 Cfr., Tully, Stephen, "The Human Right to Access Electricity", *The Electricity Journal*, 3, 2006, Vol. 19, p. 38, disponible en: http://doi:10.1016/j.tej.2006.02.003 [consultado el 23 de mayo de 2023, 22:00 hrs.]

10 La Declaración se adoptó el 10 de diciembre de 1948. Cabe señalar que en tesis aislada, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sido explícita en el tratamiento que se le da a la Declaración, en tanto que al no tener la naturaleza jurídica de un tratado internacional de conformidad con lo establecido en la Constitución Política, sus preceptos sólo pueden invocarse por los tribunales como principios al momento de interpretar los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales incorporados a nuestro sistema jurídico. Cfr., Registro 2006533, Tesis 1a. CCXVI/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Libro 6, mayo de 2014, p. 539.

> **Artículo 26.1.** Toda persona tiene derecho a la educación [...] [11].

Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales* (PIDESC)[12] también reconoce en su artículo 11.1 el derecho a un nivel de vida adecuado que comprende la alimentación, el vestido y la vivienda, sin embargo, añade la obligación de los Estados Partes de tomar las medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho: "Artículo 11.1. Los Estados Partes 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 [...]"[13]. Una obligación que se complementa con el principio de progresividad establecido en el artículo 2.1 que prevé el compromiso de los Estados a adoptar medidas económicas, jurídicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr la plena efectividad de los derechos contemplados en dicho tratado:

> **Artículo 2.1.** Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos [...] [14].

A su vez, la *Observación General No. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU*, que es el órgano facultado para supervisar la aplicación del PIDESC, determinó en el párrafo 8.b que todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso, entre otros recursos naturales y comunes, *a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado*, a agua potable, e instalaciones sanitarias y de aseo, de *almacenamiento de alimentos:*

> 8. Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se pueden considerar que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que

11 UNRIC, OACDH, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, ONU, Ginebra, s/a, pp. 48, 52, 54, disponible en: https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf [consultado el 20 de mayo de 2023, 19:00 hrs.]

12 Ratificado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 12 de mayo de 1981. Entrada en vigor para nuestro país 23 de junio de 1981. Rodríguez y Rodríguez, Jesús (comp.), *Instrumentos internacionales sobre derechos Humanos ONU-OEA*. CNDH, México, 1998, t. I, p.30.

13 *Ibidem*, p. 34.

14 *Ibídem*, p. 31.

> deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes: [...] b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. *Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente* a recursos naturales y comunes, a agua potable, a *energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado*, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia [...][15].

De ahí se infiere también que el nivel de vida adecuado comprende las condiciones materiales mínimas que la mayoría de los humanos asumen como necesarias asegurar la buena calidad de subsistencia; y si el acceso a la electricidad no se menciona específicamente en la *Observación General No. 4,* se debe hacer hincapié en que ésta es un tipo de energía y por lo tanto, forma parte de las condiciones materiales para que se alcancen otros bienes como la alimentación, la vivienda, la salud e incluso el agua, lo que refuerza su de derecho derivado[16].

A diferencia de los instrumentos internacionales mencionados con antelación, *la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW)[17], sí hace un señalamiento explícito en el artículo 14.2 acerca del derecho de acceso a la electricidad como derecho humano, al determinar que, en el medio rural, las mujeres tendrán derecho a gozar de ésta en las mismas condiciones de igualdad que los hombres:

> **Artículo 14.2.** Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: [...] g) Gozar de condiciones de vida adecuada, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, *la electricidad*, el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones[18].

Una de las razones por las cuales se acotó este derecho al ámbito rural, radica en que la desigualdad entre ambos sexos se evidencia con mayor crudeza precisamente en las labores y la vida del campo. Si este precepto se interpreta por mayoría de razón, puede concluirse que la igualdad de condiciones en el derecho de acceso a la electricidad entre ambos sexos —y por lo tanto entre los seres humanos— debe prevalecer con independencia del medio y la actividad que se desarrolle. Sin embargo, cabría también una

---

15 CESCR, Observación General No. 4 (General Comments), E/1992/23, disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf [consultado el 27 de mayo de 2023, 17:34 hrs.]

16 Cfr., Löfquist, Lars, *op. cit.*, pp. 714, 722.

17 Ratificado por México el 23 de marzo de 1981 y publicado en el DOF el 12 de mayo de 1981. Entrada en vigor para nuestro país 3 de septiembre de 1981. Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *op. cit.*, t. II, p. 481.

18 *Ibídem*, pp. 488-489.

interpretación restrictiva a partir de la cual se le niega precisamente la característica de universalidad al derecho humano de acceso a la electricidad, puesto que se circunscribe únicamente a las mujeres, concretamente a las mujeres que viven en el campo[19], por lo que debe destacarse la importancia de este tratado, ya que al formar parte del bloque de constitucionalidad enunciado en el artículo 1º. de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (CPEUM), en caso de su violación, puede aplicarse en sede judicial por la vía del control de convencionalidad.

> **Artículo 1o.** 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, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia [...][20]

En el ámbito interamericano, la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (DADDH) en su artículo XXIII determina que "[...] la propiedad privada deberá cubrir las necesidades esenciales de una vida decorosa que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar"[21], un precepto que se complementa con el compromiso de los Estados de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenido en el artículo 26 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH):

> **Artículo 26.** Desarrollo Progresivo. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.[22]

Así como en el artículo primero del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador):

> **Artículo 1.** Obligación de adoptar medidas. Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se

19 Cfr., Löfquist, Lars, *op. cit.*, p. 713.
20 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_170521.pdf
21 Cfr., Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *op. cit.*, t. III, p. 1046.
22 *Ibídem*, p. 1060.

> comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo[23].

Al igual que los instrumentos pertenecientes al Sistema Universal de los Derechos Humanos mencionados —con excepción de CEDAW—, los del sistema interamericano son omisos respecto al acceso a la electricidad. Sin embargo, se considera que se pueden aplicar por analogía los mismos argumentos en ambos casos. Por otra parte, la CPEUM reconoce derechos económicos sociales y culturales en diversos artículos como el tercero: "Artículo 3o. Toda persona tiene derecho a la educación [...] [24], así como en los artículos cuarto y sexto de la propia Ley Fundamental:

> **Artículo 4o.** [...] Toda persona tiene *derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad.* El Estado lo garantizará [...] Toda Persona tiene *derecho a la protección de la salud*. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, [...] Toda persona tiene *derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar.* El Estado garantizará el respeto a este derecho [...] Toda persona tiene *derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua* para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho [...] Toda familia tiene *derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa*. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo [...] Toda persona tiene *derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia*, así como el ejercicio de sus derechos culturales [...][25],
>
> **Artículo 6o.** La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado. Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión. El Estado garantizará *el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios* [...][26]

23 *Ibídem*, p. 1079.
24 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ... op. cit.*
25 El subrayado es de la autora. *Ídem.*
26 El subrayado es de la autora. *Ídem.*

Y prevé que el Estado los garantizará, además de que en la legislación se establecerán los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. Esta protección aunada a la interpretación del bloque de convencionalidad y del principio *pro homine* contenidos en el artículo primero, nos llevan a la necesidad de reforzar el deber de reconocimiento al acceso a la electricidad como un derecho humano, tal como lo establece la tesis I.3o.C.100 K (10a.), emitida por el Poder Judicial de la Federación:

> ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA. DEBE RECONOCERSE COMO DERECHO HUMANO POR SER UN PRESUPUESTO INDISPENSABLE PARA EL GOCE DE MÚLTIPLES DERECHOS FUNDAMENTALES. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce derechos humanos económicos, sociales y culturales como la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad; la educación de calidad; el acceso a los servicios de protección de la salud; un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas; la vivienda digna y decorosa; el acceso a la cultura; el acceso a la información y a sus tecnologías, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el Internet; la libertad de expresión e imprenta; la libertad de profesión, industria, comercio y trabajo; entre otros. El ejercicio de estos derechos depende cada vez y en mayor medida del suministro de energía eléctrica. En efecto, en el estado actual del desarrollo científico y tecnológico, los satisfactores materiales e inmateriales (tangibles e intangibles), *se encuentran estrechamente ligados a la energía eléctrica, la cual es usada en prácticamente todos los ámbitos de la actividad humana para generar energía lumínica, mecánica y térmica, así como para el procesamiento de la información y la realización de las telecomunicaciones. Por esta razón, el acceso a la energía eléctrica debe reconocerse como un derecho humano por ser un presupuesto indispensable, al constituir una condición necesaria para el goce de múltiples derechos fundamentales*[27].

Puesto que como se ha mencionado en los párrafos que anteceden, la energía eléctrica es condición material para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales y puede interpretarse como un derecho autónomo por la vía del control de convencionalidad de CEDAW y como un derecho derivado del análisis sistemático de ésta y los instrumentos universales —DUDH, PIDESC—, interamericanos —DADDH, CADH, Protocolo de San Salvador— y nuestra Ley Fundamental.

II. EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA Y LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

¿Puede el derecho humano de acceso a la energía eléctrica alterar el contenido de las obligaciones pactadas en un contrato celebrado entre la Compañía Federal de Electricidad y un particular para el suministro de energía eléctrica? para responder este

27 El subrayado es de la autora. Registro 2018528, Tesis I.3o.C.100 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, Libro 61, diciembre de 2018, p. 959.

cuestionamiento, es necesario poner en contexto quiénes son las partes y cuáles son las obligaciones que tienen respecto al cumplimiento de derechos humanos.

En el marco jurídico constitucional, el Estado Mexicano ejercerá la rectoría de manera exclusiva respecto al control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, con el objeto de proteger la seguridad y la soberanía de la Nación, para lo cual contará con los organismos y las empresas que requiera para el eficaz manejo de esta área estratégica a su cargo:

> **Artículo 28.** [...] No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: [...] la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica [...] el Estado al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia. El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado [...] [28]

Los cuales estarán a cargo del sector público y serán de la propiedad del Gobierno Federal:

> **Artículo 25.** [...] El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica [...] la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneraciones de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar. Asimismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo [...] [29]

La Compañía Federal de Electricidad cubre estas características, puesto que de acuerdo con los artículos segundo y cuarto de su Ley, es una empresa productiva del Estado, de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio

28 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos... op. cit.*
29 *Ídem.*

propios, así como con autonomía técnica, operativa y de gestión, teniendo como objeto prestar, en términos de la legislación aplicable, el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, por cuenta y orden del Estado Mexicano:

> **Artículo 2**.—La Comisión Federal de Electricidad es una empresa productiva del Estado de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios y gozará de autonomía técnica, operativa y de gestión, conforme a lo dispuesto en la presente Ley.
>
> La Comisión Federal de Electricidad tendrá su domicilio en el Distrito Federal, sin perjuicio de que para el desarrollo de sus actividades pueda establecer domicilios convencionales tanto en territorio nacional como en el extranjero.
>
> [...]
>
> **Artículo 4.**—La Comisión Federal de Electricidad tiene como fin el desarrollo de actividades empresariales, económicas, industriales y comerciales en términos de su objeto, generando valor económico y rentabilidad para el Estado Mexicano como su propietario.
>
> En la ejecución de su objeto, la Comisión Federal de Electricidad deberá actuar de manera transparente, honesta, eficiente, con sentido de equidad, y responsabilidad social y ambiental, procurando el mejoramiento de la productividad con sustentabilidad para minimizar los costos de la industria eléctrica en beneficio de la población y contribuir con ello al desarrollo nacional. Asimismo, la Comisión Federal de Electricidad garantizará el acceso abierto a la Red Nacional de Transmisión y a las Redes Generales de Distribución, la operación eficiente del sector eléctrico y la competencia.[30].

A pesar de la naturaleza jurídica de la Compañía Federal de Electricidad, el segundo párrafo del artículo 82 de su Ley establece que "Una vez firmado el contrato, éste y todos los actos o aspectos que deriven del mismo serán de naturaleza privada y se regirán por la legislación mercantil o común aplicable"[31]. Por lo que en un primer acercamiento se considera que el derecho humano de acceso a la electricidad *no altera el contenido de las obligaciones pactadas entre las partes,* puesto que el contrato celebrado entre la CFE y una empresa particular para el suministro de electricidad es de carácter privado y por lo tanto sólo afecta a las partes involucradas en él.

Sin embargo, flota en el aire la duda acerca del objetivo último que se persigue con él, y que no es otro que la provisión de energía eléctrica a la población. Por lo que se deben hacer algunas precisiones respecto a quiénes violentan un derecho humano, de qué manera y en su caso, determinar a las posibles víctimas, en el supuesto de que la empresa privada incumpliera con el contrato. Siguiendo esta línea de pensamiento, en un primer término se atribuye la violación de un derecho humano a los Estados —incluso para la determinación de su responsabilidad internacional— al atender el

---

30 *Ley de la Comisión Federal de Electricidad*, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LCFE_110814.pdf

31 Cfr. artículo 82, *Ídem.*

llamado *efecto vertical* de los Derechos Humanos, debido a que éstos se caracterizan *porque sus obligaciones correlativas recaen en los Estados y no en otros individuos —o grupos de individuos—*:

> 164. El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, *de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención.*
>
> [...]
>
> 169. Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.
>
> 170. Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de Derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno[32].

Sin embargo, como consecuencia del fortalecimiento de una economía cada vez más globalizada en la que se presenta la participación cada vez mayor de las empresas —particularmente transnacionales—, se le ha dado cada vez mayor importancia a su posible participación como agentes violadores de derechos humanos, debido a que también los Estados han reducido su tamaño y su autoridad en áreas que les correspondían por su propia naturaleza, lo que generado el surgimiento de *áreas grises* que favorecen el interés de privado de las empresas sobre los derechos económicos, sociales y culturales, por lo que se requiere de la revisión sistemática y sanciones efectivas del sector público[33].

Esta tendencia ha sido motivo de preocupación del *Sistema Universal de Derechos Humanos* (SUDH), de tal manera que se han emitido por parte del *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas* (CDESCUN) y de la *Organización Internacional del Trabajo* (OIT) diversos instrumentos en los que se han

---

32 Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, párr. 164, 169-170.

33 Cfr., Jochnick, Chris, "Confronting the impunity of Non-State Actors: New Fields for the promotion of Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, 1, vol. 21, 1999, pp. 63-64, disponible en: https://www.jstor.org/stable/762736

planteado principios de actuación, así como la creación de un códigos de ética para que regulen el comportamiento de las empresas, a partir de los cuales se ha intentado determinar la responsabilidad internacional de las corporaciones internacionales, sin mucho éxito hasta el momento[34].

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha precisado que los Estados sólo son responsables de violaciones a derechos humanos cometida por particulares si sus agentes se encuentran en posición de garantes de esos derechos, ya sea por acción u omisión:

> 172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial.
>
> No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. *En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención*[35].

Sin embargo, este órgano jurisdiccional ha considerado que "debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de las obligaciones de garantía, considerando la previsibilidad de un riesgo real e inmediato"[36].

El Estado Mexicano ha conservado hasta hoy, la rectoría en materia económica. Es decir, el Estado Mexicano continúa siendo órgano garante del desarrollo nacional, para lo cual orientará la actividad económica nacional y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el *interés general* en el marco de libertades que otorga la propia Ley Fundamental:

---

34 Cfr., Orenlicher, Diane, Gelatt, Timothy, "Public Law, Private Actors: The impact of Human Rights on Business Investors in China Symposium: Doing Business in China", en *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1, vol., 4, 1993, 11-115, disponible en: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1376&context=njilb

35 El subrayado es de la autora. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez..., op. cit.*, párr. 172; En el mismo sentido, Cfr., Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia*, Fondo, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 56.

36 Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006. párr. 123; En el mismo sentido, Cfr., Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*, *Fondo, Reparaciones y Costas,* Sentencia de 27 de noviembre de 2008, párr. 77; Corte IDH, *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de enero de 2009, párr. 110.

> **Artículo 25.** Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo [...] El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución. Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación [...][37]

Y como se analizó en párrafos anteriores, la industria eléctrica ha sido considerada como un área prioritaria, tanto en la CPEUM como en la legislación que de ésta se deriva. De tal manera que si se analiza el deber que tiene el Estado Mexicano de considerar el acceso a la electricidad como un derecho humano, éste tiene entonces la obligación de proveer de este servicio a las personas que lo han contratado a través de la CFE, con independencia de los convenios o contratos que celebre para tal efecto con empresas particulares, puesto que en el caso de violación a derechos consagrados en la Ley Fundamental y en los tratados internacionales, el Estado es el responsable tanto por acción como por omisión de cualesquiera de sus poderes, órganos u organismos cuando se les consideren *garantes de derechos humanos*[38], así como de la falta de la debida diligencia para prevenir la violación por la obra de un particular[39], lo que no es óbice para insistir que la valoración jurídica de estas violaciones debe atender a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía, considerando la previsibilidad de un riesgo real e inmediato[40].

El Estado Mexicano a través de la CFE tiene la obligación de cumplir a cabalidad con las cláusulas, condiciones, especificaciones y requerimientos de un contrato celebrado con una empresa privada, no sólo por el principio *pacta sunt servanda*, sino también para prever cualquier riesgo que le impidiera satisfacer el derecho de acceso a la electricidad de las personas, para cumplir, además, con el principio de orden público que rige la rectoría económica del Estado a quien la propia Constitución le otorga el papel de garante del desarrollo nacional.

---

37 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*

38 Cfr. Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez..., op. cit.,* párr. 164.

39 Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez... Ibidem*, párr. 172; En el mismo sentido, Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia,* sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 56.

40 Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello... op. cit.,* párr. 123; En el mismo sentido, Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo... op. cit.,* párr. 77; Corte IDH, *Caso Ríos y otros... op. cit.*, párr. 110.

III. ALTERACIÓN DE LAS OBLIGACIONES PACTADAS EN UN CONTRATO COMO CONSECUENCIA DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCESO A LA ENERGÍA ELÉCTRICA

¿Qué relación tiene el derecho humano de acceso a la energía eléctrica con los principios de equilibrio y equidad contractual? Como se mencionó en el apartado anterior, el segundo párrafo del artículo 82 de la Ley de la CFE establece el carácter privado de los actos derivados de los contratos celebrados entre la CFE y empresas particulares[41]; además, en el último párrafo del artículo 83 se determina que la autoridad competente para conocer de las controversias relativas a la interpretación o cumplimiento de dichos contratos serán los tribunales del Poder Judicial de la Federación: "Artículo 83. [...] Una vez adjudicado y firmado un contrato, todas las controversias que surjan relativas a su interpretación o cumplimiento serán competencia de los tribunales competentes del Poder Judicial de la Federación, salvo que se haya pactado un medio alternativo de solución de controversias"[42], por lo que el ordenamiento jurídico aplicable para comprender los alcances de la interpretación de los principios de equidad y equilibrio contractual es el *Código Civil Federal*, que en su artículo 1796 establece: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, al uso o a la ley"[43].

Ahora bien, en el supuesto de que haya un incumplimiento de la empresa particular, derivada a su vez del incumplimiento de la CFE de proporcionarle los suministros necesarios para cumplir con la función de generar energía eléctrica en una extensión de territorio, ¿La CFE puede acogerse a la cláusula *rebus sic stantibus* para justificar la revisión del contrato por imprevisión? Si se interpreta de manera literal el artículo 1796 anteriormente citado, se infiere que en él no se contempla la cláusula *Rebus sic stantibus* mediante una norma general y clara, tal como lo afirma Raúl Ortiz Urquidi[44], a diferencia del Código Civil para el Distrito Federal, en el cual, como consecuencia de la reforma de 2015 fue agregada expresamente en los artículos 1796, 1796 Bis y 1796 Ter:

> **Artículo 1796**. Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, excepto aquellos que deben revestir una forma establecida por la Ley. Desde que se perfeccionan obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza son conforme a la buena fe, al uso o a la ley, con excepción de aquellos contratos que se encuentren en el supuesto señalado en el párrafo siguiente.

41 Cfr., *Ley de la Compañía Federal de Electricidad, op. cit.*
42 *Ídem.*
43 Código Civil Federal, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf
44 Ortiz Urquidi, Raúl, *Derecho Civil*, 3ª. ed., Porrúa, México, 1986, pp. 432-433.

> Salvo aquellos contratos que aparezcan celebrados con carácter aleatorio, cuando en los contratos sujetos a plazo, condición o de tracto sucesivo, surjan en el intervalo acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles de prever y que generen que las obligaciones de una de las partes sean más onerosas, dicha parte podrá intentar la acción tendiente a recuperar el equilibrio entre las obligaciones conforme al procedimiento señalado en el siguiente artículo.
>
> Artículo 1796 Bis.—En el supuesto del segundo párrafo del artículo anterior, se tiene derecho de pedir la modificación del contrato. La solicitud debe hacerse dentro de los treinta días siguientes a los acontecimientos extraordinarios y debe indicar los motivos sobre los que está fundada.
>
> La solicitud de modificación no confiere, por sí misma, al solicitante el derecho de suspender el cumplimiento del contrato.
>
> En caso de falta de acuerdo entre las partes dentro de un término de treinta días a partir de la recepción de la solicitud, el solicitante tiene derecho a dirigirse al juez para que dirima la controversia. Dicha acción deberá presentarse dentro de los treinta días siguientes.
>
> Si se determina la procedencia de la acción por ocurrir los acontecimientos a que se refiere el artículo anterior, la parte demandada podrá escoger entre:
>
> I. La modificación de las obligaciones con el fin de restablecer el equilibrio original del contrato según lo determine el juez,
>
> II. La resolución del contrato en los términos del siguiente artículo.
>
> **Artículo 1796 Ter.**—Los efectos de la modificación equitativa o la rescisión del contrato no aplicarán a las prestaciones realizadas antes de que surgiera el acontecimiento extraordinario e imprevisible sino que estas modificaciones aplicarán a las prestaciones por cubrir con posterioridad a éste. Por ello tampoco procederá la rescisión si el perjudicado estuviese en mora o hubiere obrado dolosamente.[45]

Por lo que en el caso de un incumplimiento por parte de la CFE, ésta no podría alegar que deba aplicarse esta cláusula por analogía, al haberse pactado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, toda vez que dicha cláusula no es aplicable para un ordenamiento jurídico nacional que no la contempla —como lo es el caso del Código Civil Federal—, menos aún, porque dicho instrumento internacional se circunscribe a las relaciones entre Estados, no entre los nacionales de un país, como lo afirma el Poder Judicial de la Federación:

> CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS*. NO ES APLICABLE A LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS QUE NO LA CONTEMPLEN, AUN CUANDO EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA LA HAYA PACTADO EN LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS DE 1962. El hecho de que el Gobierno Mexicano haya ratificado, por decreto de veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y cuatro, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no quiere decir que éste deba regir los contratos o convenios que cele-

45 *Código Civil para el Distrito Federal*, disponible en: http://www.aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a0334f-53844d2fe92b52fb5a2.pdf

> bren los particulares, ni que la cláusula *rebus sic stantibus*, deba tenerse como sobreentendida en cualquier tipo de contrato que se celebre, aun bajo la tutela jurídica de un ordenamiento legal que no la contemple; pues hay que tomar en cuenta que la aludida Convención de Viena, versó exclusivamente sobre el Derecho de los Tratados, esto es, en ella se pactó el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas que cada Estado tiene al momento de celebrar y exigir el cumplimiento de los tratados que, como entes independientes y soberanos, pacten entre sí; por lo que resulta un contrasentido el establecer que, por haberse pactado en dicha convención la cláusula *rebus sic stantibus*, pueda regir los actos jurídicos que se celebren entre particulares en territorio nacional, ya que su aplicación, en ese caso, se encuentra reservada al ámbito del derecho internacional público[46].

Por lo que nuevamente se debe distinguir entre el derecho de acceso a la electricidad de las personas, el deber del Estado Mexicano de garantizarlo y las obligaciones derivadas de un contrato celebrado entre la CFE y una empresa particular, ya que con independencia de los convenios o contratos celebrados entre ellos, en el supuesto de violación a derechos consagrados en la Ley Fundamental y en los tratados internacionales, el Estado es el responsable tanto por acción como por omisión de cualesquiera de sus poderes, órganos u organismos cuando se les consideren *garantes de derechos humanos*[47], así como de la falta de la debida diligencia para prevenir la violación por la obra de un particular[48]. Lo que no es óbice para insistir que la valoración jurídica de estas violaciones debe atender a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía, considerando la previsibilidad de un riesgo real e inmediato[49].

CONCLUSIONES

El derecho de acceso a la electricidad como condición material para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, puede interpretarse como un derecho humano autónomo por la vía del control de convencionalidad de CEDAW; y como un derecho derivado del análisis sistemático entre instrumentos universales, regionales y nuestra Ley Fundamental.

El Estado Mexicano, como garante del derecho humano de acceso a la electricidad, tiene la obligación de proveer el servicio de electricidad, con independencia de los convenios o contratos que la CFE celebre, para tal efecto, con empresas particulares, puesto que, al haber conservado la rectoría en materia económica, es responsable tanto por

---

46 Registro 195621, Tesis III.2o.C.12 C, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. VIII, septiembre de 1998, p. 1149.

47 Cfr. Corte IDH, *Caso Velázquez Rodríguez..., op. cit.,* párr. 164.

48 Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez... Ibidem*, párr. 172; En el mismo sentido Corte IDH. *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia,* sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 56.

49 Cfr. Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello... op. cit.,* párr. 123; En el mismo sentido, Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo... op. cit.,* párr. 77; Corte IDH, *Caso Ríos y otros... op. cit.*, párr. 110.

acción como por omisión, así como de la falta de la debida diligencia para prevenir la violación por la obra de un particular.

Un contrato celebrado entre la CFE y un particular para dotar de energía eléctrica a una población es de naturaleza privada, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 82 de la Ley de la CFE, y por lo tanto, los principios de equilibrio y equidad contractual quedan supeditados al artículo 1796 del Código Civil Federal que no contempla la cláusula *rebus sic stantibus*, por lo que la CFE no puede justificar su incumplimiento en ella, intentando fundarla en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

FUENTES

A. Libros

Ortiz Urquidi, Raúl, *Derecho Civil*, 3ª. ed., Porrúa, México, 1986.

B. Hemerografía

Jochnick, Chris, "Confronting the impunity of Non-State Actors: New Fields for the promotion of Human Rights", en *Human Rights Quarterly*, 1, vol. 21, 1999, pp. 63-64, disponible en: https://www.jstor.org/stable/762736

Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*, 4, 1987, p. 31, disponible en: https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.01 [consultado el 20 de mayo de 2021, 10:14 hrs.]

Löfquist, Lars, "Is there a universal human right to electricity?", *The International Journal of Human Rights*, 24, 2019 Vol. 6, disponible en: https://doi.org/10.1080/13642987.2019.1671355 [consultado el 23 de mayo de 2021, 01:24 hrs.]

Orenlicher, Diane, Gelatt, Timothy, "Public Law, Private Actors: The impact of Human Rights on Business Investors in China Symposium: Doing Business in China", en *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1, vol., 4, 1993, 11-115, disponible en: https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1376&context=njilb

Tully, Stephen, "The Human Right to Access Electricity", *The Electricity Journal*, 3, 2006, Vol. 19, p. 38, disponible en: http://doi:10.1016/j.tej.2006.02.003 [consultado el 23 de mayo de 2021]

— "The Human Right to access clean energy", en *Journal of Green Building*, 2, 2008, Vol. 3, pp. 141, disponible en: http://meridian.allenpress.com/jgb/article-pdf/3/2/140/1765288/jgb_3_2_140.pdf [consultado el 26 de mayo de 2021]

C. Legislación

Código Civil Federal, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf

Código Civil para el Distrito Federal, disponible en: http://www.aldf.gob.mx/archivo-0bd3121a-0334f53844d2fe92b52fb5a2.pdf

Ley de la Comisión Federal de Electricidad, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LCFE_110814.pdf

D. Jurisprudencia

Corte IDH *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988.

— *Caso Caballero Delgado y Santana Vs. Colombia,* sentencia de 8 de diciembre de 1995.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, disponible en: https://sjf.scjn.gob.mx/SJFHome/Index.html

LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO Y LA FALTA DE PONDERACIÓN EN LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Gregorio D. Castillo Porras*
Rosa María Rivas Rangel**

SÍNTESIS: La exaltación por el test de proporcionalidad del jurista alemán Robert Alexy para objetivar (o eliminar lo mayormente posible la subjetividad) a la ponderación ha hecho que se adopte como criterio de juzgadores, incluso como metodología para decidir establecida en la propia legislación. Esto último es el caso de la Ley General de Transparencia —replicada en la Ley Federal de la misma materia— en México para aparentemente "ponderar" entre mantener la confidencialidad de la información o abrirla públicamente, mediante una figura denominada prueba de interés público.

PALABRAS CLAVE: proporcionalidad, Robert Alexy, ponderación, información pública, confidencialidad.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA PONDERACIÓN. 2. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE ALEXY. 3. LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO. 4. ANTECEDENTES DE LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO EN MÉXICO. 5. LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO NO PONDERA, SÓLO SIRVE PARA LEVANTAR LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN. CONCLUSIONES. FUENTES CONSULTADAS.

INTRODUCCIÓN

La confidencialidad es una restricción, límite o excepción constitucional al derecho fundamental de acceso a la información cuando se opone a éste un tema de privacidad y/o protección de datos personales.[1]

Como todo acto de autoridad que es restrictivo de un derecho fundamental, la confidencialidad exige una debida fundamentación y motivación acorde con el artículo 16

* Doctor en Derecho egresado de la Escuela Libre de Derecho y Secretario de Estudio y Cuenta en la Ponencia del Ministro Juan Luis González Alcántara.

** Maestra en Derecho de Acceso a la Información egresada de la Universidad Nacional Autónoma de México y Subdirectora en el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales.

1 A diferencia de la reserva que es la otra excepción constitucional al derecho de acceso a la información pública, pero para que proceda se establecen conductas y materias específicas que tienen en común algo puede denominarse como «*acciones de colisión*»: que la publicidad de la información cause daño, se perjudique un valor jurídicamente tutelado, se altere una cuestión de orden público, etc. En cambio, en la confidencialidad basta la presencia de algún elemento que se incorpore a alguna de las causales que resguardan la privacidad para que proceda.

constitucional[2]. Tal cual así se reguló desde la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2002[3] y en buena medida se mantiene sin mayores cambios con la legislación vigente establecida en la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2015[4] y la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública de 2016.[5]

Para que aplique la confidencialidad basta con una simple «*subsunción*» en términos de silogismo lógico: en el momento que en el caso concreto se actualice alguna de las causales de confidencialidad[6], se subsumen las premisas fácticas a la hipótesis normativa que, como premisa mayor, sirve para aplicar la solución al caso. Si el caso específico implica que la información contiene datos personales, hay de por medio secretos legales o la información entregada a los Sujetos Obligados fue con el carácter de confidencial con base en un derecho que le otorga esa naturaleza y, además, en cualquiera de los tres supuestos no se trata de una excepción al consentimiento del titular de la información, luego entonces se concluye que esa información está protegida por la confidencialidad. Misma que se asume, a la vez como una limitante constitucional al derecho de acceso a la información y que consiste en la razón genérica de la privacidad.

No hay necesidad de generar otro tipo de argumentación para definir si la información es confidencial o no. Se trata de una mera interpretación, que no de argumentación.

Este método de subsunción se plasmó desde la LFTAIPG de 2002. Sin embargo, antes de la reforma constitucional de 2014, el IFAI empezó con algunos precedentes a resolver bajo una «*lógica del interés público*» para levantar la confidencialidad en aras de un acceso a la información. Posteriormente, derivado de la reforma constitucional de febrero de 2014[7], al expedirse la LGTAIP de 2015 se contempló en casos excepcionales una llamada «*prueba de interés público*», como un mecanismo aparentemente *"racional"* que legitimara el levantamiento del velo de la confidencialidad a cierta información —particularmente, datos personales— en aras del interés público para dicha información se hiciera pública.

El punto es que el método para desahogar esa prueba de interés público, similar a la prueba de daño en los casos de información reservada, se tiene que hacer mediante el mismo test de proporcionalidad basado en la teoría del alemán Robert Alexy.

---

2 Que en el caso de la reserva exige una fundamentación y motivación más compleja mediante la llamada prueba de daño y que no es el caso explicar en este artículo.

3 En lo sucesivo, la LFTAIPG de 2002 y que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2002.

4 En adelante, la LGTAIP de 2015 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 mayo de 2015.

5 En lo próximo, la LFTAIP de 2016, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de mayo de 2016.

6 Causales que se reducen, esencialmente, en las siguientes: datos personales, secretos legales y aquella información que con tal carácter entreguen los particulares a los Sujetos Obligados —específicamente, instituciones públicas—, siempre que dicha determinación proceda.

7 La reforma constitucional en materia de transparencia y acceso a la información pública del 7 de febrero de 2014.

El test de proporcionalidad sustenta un criterio de racionalidad muy útil en la colisión de principios, como lo es el derecho fundamental de acceso a la información y un principio de interés público expresado en causales de reserva. Porque entre ambos principios, cuyo peso específico varía según cada caso y según las posibilidades jurídicas y fácticas, no siempre se ponderará a favor del acceso a la información, ni tampoco se hará lo propio en favor del interés público. Todo dependerá del caso para darle el peso específico a cada uno de esos principios colisionados y, sobre todo, enfáticamente se cumpla con el test de proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, más la fórmula de peso propuesta por Alexy.

Sin ahondar en el tema, basta decir que la forma en que se *"tropicalizó"* el test de proporcionalidad en México tanto legislativamente como en la aplicación que del mismo hacen los organismos garantes y los Sujetos Obligados. La intención si se logra no deja de ser útil: racionalidad en la medida de lo posible para abrir o cerrar información pública.

Sin embargo, pocos han advertido que ese mismo test de proporcionalidad se exige para el desahogo de la llamada *prueba de interés público*, igualmente *"tropicalizada"*. Aunque de modo afortunado, la legislación actual restringe dicha prueba a cierto tipo de casos para levantar la confidencialidad. Por lo que, la regla general es la simple subsunción, con la que estoy plenamente de acuerdo.

Así pues, la prueba de interés público se asume como una *"excepción a la excepción"*, no prevista en la Constitución, sólo a nivel legislativo, mal regulada, mal aplicada y que se lleva a cabo mediante el mismo test de proporcionalidad.

Como se verá a lo largo de este artículo, el test de proporcionalidad con todo lo que ello exige no es adecuado para eliminar la confidencialidad de la «*información privada*», por decirle de alguna manera. Ya con anterioridad a la legislación vigente desde 2015 y 2016, y de manera inusual el entonces IFAI[8] utilizó ese método de la proporcionalidad para levantar la confidencialidad. Lo inusual radica en que esa *"excepción a la excepción"* no existía en la LFTAIPG de 2002, ni siquiera se previó en 2007[9]. Y con todo y que ahora se contemple en la LGTAIP de 2015 —y, en consecuencia, en el inseparable espejo de la LFTAIP de 2016[10]—, tampoco se previó en la reforma constitucional de 2014.

Al respecto, dentro de la poca literatura en torno al tema, destacan las aportaciones del jurista chileno Ignacio Covarrubias Cuevas[11] y del jurista colombiano Juan Carlos

8 Instituto Federal de Acceso a la Información Pública que se creó con la LFTAIPG de 2002 y desapareció con la reforma constitucional de 2014 y, en su lugar, se creó el INAI o Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos personales.

9 En 2007 se reformó de modo importante el artículo 6º constitucional, repositorio del acceso a la información.

10 La LFTAIP de 2016 en gran medida es una reiteración de lo que mandata la LGTAIP de 2015.

11 Covarrubias Cuevas, Ignacio. *"Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada"*, págs. 499-541, en *Revista de Derecho*

Upegui Mejía[12], quienes abordan la prueba o test de interés público desde la experiencia en Chile y en México.

Y en ambos casos sostienen una crítica a dicha prueba para levantar la confidencialidad, en buena medida, porque: *a)* el método utilizado es el test de proporcionalidad que resulta inaplicable tal cual exige la doctrina, *b)* la manera *"vernácula"* con que es desarrollado el test de proporcionalidad por los respectivos organismos garantes y *c)* la falta de racionalidad que reflejan las decisiones tomadas por dichas instancias frente a una exigencia de mera legitimidad para abrir al público la información confidencial.

Por supuesto, la situación entre Chile y México alrededor de la prueba de interés público difiere ligeramente en virtud de que dicha prueba no está legislada en el caso del país sudamericano, no así en la situación mexicana a partir de 2015. Sin embargo, la pulcritud y minuciosidad de ambos autores basadas en cómo resuelven los organismos garantes nacionales son de enorme importancia para entender una crítica que comparto plenamente.

En consecuencia, deberán analizarse o explicarse los siguientes puntos: qué es la prueba de interés público, cuál es el origen en México, es válida la figura sin sustento normativo, la prueba de interés público es sólo para levantar la confidencialidad o también para protegerla, la vinculación indisoluble de la prueba con el test de proporcionalidad y, finalmente, cómo resuelven los organismos garantes mediante esta prueba de interés público.

1. LA PONDERACIÓN

La ponderación es una actividad intelectual que realiza cualquier ser humano para determinar la mayor valía comparativa entre dos o más opciones en una situación conflictual entre dichas opciones.[13]

Dicho de otro modo, bajo una metáfora mucho más gráfica, se sopea en una balanza las ventajas y desventajas, los pros y los contras, de dos o más alternativas respecto de

---

de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Volumen XXXVIII, Valparaíso, primer semestre de 2012, pp. 729.
La revista puede consultarse en línea en: http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/issue/view/44. Consulta realizada el 12 de mayo de 2023.

12 Upegui Mejía, Juan Carlos. *"Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México"*, págs. 35-57, en *Revista de Estudios de Derecho a la Información*. Número 5, 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 Económicas, México, enero-junio de 2018, pp. 134.

13 Definición propia.

una situación concreta en la que dichas opciones se conflictúan y se debe decidir cuál de todas ellas amerita el mayor valor para tomarla como solución a dicho conflicto.

Precisamente, al ser una actividad intelectual humana, la ponderación se ve influida por una carga de factores que pudieran sintetizarse en lo que se llamaría "subjetividad". Esto es, cada individuo cuenta con un bagaje de circunstancias propias y personales derivadas de la construcción de vida (crianza, valores familiares, creencias religiosas, preferencias políticas, estrato social, ideologías, etcétera). Esa impronta de subjetividad, por mayor que sea el esfuerzo de quien pondera de realizar dicha actividad despojado de aquélla, difícil o imposible es la tarea de despojar a la ponderación de esa carga subjetiva.

La actividad jurídica dedicada a la solución de conflictos se basa en buena medida en ponderar para obtener una respuesta aplicable a los casos concretos en los que se presenta dicha confronta. Pero del mismo modo, la subjetividad es un elemento imposible de cernir por más grande que sea el esfuerzo de objetivar la solución.

En ese sentido, la doctrina y el marco jurídico han intentado establecer metodologías a través de las cuales se procure dotar de una alta dosis de objetividad a la tarea ponderativa. Y en la actualidad se puede considerar como la teoría más relevante en este rubro la del jurista alemán Robert Alexy conocida como el test de proporcionalidad, la cual se expondrá resumidamente a continuación.

2. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD DE ALEXY

Al decir de 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.[14]

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 Constitución no deben ser menospreciadas".[15]

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.

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

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 Alexy. A partir de lo cual, ha hecho mella importante en el ámbito dogmático y jurisprudencial de los países de América Latina.

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.[16]

Ahora bien, de manera breve puede decirse acorde con Alexy[17] se pueden explicar los siguientes conceptos como el soporte mínimo de la teoría de este jurista alemán:

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; que el «*interés de hacer pública la información confidencial*» también es un principio; y que, entre uno y otro puede darse una «*colisión*».

Lo que realmente debe destacarse es que, para resolver esa colisión de principios —en nuestro caso confidencialidad y publicidad— se establece por Alexy un «*principio de proporcionalidad*» y una prueba o «*test de ponderación*».

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*)[18] [19].

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".[20]

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

16 Véase Bernal Pulido. *Op. cit.*, págs. 66 y ss.
17 Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, traducción de Ernesto Garzón Valdés, 3ª reimpresión, Madrid, 2002, págs. 115-135.
18 Tal vez un error de traducción, en realidad la parte final debería decir *"... y ésta implica a aquél"*.
19 Alexy. *Op. cit.*, pág. 111.
20 Alexy. *Op. cit.*, pág. 529.

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, 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 adecuación[21], 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".[22]

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 Pa, 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".[23]

---

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

22 *Op. cit.*, págs. 111-112.

23 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.

Tal vez, en términos más vinculados a la recepción jurisprudencial y dogmática mexicana, al decir de 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.[24]

El «*subprincipio de necesidad*» (*Erforderlickheit*) alude a la afectación a uno de los principios colisionados como la más benigna, la menos gravosa o la menos lesiva[25] 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".[26]

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".[27]

El «*subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto*» o la «*ley de la ponderación*» (*Verhältnismässigskeit*) como también la llama Alexy, se entiende como sopesar las

---

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 12 de mayo de 2023.

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

25 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.

26 Alexy. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, pág. 8.

27 Sánchez Gil. *El principio de proporcionalidad*. Colección Estado de Derecho y Función Judicial, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2017, pág. 45.

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*'".[28]

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".[29]

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.[30]

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:

> "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

28 Alexy. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, págs. 8-9.
29 Bernal Pulido. *El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, pág. 67.
30 Alexy. *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, págs. 9-10.

de la finalidad que persigue uno de los principios colisionados, es exigido por ese principio para la optimización de éste] (...)".[31]

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".[32]

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 artículo 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".[33]

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 interés público, conforme la LGTAIP de 2015.

3. LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO

El punto de partida es entender qué es la «*prueba de interés público*». Covarrubias Cuevas describe a la prueba de interés público en los siguientes términos:

> "El test de interés público consiste en un proceso de ponderación entre el *'beneficio'* que reporta el dar a conocer la información solicitada *versus* el *'daño'* que su divulgación generaría en los derechos de las personas. (Si el perjuicio se predica de bienes públicos, como la seguridad o el interés nacional, la operación pasa a llamarse test de daño). Se denomina *'test de interés público'* porque se asume que sólo un interés público predominante justifica traspasar aquella barrera que impide revelar información que se encuentra protegida por los derechos fundamen-

31 Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*, págs. 113-115.
32 Cervantes Pérez. *Op. cit.*, pág. 57.
33 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.

> tales. De este modo lo ha entendido desde un principio el CT[34] [35]. Igualmente, este organismo ha sostenido que el test de interés público (también el test de daño) es una aplicación del principio de proporcionalidad[36]".[37]

Para Upegui Mejía la prueba de interés público es uno de los cuatro métodos que en México se utilizaba para determinar si una información es o no confidencial. Los métodos que menciona son: *i)* Subsunción; *ii)* Ponderación de daños; *iii)* Prueba de interés público; y, *iv)* Test de proporcionalidad.

Por supuesto, no es el caso de explicar cada uno de ellos. Basta con señalar que, al inicio de este artículo se refirió que en rigor desde 2002 hasta antes de 2015 —salvo algunos casos incipientes resueltos por el IFAI— la determinación por la cual una información era confidencialidad radicaba en la simple «*subsunción*» lógica del caso concreto a la aplicación estricta de ley a éste. Si en el caso específico se actualizaba cualquiera de las causales de confidencialidad, llanamente se aplicaba la ley y se vedaba el acceso a esta información —la cual, *per se*, no es de naturaleza pública—.

Por otro lado, cuando dicho autor colombiano alude a la «*ponderación de daños*», en realidad se conjunta con el «*test de proporcionalidad*». Pero el punto que sí debe destacar es la confusión que evidencia entre la prueba de interés público y el test de proporcionalidad como si fueran lo mismo o, peor aún, que ponderar es exactamente hacer un test de proporcionalidad en completitud. Como se verá más adelante, no son exactamente lo mismo como se ha pretendido o como lo han entendido legisladores y organismos garantes[38].

No obstante, Upegui Mejía define a la «*prueba de interés público*» de la siguiente forma:

> "Esta metodología parte de dos premisas: aceptar que el conocimiento de cierta información personal puede revestir un interés público, y que una vez que esto ha sido verificado, el caso debe ser entendido como una colisión de derechos. La prueba consiste en aplicar la ponderación a los intereses enfrentados: el interés del particular en mantener la confidencialidad de su información personal y el interés público en su revelación".[39]

---

34 Entiéndase la abreviatura del Consejo para la Transparencia de Chile.

35 Véase la Decisión A115-09 del organismo garante chileno. Las decisiones de esta instancia son consultables en la página de Internet del Consejo: https://www.consejotransparencia.cl/

36 Véase la Decisión A45-09 y la Decisión C402-09 del organismo garante chileno.

37 Covarrubias Cuevas, Ignacio. *"Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada"*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, págs. 504-505.

38 Recuérdese como lo comprende el organismo garante chileno y cómo lo (mal) entendió el legislador mexicano.

39 Upegui Mejía, Juan Carlos. *"Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México"*, en *Revista de Estudios de Derecho a la Información*. Número 5, pág. 41.

Como se anotará posteriormente, la prueba de interés público no es comprendida del mismo modo en todos lados. Por ejemplo, Chile en la aplicación práctica por parte del organismo garante ha utilizado la prueba de interés público en dos vías: tanto para publicar información personal como para proteger la confidencialidad. Sin embargo, se verá un poco más adelante.

En consecuencia, definiremos la prueba de interés público estrictamente bajo las condiciones de la legislación mexicana:

> «*La prueba de interés público en México es un ejercicio de balance o ponderación —en sentido amplio— para determinar que el beneficio que supone la publicidad de una información confidencial —o privada— es mayor que lo que exige el resguardo de ella por razones de interés público*».

En ese sentido, en el Derecho mexicano la prueba de interés público está vinculada necesariamente con el test de proporcionalidad, de ahí que se advierta que el uso de la voz «*ponderación*» es en sentido amplio, equiparable al principio de proporcionalidad *lato sensu*, y no ponderación como el subprincipio de la proporcionalidad que es un solo elemento de todo el test, el cual es llamado por Alexy como la «*ley de la ponderación*».

Ese balance que implica la prueba sólo tiene una misión: hacer pública información confidencial. Esto es así, bajo la idea de que hay un *"interés público"* en conocer esa información, a pesar de tener un origen confidencial. Y eso supone un mayor beneficio *"común"* frente al perjuicio ocasionado al interés *"individual"* del titular de la información confidencial. Y esto es un punto clave en la crítica a la prueba de interés público: si el resultado en la prueba siempre es que se haga pública la información confidencial, eso de ningún modo es una ponderación. No, por lo menos, en el contexto doctrinal del test de proporcionalidad.

4. ANTECEDENTES DE LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO EN MÉXICO

Definido el concepto para el caso mexicano debe aclararse que la prueba de interés público no estaba regulada normativamente en México. En rigor, desde 2002 hasta 2015, este último año en el que se expide la LGTAIP que la contempla en los artículos 120 y 149, cuyos textos se verán más adelante.[40]

Al decir de López-Ayllón y Posadas, en relación con el contexto de las LFTAIPG de 2002:

> "La LAI[41] establece un segundo tipo de información que admite un trato excepcional y que denomina 'información confidencial'...

40 Dichos preceptos tienen correlación con los artículos 117 y 155 de la LFTAIP de 2016.
41 Es el acrónimo que los autores utilizaron para la LFTAIPG de 2002.

(...)

(...) Además, su acceso está restringido, no admite prueba de daño y sólo tiene derecho a acceder a ella el titular de la información. Por otro lado, ni del lenguaje de la LAI ni de su interpretación puede desprenderse que la LAI estableció la posibilidad de realizar una prueba de interés público en caso de la información confidencial".[42]

Efectivamente, en la LFTAIPG de 2002 no se desprende ni por asomo la posibilidad de interpretar la existencia de una prueba de interés público, menos aún en el artículo 18 de esa ley.

No obstante, como bien señala Upegui Mejía con toda claridad, el IFAI se desentendió del método de determinación de la confidencialidad que le mandataba claramente la Ley de entonces:

> "Sin embargo, algunas decisiones del órgano federal de transparencia, entonces IFAI (ahora INAI), adelantaron la ruina de este ideal regulatorio, el cual terminaría por hacer aguas con la inclusión de la prueba de interés público y de la colisión de derechos en la Ley General de Transparencia".[43]

Ahora bien, ¿cuál es el marco de subsunción normativa que la LFTAIPG de 2002 establecía para levantar la confidencialidad? El artículo 22 de la Ley señalaba originalmente una lista enunciativa, aunque restringida a los primeros cinco casos:

> "Artículo 22 (LFTAIPG 2002). No se requerirá el consentimiento de los individuos para proporcionar los datos personales en los siguientes casos:
>
> I. Los necesarios para la prevención o el diagnóstico médico, la prestación de asistencia médica o la gestión de servicios de salud y no pueda recabarse su autorización;
>
> II. Los necesarios por razones estadísticas, científicas o de interés general previstas en ley, previo procedimiento por el cual no puedan asociarse los datos personales con el individuo a quien se refieran;
>
> III. Cuando se transmitan entre sujetos obligados o entre dependencias y entidades, siempre y cuando los datos se utilicen para el ejercicio de facultades propias de los mismos;
>
> IV. Cuando exista una orden judicial;
>
> V. A terceros cuando se contrate la prestación de un servicio que requiera el tratamiento de datos personales. Dichos terceros no podrán utilizar los datos per-

42 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. 53-54.

43 Upegui Mejía, Juan Carlos. *"Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México"*, en *Revista de Estudios de Derecho a la Información*. Número 5, pág. 37.

sonales para propósitos distintos a aquéllos para los cuales se les hubieren transmitido, y

VI. En los demás casos que establezcan las leyes".

Este era el texto original que establecía las excepciones para levantar la confidencialidad sólo mediante mera subsunción normativa.

Sin embargo, como diría Upegui Mejía, *"la ruina de ese ideal regulatorio"* no se consiguió con la LGTAIP de 2015. Por sorprendente que sea, fue el propio IFAI como organismo garante el que dio inicio al uso de la prueba de interés público.

El primer caso que desató la inventiva argumentativa del IFAI en este tenor fue la discusión en torno a la confidencialidad que tradicionalmente se había mantenido respecto de las fotografías en los títulos y cédulas profesionales de los servidores públicos y que obraban en los archivos de los Sujetos Obligados como parte del expediente laboral de aquéllos. Esto permitió establecer el Criterio 0005/09 del IFAI, a saber:

> Fotografía de servidores públicos es un dato personal confidencial. En términos de lo dispuesto en el artículo 18, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, se considera información confidencial los datos personales que requieren el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización. Por su parte, según dispone el artículo 3, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, dato personal es toda aquella información concerniente a una persona física identificada o identificable. En este sentido, las fotografías constituyen la reproducción fiel de las características físicas de una persona en un momento determinado, por lo que representan un instrumento de identificación, proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. En consecuencia, las fotografías constituyen datos personales y, como tales, susceptibles de clasificarse con el carácter de confidenciales. En esa tesitura, las fotografías de servidores públicos deben clasificarse con el carácter de confidenciales, considerando que no se advierte la existencia de algún elemento —reflejo del desempeño, idoneidad para ocupar un cargo, entre otros— que justifique su publicidad. Lo anterior es así, salvo en aquellos casos en los que se detecten circunstancias particulares que ameriten un tratamiento singular del caso en cuestión.[44]

---

44 Expedientes:
1730/07 Procuraduría Federal de Protección al Ambiente – Alonso Lujambio Irazábal
4358/08 Instituto Federal de Acceso a la Información Pública – Alonso Lujambio Irazábal
1180/09 Secretaría de la Función Pública – Jacqueline Peschard Mariscal
1393/09 Secretaría de Energía – Alonso Gómez-Robledo V.
1844/09 Servicio de Administración Tributaria – Jacqueline Peschard Mariscal
Como anécdota en la discusión de estos casos, el Comisionado Alonso Lujambio señaló: "Los diputados nos dan la foto, pero nos ven la cara", como argumento a la intrascendencia de la foto en la rendición de cuentas. La anécdota está vertida en: Velasco C., Elizabeth. *"No es obligatorio publicar las fotos de los funcionarios: IFAI"*, en *La Jornada*, México, 8 de septiembre de 2005. Se puede consultar en: https://

En buena medida, el argumento es plausible, aunque general. No especificó casos concretos en los que fuera posible quitarles la confidencialidad a las fotografías, a pesar de que el criterio en comento cerró con la frase de algún tratamiento singular en casos específicos[45]. Pero además de ser un razonamiento plausible, se suma si el documento en el que reposa la fotografía se realizó con independencia a la calidad de servidor público —entiéndase la cédula o el título profesional—. Esto determinó reforzar la confidencialidad de la fotografía de servidores públicos en documentos públicos, conforme a los Criterios 002/10 y 006/10 del IFAI:

> Cédula profesional de servidores públicos, documento susceptible de versión pública. Considerando que la cédula profesional es un documento que tiene por objeto acreditar que una persona cuenta con la autorización para ejercer la profesión indicada en la misma, a través del conocimiento de algunos de los datos ahí contenidos se puede corroborar la idoneidad del servidor público para ocupar el empleo, cargo o comisión encomendado. En tal sentido, ante una solicitud de acceso a la información que se relacione con la cédula profesional, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal deberán elaborar una versión pública en la que se omitirán los datos personales que no refieran al perfil profesional de su titular tales como la fotografía, clave única de registro de población y firma.[46]
>
> Título profesional, documento susceptible de versión pública. Considerando que el título profesional es un documento que tiene por objeto acreditar que una persona cuenta con el nivel académico determinado, es posible afirmar que a través del conocimiento de algunos de los datos personales ahí contenidos se puede corroborar la idoneidad del servidor público para ocupar el empleo, cargo o comisión encomendado. En tal sentido, ante una solicitud de acceso a la información que se relacione con el título profesional, las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal deberán elaborar una versión pública en la que se omitirán los datos personales que no refieran al perfil profesional de su titular tales como la fotografía.[47]

---

www.jornada.com.mx/2005/09/08/index.php?section=politica&article=010n2pol. Consulta realizada el 12 de mayo de 2023.

45 Piénsese, por ejemplo, en la fotografía que se encuentra en la identificación del servidor público y que lo acredita como tal y perteneciente a un Sujeto Obligado en concreto.

46 Expedientes:
3100/08 Secretaría del Trabajo y Previsión Social – Jacqueline Peschard Mariscal con Voto Particular de Juan Pablo Guerrero Amparán
3132/09 Servicio Postal Mexicano – Ángel Trinidad Zaldívar
3258/09 Hospital General de México – Ángel Trinidad Zaldívar
3703/09 Administración Portuaria Integral de Altamira, S. A. de C. V. – María Marván Laborde
3708/09 Administración Portuaria Integral de Salina Cruz, S. A. de C. V. – Ángel Trinidad Zaldívar

47 Expedientes:
0720/07 Secretaría de Educación Pública – Alonso Lujambio Irazábal con Voto Particular de Juan Pablo Guerrero Amparán
2794/07 Secretaría de Desarrollo Social – Juan Pablo Guerrero Amparán
3100/08 Secretaría del Trabajo y Previsión Social – Jacqueline Peschard Mariscal con Voto Particular de Juan Pablo Guerrero Amparán

Hasta aquí todo iba bien. Los criterios eran retomados al pie de la letra. Pero en el expediente 6030/09, de la ponencia del entonces Comisionado Ángel Trinidad Zaldívar, relacionado con los nombres de los contribuyentes cuyos adeudos fiscales fueron condonados, se estableció —como dirían Issa Luna Plá y Gabriela Ríos Granados— «*el primer precedente del IFAI*» en la materia[48].

Debe advertirse que, si bien se utilizó el concepto de interés público no se desarrolló un test de proporcionalidad. Y cabe advertir que, de acuerdo con la LFTAIPG de 2002 lo que se alegó fue reserva por secreto fiscal, más que cuestiones de confidencialidad. Eso implicó que sobre confidencialidad no se vertiera algún criterio.

Por ello, precisamente, con el tema de las fotografías en cédulas y títulos profesionales —ya sin importar la calidad del titular, haya sido particular o un servidor público—, se dio marcha atrás a los criterios antes señalados y, puede decirse que, en materia de confidencialidad, por primera y única vez en la historia del IFAI, hubo una contradicción de criterios, que lamentablemente no fue resuelta ni tampoco debidamente conformada.

Así, se emitió el Criterio 032/10 del IFAI:

> La fotografía de una persona física que conste en su título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con carácter de confidencial. El artículo 18, fracción II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental establece que se considerará como información confidencial los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión, distribución o comercialización en los términos que la misma señale. En el caso de la fotografía contenida en un título o cédula profesional, ésta no es susceptible

---

4275/08 Instituto Mexicano del Seguro Social – Jacqueline Peschard Mariscal con Voto Particular de Juan Pablo Guerrero Amparán
1393/09 Secretaría de Energía – Alonso Gómez-Robledo V. con Voto Particular de Juan Pablo Guerrero Amparán

48 En un artículo estupendo Issa Luna Gabriela Ríos Granados develaron la torpeza del Servicio de Administración Tributaria —SAT— que en 2009 publicó nombres de deudores del fisco y cuando se le solicitó la información vía la LFTAIPG de 2002, la reservó en totalidad. Y describen las circunstancias particulares del caso.
Véase, Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. *"El secreto fiscal y el IFAI: El primer precedente de apertura por causa de interés público en México"*, en *Revista de Derecho Comparado de la Información*. Número 16, Instituto de Investigaciones Jurídicas México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Palermo (Argentina), Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información y Fundación Konrad Adenauer, México, julio-diciembre de 2010, págs. 187.
Posteriormente, las autoras han expandido las reflexiones de dicho artículo en los siguientes textos:
Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. *ABC del secreto de los deudores fiscales.* Cuadernos de Transparencia, Número 20, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2015, pp. 53.
Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. *"Legalidad del secreto fiscal hasta por doce años"*, en *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. Número 77, Suprema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016, pp. 84.

> de clasificarse con el carácter de confidencial, no obstante ser un dato personal, *en virtud del interés público que existe de conocer que la persona que se ostenta con una calidad profesional determinada es la misma que aparece en los documentos oficiales de referencia*[49]. Lo anterior es así, en virtud de que en el momento en que una persona se somete a un registro fotográfico con el objetivo de recibir una identificación oficial como profesionista, consiente que la imagen de su rostro sea, a partir de la generación de un documento gubernamental, asociada con su nombre y con la profesión a desempeñar, para fines de identificación y acreditación ante el público.[50]

Y he mencionado que la contradicción no se formó adecuadamente debido a que sólo hubo dos precedentes contra los cinco que anteriormente sostenían la confidencialidad. Aunque posteriormente, se emitió el Criterio 1/13 del IFAI que completó los cinco precedentes que se necesitaban[51].

Sin embargo, lo destacable es que el criterio primigenio menciona por primera vez las «*razones de interés público*» para revelar la confidencialidad, a pesar de lo explícito de la fracción II, del artículo 18, de la LFTAIPG de 2002.[52]

---

49 Este énfasis en cursivas es propio.

50 Expedientes:
1655/10 Registro Agrario Nacional – Ángel Trinidad Zaldívar
2873/10 Instituto Mexicano del Seguro Social – María Elena Pérez-Jaén Zermeño
Contradicción de criterio. Criterio/002-10

51 Fotografía de una persona física que conste en su título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con carácter de confidencial. La fotografía contenida en un título o cédula profesional no es susceptible de clasificarse con el carácter de confidencial, en términos de lo dispuesto en el artículo 18, fracción II de la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la información Pública Gubernamental*, no obstante ser un dato personal, en virtud del interés público que existe de conocer que la persona que se ostenta con una calidad profesional determinada es la misma que aparece en los documentos oficiales de referencia. Lo anterior es así, ya que en el momento en que una persona se somete a un registro fotográfico con el objetivo de recibir una identificación oficial que lo avala como profesionista, consiente que tanto la imagen de su rostro como su nombre y profesión, sean elementos de acreditación e identificación frente a terceros.
Resoluciones:
RDA 3142/12. Interpuesto en contra del Fondo de Capitalización e Inversión del Sector Rural. Comisionada Ponente Jacqueline Peschard Mariscal
RDA 2828/12. Interpuesto en contra de la Comisión Nacional del Agua. Comisionado Ponente Ángel Trinidad Zaldívar
RDA 2178/12. Interpuesto en contra de la Comisión Nacional del Agua. Comisionado Ponente Ángel Trinidad Zaldívar
2168/11. Interpuesto en contra del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación. Comisionada Ponente María Elena Pérez-Jaén Zermeño
0751/11. Interpuesto en contra de la Procuraduría Federal del Consumidor. Comisionada Ponente Sigrid Arzt Colunga
Dicho precedente fue ratificado ya por el INA en Criterio 13/15.

52 Sin perjuicio de que se haya usado con antelación en el expediente 6030/09 y sin quitarle mérito a la labor impecable que tuvo como Comisionado, Ángel Trinidad.

Con base en lo anterior, es válida la pregunta relativa a la constitucionalidad o ilegalidad de la prueba de interés público aplicada por el IFAI, sin dejar de reconocer una construcción plausible en torno a la idea de «*interés público*» —ya sea para conocer la identidad fotográfica de los servidores públicos o los nombres de contribuyentes beneficiados por la condonación de créditos fiscales—.

Tal como le mencionan tanto Covarrubias Cuevas como Upegui Mejía, ni en Chile, ni en México —por lo menos, hasta antes de 2015— no hay fundamento jurídico para la prueba de interés público.

Por ende, un problema específico es la fundamentación de la prueba de interés público:

> "La primera pregunta es si el referido test [de interés público] posee sustento normativo en la *'Ley de Transparencia'*. La respuesta será negativa, a luz del texto, contexto e historia fidedigna del establecimiento de dicho cuerpo legal".[53]
>
> "Al emplear estas opciones [la prueba de interés público], el órgano de transparencia [el IFAI] se enfrentaba con dos problemas: la fundamentación de su competencia para exceptuar la confidencialidad, y la fundamentación material de la publicidad de la información personal en ausencia de un mandato legal específico".[54]

No sólo es saber cuál es el fundamento normativo, sino cuál es la argumentación para acreditar el interés público.

Desde mi punto de vista, con todo y lo benevolente que pudiera significar la aplicación de la prueba de interés público, aunque parezca ortodoxia jurídica, no hay fundamento constitucional, ni legal a la actuación del IFAI en ese sentido. No se niegan los efectos benéficos que trae aparejados dicha prueba, pero se tenía que contar con un soporte jurídico.

El tema, sin duda, es debatible. Ahora bien, ¿qué razonamientos utilizó el organismo garante para ir en contra de un precepto legal expreso? El argumento, aunque plausible, artificiosamente trata de convertir el tema en una «*aparente colisión de derechos*» derivada de la ¡*"propia Constitución"*! Habida cuenta de que los precedentes sobre créditos fiscales y fotografías en títulos y cédulas profesionales se dieron posterior a la reforma de 2007 al artículo 6º constitucional. Recuérdese que se establecieron en las dos primeras fracciones los límites al acceso a la información: razones de interés público, la vida privada y los datos personales.

Sin embargo, la fracción II del artículo 6º constitucional —cuyo texto sigue vigente a la fecha— establece desde 2007:

---

53 Covarrubias Cuevas, Ignacio. *Op. cit.*, pág. 500.

54 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, pág. 36.

> "La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida em los términos y *con las excepciones que fijen las leyes*".[55]

A pesar de que la traducción sobre *"las excepciones que fijen las leyes"*, se entienda como las excepciones a la confidencialidad de los artículos 18, *in fine*, y 22 de la LFTAIPG de 2002, mismas que ya hemos visto y analizado. Y dentro de esas *"excepciones que ha fijado la ley"* no se encuentra la prueba de interés público.

A pesar de ello, la aplicación de dicha prueba se basó en algo que Upegui Mejía señala con exactitud: una «*supuesta lectura constitucional*»:

> "La principal estrategia empleada por el órgano de transparencia para resolver el primero de los problemas [el fundamento normativo] fue la introducción de una lectura constitucional del problema de la publicidad de la información personal en poder del Estado. Esta lectura se concreta en la idea (recurrente) de que este tipo de casos es mejor entendido como una 'colisión de derechos fundamentales' y no como uno sujeto a la aplicación estricta de la ley…".[56]

Dicho de otra forma, se estimó que hay un derecho fundamental de acceso a la información (artículo 6º, fr. I, constitucional, en 2007) frente a un derecho fundamental de protección de datos personales (artículo 60, fr. II, constitucional, en 2007), que origina una colisión. El problema, según los precedentes del IFAI, está en la Constitución y partir de ella se debe resolver mediante una prueba de interés público y, por lo tanto, el problema no radica en la LFTAIPG de 2002. Se trata, pues, de elevar el discurso a nivel constitucional.

Y al adelantar un poco la crítica, el IFAI no comprendió que la colisión de derechos fundamentales es una colisión de principios, la cual debe darse en un ámbito constitucional y no en una reyerta entre preceptos jurídicos de una ley. Es decir, en el debate sobre levantar la confidencialidad de una información habida cuenta de que existen las excepciones legales, la norma jurídica se aplica tajantemente: es un caso excepcional previsto en los artículos 18 y 22 de la LFTAIPG de 2002, entonces se levanta la confidencialidad o bien, no es ninguno de estos casos y el supuesto recae en algunas de las causales de confidencialidad, esa información se protege del escrutinio público.

Pero no fue así. Se pensaba que se trataba de un caso de colisión de principios, en este caso derechos fundamentales, en los que no hay una medida exacta de precedencia de uno sobre el otro. Y, por lo tanto, se requería de un parámetro de racionalidad para resolver, no en un sentido o en otro, sólo en el sentido de hacer pública información confidencial.

---

55 El énfasis en cursivas es propio.

56 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, pág. 37.

Y así, con los antecedentes referidos, el IFAI continuó resolviendo excepcionalmente algunos casos a través del parámetro de la prueba de interés público. Casos indudablemente de trascendencia y gravedad, como los expedientes clínicos[57] de los fallecidos en el penal del *"Altiplano"* o el de militares condenados penalmente por delitos contra la salud[58], entre muchos otros.

El tema es debatible: ¿el IFAI podía hacer esa prueba de interés público sin fundamento normativo? Mi opinión es que no, porque había norma expresa que fijaba las excepciones a la confidencialidad y porque no se trataba en realidad de una colisión de principios, ni de derechos fundamentales. Sin embargo, no deja de resultar interesante esa labor argumentativa.

Bajo el supuesto de que es viable la prueba de interés público por parte del IFAI bajo un presunto fundamento constitucional sostenido por una colisión de derechos fundamentales, no zanja el otro problema al que se refería Upegui Mejía: ¿cuál es el fundamento material que sirve de argumento para decir que una información confidencial es pública, a pesar de que no está contemplada en las excepciones que marca la ley?

> "Asimismo, el concepto de interés público será la clave para resolver el problema de la fundamentación material de la publicidad de la información personal ante la ausencia de un mandato legal específico".[59]

Esto es, si el valor del «*interés público*» por conocer una información confidencial es mayor al interés privado del titular de esa información por mantenerla a resguardo, la conclusión indefectible es que esa información se vuelve pública. Adicionalmente, se puede condimentar el concepto en comento con cuestiones de «*pasado o verdad histórica*»[60] en una franca oposición a otro concepto igualmente debatible como lo es el «*derecho al olvido*».

---

57 Los expedientes clínicos representaron durante mucho tiempo uno de los campos de batalla del IFAI frente a las instituciones de salud, públicas y privadas, en torno a la titularidad de éste. El criterio que prevalece y que en mi opinión es el adecuado es que el expediente clínico corresponde al paciente por un tema de datos personales. Sin embargo, en la resolución 3751/09, cuya ponente fue la entonces Comisionada María Marván Laborde se optó por hacer información pública los expedientes clínicos de las personas que fueron ejecutadas extrajudicialmente en el Centro Federal de Readaptación Social No. 1, mejor conocido como el *Altiplano*.

58 Véase la resolución 5084/10, cuya ponente fue la entonces Comisionada Jacqueline Peschard Mariscal. La regla general indica que el nombre de personas condenadas debe ser confidencial en vista a que el castigo social ya se ha ejecutado con el cumplimiento de la pena y no debe existir un escarnio posterior que dificulte la inserción social. Sin embargo, con este precedente se determinó que, las condiciones particulares de que los condenados fueran militares y los delitos por los que purgaban una pena de prisión eran contra la salud, exigía el interés público revelar la información confidencialidad.

59 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, pág. 39.

60 Véanse los expedientes 412/06 y 413/06 acumulados y 522/06, de la ponencia del entonces Comisionado Alonso Lujambio Irazábal. Los dos primeros aluden a la vida privada de Octavio Paz y Elena Garro y el último a personas fallecidas durante la llamada *"Guerra Sucia"*, mejor dicho, los movimientos sociales de 1968 y 1972 en México.

Esta fundamentación material a través del concepto de «*interés público*», al decir de Upegui Mejía se basa en tres argumentos perfectamente distinguidos por el autor[61]:

> "[E]l *teleológico*, según el cual la información personal debe darse a la publicidad si contribuye a la realización de la transparencia y la rendición de cuentas; el *originalista*, de acuerdo con el cual el propio constituyente, al introducir la reforma al artículo 6º constitucional, había previsto que *'fuera de las excepciones a la confidencialidad expresamente previstas en las leyes, determinados datos personales son susceptibles de divulgación si: 1) cuentan con un valor público y 2) las autoridades competentes realizan una cuidadosa ponderación que justifique* [su] *divulgación*', y, finalmente, el argumento *pragmático*, acerca de una cierta necesidad de resolver *'la colisión'* entre los derechos al acceso a la información pública y la protección de datos, cuando se presentan *'casos frontera'* en donde es *'difícil discernir… cuándo termina uno y comienza el otro… o en qué supuestos debe ceder uno frente al otro*'".[62]

Ahora bien, el doble problema identificado por el jurista colombiano en apariencia está resuelto actualmente. El problema de la fundamentación normativa ya no es motivo de preocupación: el INAI puede realizar la prueba de interés público porque está establecida como una excepción adicional a la confidencialidad en la LGTAIP de 2015. Y el problema de la fundamentación material también, en el sentido de que la propia LGTAIP de 2015 estableció, más allá del interés público, el método del test de proporcionalidad en los términos de la teoría de Alexy.

Aunque se hayan aparentemente resuelto ambos problemas, esto no significa que se ha superado la prueba de interés público, tal como se verá más adelante.

5. LA PRUEBA DE INTERÉS PÚBLICO NO PONDERA, SÓLO SIRVE PARA LEVANTAR LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN

Una cosa curiosa que resalta en este ejercicio comparativo es la siguiente: en Chile la prueba de interés público como lo ha aplicado el organismo garante es tanto para hacer pública información privada como para confirmar la confidencialidad de esa información[63]. En tanto, en México como se empezó a resolver en el IFAI, ratificada

---

61 Los argumentos muy bien sistematizados que identifica el autor provienen de la interpretación que hizo a las resoluciones del IFAI: 6030/09 (sobre los nombres de contribuyentes a los que el SAT les condonó los créditos fiscales) y RDA 4638/12 (sobre los resultados de la evaluación de los maestros de primaria), ambos de Ángel Trinidad Zaldívar.

62 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, págs. 42-43.

63 "…el modo en que el Consejo para la Transparencia ha aplicado el test de interés público, uno de los instrumentos que ha concebido para delimitar la transparencia pública (y el derecho de acceso a la información) con el derecho a la vida privada", en Covarrubias Cuevas, Ignacio. *Op. cit.*, 500.
De hecho, el jurista chileno respalda esta situación dual en casos resueltos por el organismo garante mediante esta prueba de interés público, pero a favor de la confidencialidad: por ejemplo, del recuento del voto en las elecciones nacionales y provisionales de la Central Unitaria de Trabajadores (Decisión

esa forma en la LGTAIP de 2015 y cómo está resolviendo el INAI, la prueba de interés público está destinada a hacer pública información que es confidencial.

Y es, precisamente, esta última modalidad la que define la inutilidad o falacia con la que se desvirtúa el test de proporcionalidad para levantar la confidencialidad de una información personal.

Superada la preocupación por la falta de fundamentos normativo y material de la prueba de interés público y el sentido de una o doble vía que tiene, es pertinente conocer cómo se legisló en México.

Ya se había comentado las excepciones a la confidencialidad que contenía la LFTAIPG de 2002, mismas que se mantienen, pero que la LGTAIP de 2015 adicionó precisamente la prueba de interés público:

> "Artículo 120 (LGTAIPG 2015). Para que los sujetos obligados puedan permitir el acceso a información confidencial requieren obtener el consentimiento de los particulares titulares de la información.
>
> No se requerirá el consentimiento del titular de la información confidencial cuando:
>
> I. La información se encuentre en registros públicos o fuentes de acceso público;
>
> II. Por ley tenga el carácter de pública;
>
> III. Exista una orden judicial;
>
> IV. *Por razones de seguridad nacional y salubridad general, o para proteger los derechos de terceros, se requiera su publicación*, o
>
> V. Cuando se transmita entre sujetos obligados y entre éstos y los sujetos de derecho internacional, en términos de los tratados y los acuerdos interinstitucionales, siempre y cuando la información se utilice para el ejercicio de facultades propias de los mismos.
>
> *Para efectos de la fracción IV del presente artículo, el organismo garante deberá aplicar la prueba de interés público. Además, se deberá corroborar una conexión patente entre la información confidencial y un tema de interés público y la proporcionalidad entre la invasión a la intimidad ocasionada por la divulgación de la información confidencial y el interés público de la información".*[64]

Esto significa, que la prueba de interés público: *i)* está destinada a hacer pública la información confidencial; o sea, no se permite una doble vía que incluya proteger la confidencialidad; *ii)* sólo procede en tres supuestos: seguridad nacional, salubridad general y protección de derechos de terceros; y, *iii)* debe llevarse a cabo un ejercicio de

---

A244-09) o de las evaluaciones psicológicas de los participantes —ganadores o no— en un concurso para ocupar una plaza del servicio civil de carrera (Decisión A90-09).
Véase también la misma obra de Covarrubias Cuevas en las páginas 507-511.

64 El énfasis en cursivas es propio. Este precepto tiene correlativo con el artículo 117 de la LFTAIP de 2016.

ponderación que, en términos teóricos, coincide estrictamente con la «*ley de ponderación*» o «*subprincipio de proporcionalidad*» de Alexy.

Sobre el primer elemento no hay mucho que decir, aunque lo que se diga es trascendental: si la finalidad de la prueba es siempre «*levantar la confidencialidad*», entonces el test de proporcionalidad —el tercer elemento— no sirve para tales propósitos porque dicho test pretende ser casuístico, dotar de peso específico a unos principios que colisionan y no establece reglas generales —como la de obtener siempre el levantamiento de la confidencialidad—.

Respecto al segundo elemento relativo al concepto de «*seguridad nacional*» se da por sentado al ser un término cuya explicación excedería los límites de este artículo.

Y en relación con el tercer elemento, que radica en la fundamentación material en el test de proporcionalidad. Sin embargo, presenta problemas esa regulación de dicho elemento.

Primero, el test de proporcionalidad no era necesariamente la fundamentación material que utilizaba el IFAI, éste sencillamente ponderaba entre el mayor beneficio que implicaba publicitar la información confidencial frente al valor del interés particular del titular de esa información por mantenerla fuera de la vista de los demás. Pero, con la LGTAIP de 2015 se pretendió resolver el problema de la fundamentación material: ¿cuál es la base de la prueba de interés público? El legislador[65] consideró que el método *"de moda"* en la argumentación jurídica era y es el test de proporcionalidad.

En segundo término, en buena medida, los ejercicios previos que realizó el IFAI se basaron en una tesis aislada de un Tribunal de Circuito en el que se utilizó el test de proporcionalidad, que nada tenía que ver con el fondo de los asuntos resueltos por el organismo garante y en dicha tesis no se explica cómo debe llevarse a cabo.[66]

Una tercera consideración es que, no se indica los pasos del test de proporcionalidad, pues sólo parece que se ajusta a uno de los tres subprincipios, el de proporcionalidad en sentido estricto y nada se dice de los otros dos subprincipios —idoneidad y necesidad—, ni de la fórmula de peso. No obstante, se puede complementar este elemento con lo dispuesto en el artículo 149 de la LGTAIP de 2015:

> "Artículo 149 LGTAIP 2015. *El organismo garante*, al *resolver el recurso de revisión*, deberá aplicar una prueba de interés público con base en elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, *cuando exista una colisión de derechos*.

65 Lo más seguro, algún asesor que leyó a Robert Alexy.

66 SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. Conforme a la teoría de la ponderación de principios debe negarse si el interés social constitucionalmente tutelado es preferente al del particular (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito).
Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXIV, tesis aislada, Tesis 1.4º.A.70 K, agosto de 2006, pág. 2346.

> Para estos efectos, se entenderá por:
>
> I. Idoneidad: La legitimidad del derecho adoptado como preferente, que sea el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el fin pretendido;
>
> II. Necesidad: La falta de un medio alternativo menos lesivo a la apertura de la información, para satisfacer el interés público, y
>
> III. Proporcionalidad: El equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del interés público, a fin de que la decisión tomada represente un beneficio mayor al perjuicio que podría causar a la población".[67]

Luego entonces, este problema está resuelto, pues se establecen los pasos del test de proporcionalidad. Sólo que, el precepto antes transcrito abona en el terreno de la problemática.

Si se observa con atención, el artículo está dirigido al organismo garante, no a los Sujetos Obligados. La redacción es amplia pues refiere a la resolución de recursos de revisión y no, propiamente, a un caso en el que se exceptúe la confidencialidad.

Finalmente, un aspecto importantísimo del artículo 149 comentado: además de las causales de prueba de interés público del artículo 120, agrega otra causal: la «*colisión de derechos*». Aquí se definen dos puntos: *i)* ¿los Sujetos Obligados no pueden hacer la prueba en caso de colisión de derechos? y ¿El organismo garante no puede llevarla a cabo en cuestiones de seguridad nacional, salubridad general y protección de derechos de terceros?; y, *ii)* Hay una forma malentendida de lo que se comprende por «*colisión de derechos*».

En respuesta a las dos preguntas formuladas en el párrafo anterior, por tratarse de una excepción mi opinión es que se trata de ámbitos restringidos de competencia: la seguridad nacional, la salubridad general y los derechos de terceros corresponde determinarlos en una prueba de interés público sólo a los Sujetos Obligados, con exclusión del organismo garante —a pesar de ello— y la colisión de derechos sólo le corresponde al organismo garante, con la connatural exclusión de los Sujetos Obligados. Pero, además, debe entenderse que la «*colisión de derechos*» a la que se refiere la atribución del organismo garante es restringida entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales.

No obstante esta apología a Alexy, realmente hay un modo «vernáculo» de aplicación de la prueba de interés público por parte de los organismos garantes como se verá a continuación.

Una primera advertencia es que, se señala claramente a los organismos garantes porque no hay registro de algún caso en el que un Sujeto Obligado haya hecho esta prueba.

---

67 El énfasis en cursivas es propio. Este precepto de la ley General tiene correlativo en el artículo 155 de la LFTAIP de 2016.

Supóngase que todo lo dicho anteriormente es errado y se trata de una crítica insustancial o que todos los problemas señalados se han superado. En un voto de confianza en la aplicación de la prueba de interés público por parte de los organismos garantes se aspiraría, como pretende Covarrubias Cuevas, a:

> "... sintetizar una muestra suficiente de casos resueltos por él [Consejo para la Transparencia] para los efectos de exhibir una cierta *'doctrina'* o, al menos, una *'línea'* jurisprudencial administrativa en la materia".[68]

Al respecto, Upegui Mejía señala los primeros casos en que se pretendió utilizar el test de proporcionalidad como fundamento material de la prueba de interés público:

> "Entre los primeros casos en que se empleó esta metodología [el test de proporcionalidad] pueden citarse el de la publicidad de condenas de militares y el de la confidencialidad de las víctimas del incendio de la guardería ABC...
>
> Para 2015, aumenta la frecuencia del uso del test de proporcionalidad, como puede advertirse en la suma de los casos sobre evaluación docente, condenados por delitos de lavado de activos, de alto impacto y de terrorismo, servidores públicos condenados, confidencialidad de la identidad de niños y niñas en el padrón del seguro popular y sanciones a médico".[69]

Ahora bien, ¿cuál es el problema de esta figura? En resumen, es que utiliza un test incompatible que es el de proporcionalidad, en una *"aparente colisión de derechos"* —el de acceso a la información pública y el de la privacidad en sentido amplio o si se quiere restringir al de la protección de datos personales— y en una regulación y aplicación incorrectas.

Aunque ya se mencionó que en Chile la figura en comento no está regulada constitucional o legislativamente, el problema se mantiene por las siguientes razones que explica Covarrubias Cuevas y que conceptualmente es aplicable a la situación mexicana:

> "... [Se] problematiza la procedencia y el empleo del test de interés público por parte del Consejo para la Transparencia [de Chile], a propósito de la ponderación entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la vida privada...".[70]

Con mayor énfasis, el jurista colombiano Upegui Mejía dice con toda claridad la problemática que representa esta prueba de interés público:

---

68 Covarrubias Cuevas, Ignacio. *Op. cit.*, pág. 506.

69 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, págs. 43-44.
Los casos a los que este autor se refiere fueron: RDA 1312/15, del Comisionado Oscar Mauricio Guerra Ford; RDA 2165/15, RDA 2445/15, RDA 5112/15 y RDA 6302/15, de la entonces Comisionada Areli Cano Guadiana; RDA 6206/16, de la entonces Comisionada María Patricia Kurczyn Villalobos; y, RDA 6531/15, del entonces Comisionado Joel Salas Suárez.

70 Covarrubias Cuevas, Ignacio. *"Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada"*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, pág. 499.

> "Frente a la rigidez de las hipótesis legales para permitir la publicidad de la información personal en poder del Estado, el órgano de transparencia mexicano encontró una vía de excepción en la figura del interés público. La aparente ilegalidad de esta alternativa lo obligó a justificar su proceder y su competencia. Para ello, el órgano de transparencia se decantó por una lectura constitucional del problema mediante la figura de la ponderación".[71]

Lo cual genera, acorde a la terminología de este último autor, un «*sincretismo metodológico*», al que también se le puede llamar «*vernáculo*» y ello deriva de.

> "No obstante, el uso de la terminología del test de proporcionalidad y su rimbombante despliegue persiguiendo la *'ponderación'*, una lectura detallada de cómo se utilizan estos términos, como ya lo vimos, revela que su función principal es más retórica que de fondo, más de legitimación que de fundamentación. El criterio que resuelve los casos sigue siendo la existencia o no de un interés público en la información personal, y el examen de la importancia de ese interés público frente al interés privado de mantener en secreto la información personal. Esto es, la nuda prueba de interés público".[72]

Si bien comparto con el jurista colombiano esa crítica, ¿cuál es el fondo de la inutilidad del test de proporcionalidad en la prueba de interés público? Bien, más allá de la incorrecta aplicación del test o, para decirlo de una manera no tan dura, los organismos garantes lo han aplicado parcialmente al concentrase a medias en un solo elemento de la proporcionalidad: la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. Esto significa que, sólo se perfila el cómo levantar la confidencialidad de una información para hacerla pública. Pero es que así está diseñada la prueba en la Ley General.

Por analogía resulta aplicable la opinión de Covarrubias Cuevas:

> "En vez de hacer operar el test de proporcionalidad en sentido amplio, lo que el Consejo [para la Transparencia de Chile] ha hecho con cierta habitualidad es llevar adelante sólo *'una aplicación específica del principio de proporcionalidad'*, esto es, el tercer subprincipio del criterio en cuestión, conocido como *'la proporcionalidad en sentido estricto…'*".[73]

Por lo tanto, se dejan de lado y resultan inútiles los otros dos subprincipios: de idoneidad y de necesidad. Aun cuando en las resoluciones del INAI se tratan de explicar ambos, se hace mediante *"argumentos inocuos y forzados"*.[74]

Si la comprensión de la idoneidad y de la necesidad, como ya se explicó, es que, si la elección de un medio para satisfacer un fin legítimo y que dicho medio es uno entre varios

---

71 Upegui Mejía, Juan Carlos. *"Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México"*, en *Revista de Estudios de Derecho a la Información*. Número 5, pág. 35.

72 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, pág. 51.

73 Covarrubias Cuevas, Ignacio. *Op. cit.*, págs. 523-524.

74 Upegui Mejía, Juan Carlos. *Op. cit.*, pág. 52.

como el menos lesivo, la pregunta por más necia que sea sería: ¿cuáles medios entre todos existen para elegir el menos lesivo y ese medio es idóneo tanto para publicar información confidencial como para resguardarla? Pues no hay un conjunto de medios, el único es hacer pública la información confidencial y no hay un movimiento pendular en la que en algunos casos la información se conserve en confidencia y otros se devela ésta.

Para qué diablos se pondera si no hay otras opciones que permitan definir lesiones de más a menos y si esas intervenciones sólo son aplicables a la vida personal siempre en beneficio del acceso a la información pública. Y no sólo eso, diría Bernal Pulido:

> "[S]i una medida de intervención en los derechos no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional".[75]

No queda más que sumarse a la conclusión clara y nítida de Upegui Mejía:

> "... [L]a única conclusión posible es que en todo caso de colisión entre los derechos de acceso a la información pública y de protección de datos personales, la revelación de la información personal (por mínima insignificante que sea) satisface, por definición [y agregaría, por petición de principio], el derecho de acceso a la información pública".[76]

Qué decir de la «*fórmula de peso*», si bien no es fácil, el test de proporcionalidad se queda corto, aún y cuando se suponga se acrediten los tres subprincipios. A la fecha, no conozco resolución de organismo garante que haya hecho el ejercicio de la fórmula de peso, según Alexy. Ahora trasládese la responsabilidad de hacer el test completo a los Sujetos Obligados, definitivamente no es posible debido a diversos factores, los cuales mayoritariamente recaen en las capacidades profesionales de los servidores públicos —lamentablemente—.

Finalmente, para concluir con este tema, no se ha reflexionado qué pasaría en los casos de «*datos sensibles*» y en la posibilidad de que haya una «*audiencia previa*» no sólo del titular de la información, sino de terceros que se vean afectados con la publicidad de esa información

Póngase a consideración el ejemplo clásico que la historia de varios países ha confirmado: la salud es un dato personal sensible y, por lo tanto, protegido mediante la confidencialidad. Sin embargo, también se ha establecido el criterio según el cual el nivel de confidencialidad en personas públicas disminuye frente a la generalidad. ¿Qué pasaría si al Presidente de la República se le diagnosticara una enfermedad mental? [77]

---

75 Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pág. 37.

76 *Idem*.

77 Por supuesto se trata de un caso ficticio, no obstante, la historia de México ofrece el caso de Guadalupe Victoria, aunque nunca fue formalmente declarado incapaz. Por lo demás, en los tiempos actuales,

Un asunto debatible entre lo público y lo privado, pero en el que la prueba de interés público mediante el test de proporcionalidad sería inadecuada para determinar hacia qué lado se decanta. Muy distinto, si el padecimiento presidencial con cierta dosis de chabacanería fuese algo vergonzoso, tal vez privilegiaría la confidencialidad.

Y en el caso de la audiencia previa, afortunadamente existe una tesis aislada del Poder Judicial de la Federación que ha hecho hincapié en este tema y que en la parte conducente señala:

> ACCESO A LA INFORMACIÓN. EJERCICIO DEL DERECHO RELATIVO TRATÁNDOSE DE LA CLASIFICADA COMO CONFIDENCIAL, MEDIANTE LA PRUEBA DE DAÑO O EL INTERÉS PÚBLICO Y EL ROL DEL JUEZ DE AMPARO PARA FACILITAR LA DEFENSA DE LAS PARTES. (…) Por otra parte, cuando alguien intenta revertir determinada clasificación de la información que estima que no es confidencial, debe plantearlo ante la autoridad que realizó la clasificación, dando audiencia a los beneficiados con la decretada y a los probables afectados, para el evento de que se reclasifique, a través de la "prueba del interés público… (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en el Distrito Federal y Jurisdicción en toda la República).[78]

Si a lo anterior se agrega que, a solicitud expresa formulada al INAI sobre cuántos recursos de revisión desde 2015 a la fecha (2023) se han resuelto sobre la base de la prueba de interés público, la respuesta es constante: la remisión a la liga electrónica en el que se condensan todas las resoluciones sin un criterio de catalogación. Sólo la ponencia del Comisionado Adrián Alcalá distingue y aporta como información de 2021 a 2023 un total de 21 recursos de revisión en la que se utilizó el test de interés público y en la totalidad de esos casos se revoca o modifica la respuesta del Sujeto Obligado en el sentido de hacer pública información que ha sido clasificada como confidencial.

CONCLUSIONES

De lo anterior, se puede concluir lo siguiente:

Primero. La ponderación en casos concretos jurídicos es una actividad intelectual humana para decidir la solución aplicable mediante la asignación de valores o pesos a las alternativas u opciones conflictuadas.

---

cualquier semejanza con la realidad es mera coincidencia.

78 *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, Libro 29, Tomo III, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis aislada, materia constitucional, administrativa y común, Tesis I.1º.A.E.133 A, abril de 2016, pág. 2133.

Segundo. La ponderación se ve influida por una carga de subjetividad atribuible al individuo que pondera, a pesar del esfuerzo que éste haga por objetivar la decisión asumida.

Tercero. La doctrina ha aportado metodologías varias para reducir la subjetividad en la actividad ponderativa y dotarle de mayor objetividad. Uno de los métodos que mayor acogida ha tenido ha sido el test de proporcionalidad del jurista alemán Robert Alexy.

Cuarto. El test de proporcionalidad propuesto por Alexy se basa en la colisión de principios (como los derechos fundamentales) cuya solución debe satisfacer tres gradas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Quinto. Este test ha sido adoptado en México en la LGTAIP de 2015 mediante la llamada prueba de interés público.

Sexto. La prueba de interés público implica una colisión entre la información confidencial y la necesidad de hacer pública dicha información.

Séptimo. La metodología para realizar dicha prueba es el test de proporcionalidad de Alexy; sin embargo, dicho test se hizo para ponderar, no para justificar siempre la misma decisión.

Octavo. La práctica del organismo garante nacional es "ponderar" siempre hacia la publicidad de información confidencial y no para mantener esta clasificación.

FUENTES CONSULTADAS

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

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

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

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

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 1138.

Cervantes Pérez, Benjamín Alejandro. *"La prueba de daño a la luz del principio de proporcionalidad"*, en *Estudios en Derecho a la Información*. Número 6, Edit. 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. 49-67.

Covarrubias Cuevas, Ignacio. *"Las falencias del test de interés público como instrumento de ponderación entre el acceso a la información pública y la vida privada"*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Volumen XXXVIII, Valparaíso, primer semestre de 2012, pp. 499-541.

Criterios administrativos del IFAI y del INAI consultables en www.inai.org.mx

Decisiones A45-09, A90-09, A115-09, A244-09 y C402-09 del organismo garante chileno consultable en https://www.consejotransparencia.cl/

Expedientes de recursos de revisión resueltos por el IFAI/INAI números: RR 412/06 y 413/06 acumulados; RR 522/06, RR 4734/07, RR 2936/08, RR 3751/09, RR 4781/09, RR 5434/09, RR 6030/09, RR 384/10, RR 5084/10, RDA 0791/12 Bis, RDA 4638/12, RDA 2486/13, RDA 2607/14, RDA 5152/14, RDA 5159/14, RDA 5389/14, RDA 0463/15, RDA 1312/15, RDA 2165/15, RDA 2445/15, RDA 4382/15, RDA 5112/15, RDA 6302/15, RDA 6531/15, RDA 6206/16, RRA 6649/17, RRA 1986/18, RRA 4436/18, RRA 5048/18, RRA-RCRD 2083/19 y RRA 14872/21.

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, Edit., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2012, pp. 65-106.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de mayo de 2015.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de mayo de 2016.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2002 (abrogada).

López-Ayllón, Sergio y Alejandro Posadas. *"Las pruebas de daño e interés público en materia de acceso a la información. Una perspectiva comparada"*, en *Revista de Derecho Comparado de la Información*. Número 9, Edit. Fundación Konrad Adenauer, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, enero-junio de 2007, pp. 21-55.

Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. *ABC del secreto de los deudores fiscales.* Cuadernos de Transparencia, Número 20, Edit. Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, México, 2015, pp. 53.

Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. *"El secreto fiscal y el IFAI: El primer precedente de apertura por causa de interés público en México"*, en *Revista de Derecho Comparado de la Información*. Número 16, Edit. Instituto de Investigaciones Jurídicas México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad de Palermo (Argentina), Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información y Fundación Konrad Adenauer, México, julio-diciembre de 2010, pp. 39-71.

Luna Pla, Issa y Gabriela Ríos Granados. *"Legalidad del secreto fiscal hasta por doce años"*, en *Decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* Número 77, Edit. Su-

prema Corte de Justicia de la Nación e Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016, pp. 84.

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

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

Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, Tomo XXIV, tesis aislada, Tesis 1.4º.A.70 K, agosto de 2006, pág. 2346.

Upegui Mejía, Juan Carlos. *"Crítica a la ponderación como test de proporcionalidad para decidir sobre la publicidad de la información personal en poder del Estado en México"*, págs. 35-57, en *Revista de Estudios de Derecho a la Información*. Número 5, 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 Económicas, México, enero-junio de 2018, pp. 134.

Velasco C., Elizabeth. *"No es obligatorio publicar las fotos de los funcionarios: IFAI"*, en *La Jornada*, México, 8 de septiembre de 2005, consultable en https://www.jornada.com.mx/2005/09/08/index.php?section=politica&article=010n2pol

www.inai.org.mx

INCONVENCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Karen Alejandra Castro Vargas*

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza cómo el *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano y el control de convencionalidad tienen vigencia en el marco normativo mexicano, en específico su injerencia en la interpretación conforme con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El análisis es guiado por las siguientes preguntas: ¿Cuál es la relevancia del *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en el marco normativo mexicano? ¿De qué modo se encuentra vinculada la interpretación conforme con el control de convencionalidad interno? ¿Se puede realizar una interpretación de las normas constitucionales conforme al propio marco normativo constitucional y qué papel juega el margen nacional de apreciación? ¿El control de convencionalidad interno es un control de constitucionalidad?

En última instancia se concluye que la prisión preventiva oficiosa es inconvencional, por lo que, a la luz de la acción de inconstitucionalidad 130/2019, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al realizar una interpretación conforme, debió preferir la más acorde a la protección de derechos humanos, la cual correspondía a la interpretación de la prisión preventiva oficiosa realizada por los tratados internacionales correspondientes —conforme al artículo primero constitucional— sobre la teleológica del propio texto constitucional.

PALABRAS CLAVE: *Ius Constitutionale Commune,* control de convencionalidad, prisión preventiva, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ABSTRACT: In this article the author analyzes how the Latin American *Ius Constitutionale Commune* and the conventionality control are effective in the Mexican legal framework, specifically its importance with the constitutional review according with the Mexican Constitution. This work is guided by the following questions: What is the relevance of the Latin American *Ius Constitutionale Commune* in the Mexican legal framework? In which way is the constitutional review related to the internal conventionality control? Is it possible to constitutional review statutes in accordance with the constitutional normative framework itself and what role does the margin of discretion play? Is the internal conventionality control a constitutional review?

This article leads to the conclusion that the pre-trial detention is unconstitutional, for the action for a constitutional review No. 130/2019 held at Mexico's Supreme Court of Justice, by making a constitutional review, should have preferred the most favorable interpretation for human rights' protection, which corresponded to the interpretation regarding pre-trial detention made by the international treaties —according to Article 1 of the Mexican Constitution— over the purposivism interpretation of the constitutional text itself.

* Especialista en Amparo (Universidad Panamericana) y Licenciada en Derecho (Universidad Panamericana).

KEYWORDS: *Ius Constitutionale Commune*, conventionality control, pre-trial detention, Mexico, Mexico's Supreme Court of Justice.

SUMARIO: 1. *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* COMO PARÁMETRO DE VALIDEZ CONVENCIONAL. 1.1 ¿Cómo está compuesto y cuál es la relevancia del *ius constitutionale commune*?. 1.2. ¿Qué es el *ius constitutionale latinoamericano*?. 2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. 2.1. ¿Qué es el control de convencionalidad externo?. 2.2. Qué es el control de convencionalidad interno?. 2.3. ¿Qué es el margen de apreciación nacional?. 3. LA INTERPRETACIÓN CONFORME: MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL. 3.1. Control constitucional. 3.2. ¿Cómo se realiza la interpretación conforme?. 4. LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL EN DERECHOS HUMANOS. 4.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 4.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 4.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 5. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 130/2019 Y SU ACUMULADA 136/2019. 5.1. Primer proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 130/2019. 5.2. Segundo proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 130/2019. 5.3. Análisis. 6. CONCLUSIÓN: LA INCONVENCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA. FUENTES DE CONSULTA.

1. *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* COMO PARÁMETRO DE VALIDEZ CONVENCIONAL

El *Ius Constitutionale Commune* (en adelante el "ICC") es un fenómeno jurídico emergido de la interacción y la confluencia entre el derecho nacional e internacional[1] con un impulso específico: transformar la realidad a través de un **parámetro normativo** para la protección multinivel de derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho.[2] Lo anterior, partiendo de un proceso de transformación constitucional tendiente a la **consolidación de un acervo común de estándares** que salvaguardan dicha triada.[3]

Claramente el ICC no es concepto finito, de ahí que se requiera una revisión periódica y constante de su contenido.

1.1 ¿Cómo está compuesto y cuál es la relevancia del *ius constitutionale commune*?

El ICC es una transformación en los ordenamientos jurídicos nacionales que implica la **adopción gradual de estándares internacionales para aplicarlos en su derecho**

1 Bogdandy, Armin von, *et al*., "A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador", en: Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), Ius constitutionale commune *en América Latina: textos básicos para su comprensión,* Colección Constitucionalismo Contemporáneo, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, México, 2017, p. 21.

2 *Ídem*.

3 *Ibidem,* p. 148.

público nacional a través de la permeabilidad policéntrica "*que evidencia un pluralismo entre el derecho internacional, supranacional y doméstico*",[4] cuya relevancia no solo estriba en su impacto en diversas reformas constitucionales y legislativas, sino también en la adopción de políticas públicas de cada Estado.[5]

Así, "[l]*a creación de la Sociedad Internacional de Derecho Público es una prueba de que la interconexión entre la teoría política, la ciencia política, el derecho constitucional, el derecho comparado, el derecho de la integración y el derecho internacional es una tendencia universal contemporánea.*"[6]

Así, el ICC ha ganado voluntades y territorios en los últimos años, manifestándose en sendas reformas normativas, giros jurisprudenciales, políticas públicas emergentes y atenciones académicas.[7] Lo anterior atendiendo al dinamismo social, manteniendo la atención en torno a las deliberaciones y las tensiones que se advierten en cualquier parte del mundo, [8] lo que asegura su constante actualización.

1.2. ¿Qué es el *ius constitutionale latinoamericano*?

En el caso de la región de América Latina, es innegable la viva relación entre decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "Corte IDH") y el derecho interno de los países de la región, particularmente tribunales latinoamericanos que se han ido nutriendo de la jurisprudencia de la Corte IDH, en un proceso que podríamos llamar de "nacionalización".

¿Cuál es la agenda de este constitucionalismo transformador (ICC) como fenómeno global acotado a América Latina?[9] Enfrentar el autoritarismo, fortalecer las instituciones públicas para promover el bien común, y superar la exclusión. ¿Cómo surge el ICC latinoamericano (en adelante el "ICCAL")? Como fruto de "*la investigación en torno a los problemas jurídicos que afronta la región*",[10] concluyendo que esos problemas deben abordarse con un enfoque de derecho público de modo "*que el derecho gobierne el ejercicio de la autoridad pública.*"[11]

---

4 *Ídem.*
5 *Ídem.*
6 *Ibidem*, p. 27.
7 García Ramírez, Sergio., "La 'navegación americana' de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*", en: Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), Ius constitutionale commune *en América Latina: textos básicos para su comprensión,* Colección Constitucionalismo Contemporáneo, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, México, 2017, p. 56.
8 *Ibidem*, p. 57.
9 Tras las ideologías constitucionales que han existido en América Latina: (**i**) el conservadurismo inspirado en el catolicismo español; (**ii**) el liberalismo inspirado en Estados Unidos antes del *New Deal*; y (**iii**) el radicalismo inspirado en el socialismo francés.
10 Bogdandy, Armin von, *et al.*, *op. cit.*, p. 18.
11 *Ídem.*

¿Cómo conseguir tan ambicioso fin? Al respecto, los maestros Armin von BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Mariela MORALE ANTONIAZZI, Flávia PIOVESAN y Ximena SOLEY, señalan que las respuestas se encuentren en el derecho administrativo, el derecho internacional público general, el derecho a la integración regional, los derechos humanos y el derecho de las inversiones.[12] Tras este análisis multidisciplinario, los autores nos señalan 3 dimensiones del ICCAL, a saber:

i. **Analítica ontológica.** Afirma la existencia de un nuevo fenómeno jurídico compuesto por elementos provenientes de varios ordenamientos jurídicos que se encuentran **interconectados por un impulso común** denominado constitucionalismo transformador.[13]

> *"(…) vincula a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) con los demás instrumentos jurídicos interamericanos con las garantías establecidas en las constituciones nacionales, con las cláusulas constitucionales de apertura del ordenamiento jurídico interno al derecho internacional y con la jurisprudencia nacional e internacional pertinente."*[14]

La Corte IDH se ha convertido "*en uno de los muchos puertos que conforman la red latinoamericana del constitucionalismo transformador. Esa red interconecta a la Corte IDH con las cortes y los tribunales nacionales*."[15]

ii. **Normativa:** "*respalda el impulso específico del constitucionalismo transformador en América Latina que fue incorporado o renovado con los proyectos constitucionales que surgieron con posterioridad al periodo de los regímenes autoritarios*." (…) "*se han modificado los parámetros bajo los cuales el poder debe ser justificado y los objetivos pueden ser perseguidos*",[16] por lo que se reconoce que el derecho y la academia han sido responsables de las deficiencias sistémicas o estructurales.

> "*El objetivo del ICCAL es que en toda la región* ***se tornen efectivas o se realicen materialmente las promesas centrales de las constituciones nacionales*** *y que los diferentes países del subcontinente se integren dentro de una* ***estructura de apoyo mutuo***."[17]

Los mecanismos son: (**i**) la difusión de los estándares sobre derechos humanos, (**ii**) la compensación de los déficits nacionales y (**iii**) el fomento de una nueva dinámica de empoderamiento de los actores sociales.

---

12 *Ídem.*
13 *Ibidem*, p. 19.
14 *Ídem.*
15 *Ibidem*, pp. 19 y 20.
16 *Ibidem*, p. 21.
17 *Ibidem*, p. 20.

iii. **Enfoque académico.** "[S]*e caracteriza por la combinación de la investigación académica sobre el derecho nacional e internacional, una mentalidad comparativa y una orientación metodológica hacia los principios, en concreto, hacia la triada: derechos humanos, democracia y Estado de derecho. Su lógica es incremental y los derechos son su principal enfoque e instrumento.*"[18]

En suma, las tres dimensiones refieren a tres fases consecuenciales que deben ser agotadas: **acuñar, desarrollar y propagar el concepto de ICCAL a fin de impactar la realidad.**

En palabras de Bogdandy, al introducir el concepto de "interamericanización", el ICCAL sucede gracias a la reconfiguración de la relación entre el derecho internacional y el nacional; es decir, **ordenamientos jurídicos nacionales que adoptan gradualmente los estándares interamericanos por parte de los Estados que han reconocido la competencia de la Corte IDH**, para aplicarlos a su derecho público nacional.[19]

Así, respecto a la conveniencia o no de contar con un ICCAL, es dable concluir que el proceso de interamericanización "*es un mecanismo relevante para avanzar en el* Ius Constitutionale Commune *en América Latina en derechos humanos*",[20] que **contribuye a encontrar respuestas a los desafíos estructurales que enfrenta la región.**

> "*El conjunto de instrumentos jurídicos que reúne el ICCAL* ***ofrece la oportunidad de contar con estructuras idóneas para impulsar una agenda transformadora****. Se trata de una sólida red de instituciones y personas que han utilizado esas estructuras para desencadenar dinámicas transformadoras relevantes.*"[21]

En ese tenor, es fundamental delimitar, organizar, desarrollar y criticar el derecho a fin de crear una **interacción dinámica entre los diferentes sistemas jurídicos con un fuerte vínculo con el constitucionalismo transformador**, buscando transformar las sociedades desde su realidad política y social con el fin de crear un marco general para la plena realización de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos **de manera que los Estados de América Latina puedan ser más plurales y cohesionados.**[22]

2. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

En el sistema interamericano de derechos humanos, el control de convencionalidad encuentra su fundamento en las fuentes normativas de las cuales emanan las obliga-

18 *Ídem*.
19 *Ibidem*, p. 418.
20 *Ídem*.
21 *Ibidem*, p. 22.
22 *Ídem*.

ciones de los Estados, a través de la lectura conjunta de los artículos 1.1, 2 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la "CADH").[23]

Este control de convencionalidad es, por tanto, la **concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en la CADH**.

Esta obligación de garantía se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH, lo que implica que los Estados deben **adoptar medidas en el ámbito interno que permitan la compatibilidad de las normas internas del Estado con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos**, de manera de establecer condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados en la CADH. Estas medidas no se agotan en la adopción o expulsión de leyes, sino también en la interpretación de la normativa interna de manera conforme a la CADH.[24]

En la jurisprudencia de la Corte IDH ha surgido el concepto control de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la **verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales con la CADH y su jurisprudencia**; es una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la CADH y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH.

Así, en varias sentencias la Corte IDH ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. No obstante, todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer *ex officio* un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la CADH, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.[25]

Muchos de los casos que se someten al conocimiento de la Corte IDH llegan porque ha fallado la justicia interna. Por tanto, el control de convencionalidad es la concreción de la garantía de los derechos humanos consagrados internacionalmente, en el ámbito normativo interno. De ello se desprende que el control de convencionalidad tiene aplicación tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

---

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "I. Breve introducción al control de convencionalidad", en: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p.3.

24 *Ibidem*, p. 4.

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "VII. Valor de la jurisprudencia interamericana como parámetro de convencionalidad: cosa juzgada internacional.", en: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 28.

2.1. ¿Qué es el control de convencionalidad externo?

En el ámbito internacional, el control de convencionalidad externo refiere a la función que realiza la Corte IDH consistente en la expulsión de normas contrarias a la CADH a partir de los casos concretos que se someten al conocimiento de la Corte IDH.

> "*Esto ha ocurrido, por ejemplo, con la declaración de incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones que impone la CADH (ver, entre otros, Caso Almonacid Arellano vs. Chile).* ***Dicha función, ha sido la principal de la Corte IDH*** *desde su entrada en funcionamiento,* ***ya que es el órgano encargado de interpretar la CADH*** *y revisar que los actos y hechos de los Estados, que han reconocido su competencia, se ajusten a sus disposiciones*."[26]

Así, el aludido control de convencionalidad externo es una supremacía de la doctrina judicial que expone la Corte IDH que emerge de la jurisprudencia mutativa por adición de ésta, y su propia jurisprudencia como tribunal supranacional,[27] y que **sirve para dar solución ante la eventual colisión entre derechos, bienes y valores sostenidos por una convención** sobre derechos humanos o la doctrina del órgano jurisdiccional internacional respectivo, **y la Constitución nacional**.[28]

2.2. Qué es el control de convencionalidad interno?

En el ámbito interno, el control de convencionalidad es el que deben realizar los agentes del Estado y, principalmente, pero no exclusivamente, los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) para analizar la compatibilidad de las normas internas con la CADH. En este sentido, el objetivo del control es **verificar la conformidad de las normas internas y su interpretación y aplicación, con la CADH y otros instrumentos de derechos humanos que vinculen al Estado** y que exista una correcta aplicación de dichos estándares. [29]

Este ejercicio de control puede tener una serie de consecuencias, tales como, la expulsión del sistema interno de normas contrarias a la CADH (sea vía legislativa o jurisdiccional cuando corresponda); **la interpretación de las normas internas de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado**; el ajuste de las actuaciones de los órganos ejecutivos y legislativos a las obligaciones internacionales; la modificación de prácticas de los órganos del Estado que puedan ser contrarias a los estándares in-

---

26 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "I. Breve introducción al control de convencionalidad", *op. cit.*, p.3.

27 Sagüés, Néstor Pedro, *La constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 391.

28 *Ibidem* pp. 391 y 392.

29 Corte Interamericana de Derechos Humanos, "I. Breve introducción al control de convencionalidad", *op. cit.*, p. 3.

ternacionales a los que se ha comprometido el Estado; entre otras formas de concreción de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.[30]

Cobra relevancia al caso el tercer paso del control de convencionalidad,[31] que refiere a "***la necesidad de que las interpretaciones constitucionales y legislativas locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel Tribunal*** *(…) lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar a todo el derecho interno, de conformidad con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*."[32]

¿Cómo se lleva a cabo lo anterior? Mediante las siguientes operaciones:[33]

i. **Selección de interpretaciones.** Se prefieren aquellas exégesis del derecho doméstico, especialmente del constitucional, compatibles con la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH.

ii. **Construcción de interpretaciones.** Interpretaciones del derecho nacional mutativas por adición, sustracción, o mixtas, por sustracción-adición (sustitutivas), siempre para tornar la norma constitucional compatible con la CADH y su jurisprudencia.

Al respecto, el maestro Sergio García hace una pregunta importante: *"¿Pueden los tribunales internos, en el desempeño del control de convencionalidad, formular interpretaciones propias acerca de normas de Derecho internacional, cuando venga al caso la aplicación de éstas a los casos de los que estén conociendo?"*[34] Responde que sí, pero solo cuando NO exista jurisprudencia de la Corte IDH sobre la norma que los juzgadores nacionales examinan y pretenden aplicar. "*En tales supuestos, si no se llevase adelante una interpretación doméstica, la norma internacional quedaría inaplicada, con todo lo que ello apareja*."[35]

En México el "***juez interno*** *—que ejerce el control de convencionalidad— y en general todas las* ***autoridades domésticas*** ***—a las que se atribuyen obligaciones de prevención, respeto, garantía y reparación—*** *debe conocer el amplio contenido de ese Derecho, para actuar en consecuencia. Ello no implica, por supuesto, que el juzgador doméstico DEBA aplicar directamente esas expresiones del Derecho internacional; le*

30 *Ídem.*
31 Después de a) Aplicación del mejor derecho y de la mejor interpretación; y b) Inaplicación de la regla constitucional; por lo que el tercer paso que se hace mención es: **c) Reciclaje de la norma constitucional.**
32 Sagüés, Néstor Pedro, *op.cit.*, p. 392.
33 *Ibidem* p. 393.
34 García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, IIDC, CIDH y UNAM, México, 2013, p. 783.
35 *Ídem.*

*servirán para establecer el alcance de los términos de una convención y, en consecuencia, **fijar el marco del control de convencionalidad**.*"[36]

Asimismo, el maestro Sergio García hace una importante referencia por analogía: el control concentrado es como el control de convencionalidad externo (la Corte IDH como intérprete de la CADH) y el control difuso como el control de convencionalidad interno (tribunales nacionales con la posibilidad de aplicar normas internacionales sobre derechos humanos para dar cumplimiento, en su ámbito de atribuciones a los deberes del Estado contenidos en los artículos 1º y 2º de la CADH).

Es decir, y considerando su voto correspondiente al caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, **el control de convencionalidad puede tener carácter difuso** y "*quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos*."[37]

2.3. ¿Qué es el margen de apreciación nacional?

La CADH, en su preámbulo, indica la naturaleza coadyuvante o complementaria de la tutela convencional: (**i**) **una subsidiariedad procesal**, "*es decir, que solamente cuando las autoridades nacionales han tenido la oportunidad de analizar y resolver la situación concreta denunciada y no han podido o querido solucionarla de acuerdo con lo exigido por la Convención, puede operar el Sistema Interamericano*";[38] y (**ii**) **una complementariedad normativa**, que "*reconoce que el orden jurídico interno tiene la responsabilidad primaria de respetar y garantizar los derechos reconocidos en la Convención. Ello surge del artículo 1.1 de la Convención, que exige a los Estados respetar y garantizar los derechos convencionales*."[39]

En este tenor, cobra relevancia la noción de margen de apreciación del juez nacional la cual *"se funda en la **capacidad que tiene la jurisdicción interna de interpretar los derechos humanos***."[40] Más aún, "*es el Estado el encargado de la interpretación y aplicación de los derechos humanos dentro del país conforme a una legislación internacional incorporada dentro del ordenamiento interno*."[41]

---

36 *Ibidem*, p. 778.
37 *Ibidem*, p. 795.
38 Dulitzky, Ariel, *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para (des) armar*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, p, 343.
39 *Ibidem*, p. 344.
40 Barbosa Delgado, Francisco R., "El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, IIDC, CIDH y UNAM, México, 2013, p. 1094.
41 *Ibidem*, p. 1091.

Por otro lado, las cortes regionales de derechos humanos se encargan de racionalizar esa interpretación nacional "*a través de interpretaciones extensivas de los derechos fundamentales con base en la proporcionalidad y en lo estipulado tanto en la CADH como en la CEDH*."[42] Es decir, "*los tribunales regionales protegen de forma subsidiaria estos derechos a través del principio de proporcionalidad con el cual se determina la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto de las medidas de restricción tomadas por el Estado*."[43]

Sin embargo, ¿qué pasa ante "un caso de difícil solución", una falta de consenso entre los Estados parte de los tratados de derechos humanos? El maestro Francisco R. Barbosa responde lo siguiente: "*la ausencia de consenso entre los Estados sobre temas sensibles en derechos humanos, ha llevado a que el TEDH y la Corte IDH justifiquen una imposibilidad de definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos y* ***procedan al reconocimiento de un principio de deferencia hacia las autoridades nacionales***."[44]

Es decir, al margen de apreciación nacional tiene un límite claro, los casos de difícil solución, por lo que éste no es absoluto. No obstante ello, el referido poder de deferencia tiene como condiciones esenciales (**i**) la existencia de un Estado de Derecho (vinculación con el propósito del ICCAL) y (**ii**) la constatación de una sociedad democrática (a través de sus componentes: el pluralismo, tolerancia y el espíritu abierto).[45]

3. LA INTERPRETACIÓN CONFORME: MEDIO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

El maestro Guillaume Tusseau refiere que la interpretación como medio de control de constitucionalidad debe ser una interpretación unívoca y vinculante para todos, autoridades y particulares, por lo que así habría **uniformidad para la aplicación de la ley**.[46] Un marco de certeza jurídica que brinda tanto el ICCAL, el parámetro de validez convencional y el bloque de regularidad constitucional. Por lo que vale la pena desglosar en primera instancia en qué consiste el control de constitucionalidad, y posteriormente uno de los medios para ejercerlo: la interpretación conforme.

3.1. Control constitucional

En palabras del doctor Sergio Charbel Olvera, "*El control constitucional es el conjunto de* ***acciones orientadas a que se cumplan las normas constitucionales****, por medio*

42 *Ibidem*, p. 1095.
43 *Ibidem*, p. 1092.
44 *Ibidem*, p. 1111.
45 *Ídem*.
46 Olvera Rangel, Sergio Charbel, "3.3.1. El control constitucional", en: *La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales*, tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021, p. 284 (en su nota 647), nota 8.

de las acciones de cumplimiento de los particulares y las autoridades, o por el ejercicio de las funciones de autoridades estatales." [47]

No obstante, debemos recordar que el texto constitucional fue modificado mediante la reforma de derechos humanos de 2011, contemplando en su artículo primero una extensión por remisión del texto constitucional, constituida por el bloque internacional de derechos humanos. Lo que quiere decir que **todos aquellos tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte que contemplen derechos humanos, son parte del artículo primero constitucional.**

Lo anterior tiene sustento en el **parámetro de control de regularidad constitucional**, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Como se sabe, la discusión del expediente Varios 912/2010 se originó para tratar de dar cumplimiento a parte de lo ordenado en la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco vs. México. Con tal objetivo en la mira, la SCJN reflexionó sobre los alcances de lo que se conoce como control difuso de convencionalidad, y señaló que el parámetro de análisis que conlleva se integra por lo que puede calificarse como los componentes de un bloque de constitucionalidad:

i. Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución (con fundamento en los artículos 1o y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;

ii. Todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.

iii. Criterios vinculantes de la Corte IDH establecidos en las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

De lo anterior, la Segunda Sala de la SCJN, a través de la jurisprudencia por contradicción de tesis 2a./J. 16/2014 (10a.),[48] realizó una distinción doble respecto del control constitucional: el control concentrado y el control difuso.

El *control concentrado* es de competencia exclusiva del Poder Judicial de la Federación, cuyos órganos son encargados del análisis de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, por lo que la controversia consiste en determinar si la disposición de carácter general impugnada expresamente es o no contraria a la Constitución y a los

47 *Ibidem*, p. 279.

48 Tesis [J.]: 2a./J. 16/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, tomo I, abril de 2014, p. 984. Reg. digital: 2006186, consultable en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006186.

tratados internacionales, existiendo la obligación de analizar los argumentos que al respecto se aduzcan por las partes.

En cambio, el *control difuso* es de competencia de las autoridades jurisdiccionales ordinarias cuya obligación es hacer respetar los derechos humanos establecidos en la propia Constitución y tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pudiendo inaplicar leyes secundarias, con la diferencia de que el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad no integra la *litis*, puesto que ésta se limita a la materia de legalidad, y por ello, el juzgador por razón de su función, prescindiendo de todo argumento de las partes, puede desaplicar la norma.

Pero ¿cómo se realiza el control de constitucionalidad a través de la interpretación?

3.2. ¿Cómo se realiza la interpretación conforme?

Como se mencionó en líneas anteriores, el control constitucional se ejerce a través de las garantías constitucionales, las cuales **permiten analizar las normas, actos y omisiones** de particulares y autoridades, adecuándolas a la Constitución y al parámetro de convencionalidad en derechos humanos. Es decir, partiendo del entendido que el control de constitucionalidad es el conjunto de acciones orientadas al cumplimiento de la Constitución y su bloque de convencionalidad, vale la pena distinguir el «control» como *género*, de la «interpretación» de las normas constitucionales y secundarias como *especie*, por lo que la interpretación de las normas conforme al marco normativo constitucional y al parámetro de convencionalidad sería una *especie:* uno de los medios del control de constitucionalidad.

Sentado que la interpretación conforme es un medio del control de constitucionalidad, debemos atender a la obligación que tienen todas las personas juzgadoras —aun cuando no sean jueces de control de constitucionalidad y no haya una petición expresa para realizar este tipo de control— de realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* de las normas que deben aplicar —en términos del artículo 1° constitucional—, la cual debe realizarse en los términos que lo ha dispuesto la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la "SCJN") dando operatividad práctica a esta obligación constitucional.

Así, de conformidad con la jurisprudencia por precedente obligatorio 1a./J. 84/2022 (11a.),[49] de rubro: "*CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. METODOLOGÍA PARA REALIZARLO.*", sentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las personas juzgadoras deben seguir la si-

49 Tesis [J.]: 1a./J. 84/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, tomo V, junio de 2022, p. 4,076. Reg. digital: 2024830, consultable en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024830.

guiente metodología para realizar control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* de las normas que deben aplicar, la cual se compone de los siguientes pasos:

i. **Identificación**. Implica identificar el derecho humano que considere podría verse vulnerado, en atención a las circunstancias fácticas del caso, mismas que se desprenden de la narración del titular del derecho o del caudal probatorio que obre en el expediente;

ii. **Fuente del derecho humano.** Es decir, si éste se encuentra reconocido en sede constitucional y/o convencional y fijar su contenido esencial, es decir, explicar en qué consiste, **a la luz tanto de su fuente primigenia como de la jurisprudencia desarrollada por el tribunal encargado de la interpretación final de la fuente**;

iii. **Estudio de constitucionalidad y convencionalidad.** Implica el análisis de la norma sospechosa de inconstitucionalidad e inconvencionalidad a la luz del contenido esencial del derecho humano y determinar si éste es contravenido;

iv. **Determinación**. Implica determinar si la norma es constitucional o inconstitucional, o bien, convencional o inconvencional; la forma en cómo debe interpretarse y, en su caso, si ésta debe inaplicarse para el caso concreto.

Pero ¿cómo saber si debe inaplicarse determinada norma en el caso concreto?

Al respecto, el Pleno de la SCJN se pronunció en el criterio P. LXIX/2011(9a.)[50], de rubro: "*PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.*", señalando que la posibilidad e inaplicación de las leyes por los jueces domésticos, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, parte de esta presunción para hacer el contraste previo a su aplicación. Así, el Pleno señaló los siguientes pasos para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos:

i. **Interpretación conforme en sentido amplio**. Implica que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, **favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia**.

ii. **Interpretación conforme en sentido estricto**. Implica que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la pre-

50 Tesis [A.]: P. LXIX/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 1, diciembre de 2011, p. 552. Reg. digital: 160525, consultable en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160525.

sunción de constitucionalidad de las leyes, **preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos** reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

iii. **Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.** Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el **último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos** establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

En suma, para resolver el conflicto entre normas de derechos humanos a través del control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*, primero se interpretará la norma en conflicto de la manera que se favorezca a las personas con la protección más amplia; si de las interpretaciones posibles todas son válidas a la luz del parámetro de regularidad constitucional, entonces se deberá preferir aquella más acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte. En última instancia, si no es conciliable la interpretación en alguna de las dos gradas anteriores, entonces procedería la inaplicación de la norma en conflicto.

4. LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA EN EL DERECHO INTERNACIONAL EN DERECHOS HUMANOS

La prisión preventiva es una medida cautelar se encuentra contemplada expresamente en el artículo 19 de la Constitución y se le califica como una **medida excepcional** que puede decretarse de dos maneras: a petición justificada del Ministerio Público o de oficio

Para ejecutar la medida en su modalidad oficiosa, la Constitución establece un amplio catálogo de delitos en los que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, entre esos ilícitos, el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución contempla expresamente que se ordenará, entre otros, en los casos de delincuencia organizada y en los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud:

> *"**Artículo 19**.*—(...)
>
> (...) *El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas*

y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

(...)".

La Segunda Sala de la SCJN ha matizado los alcances de las restricciones constitucionales, de modo que ha sostenido que no existe impedimento para que el intérprete constitucional al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable de la norma constitucional, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional, lo que incluye el primero constitucional; debiéndose asegurar que, sin dejar sin contenido la disposición restrictiva de la Constitución, **ésta sea leída de la forma más favorable posible a los derechos humanos.**[51]

Pero ¿qué ha sentado el derecho internacional de derechos humanos de observancia obligatoria para el Estado Mexicano?

4.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Desde 2013, el Sistema Interamericano ha advertido en sus informes sobre prisión preventiva en América, que **el uso no excepcional de la prisión preventiva es inadmisible** en una sociedad democrática en la que se respete el derecho a la presunción de inocencia[52]. Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la "CIDH") enfatizó que la prisión preventiva ocasiona que las personas internas en prisión tengan m**enos posibilidades de una defensa adecuada y de ser absueltas**, en comparación de quienes mantienen su libertad en un proceso penal.[53]

---

51 Tesis [J.]: 2a./J. 163/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, p. 487. Reg. digital: 201582, consultable en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015828, que señala "*nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deba prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, ésta sea leída de la forma más favorable posible, como* ***producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados***".

52 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

53 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.163. Doc. 105. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

Por esos motivos, ha instado a los Estados a adoptar las medidas necesarias para implementar el uso de otras medidas cautelares distintas al encarcelamiento previo al juicio y garantizar, cuando no exista otra opción, **que la prisión preventiva sea justificada** (y no automática).

4.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En noviembre de 2018, la Corte IDH condenó al Estado Mexicano por violaciones a los derechos humanos,[54] entre ellos, debido a que la prisión preventiva en México **fue aplicada en forma automática** y sin motivación suficiente por las autoridades mexicanas, **lo que la hizo desproporcionada y contraria a los estándares internacionales**, es decir, se le hizo un reproche a la legislación mexicana por permitir el uso oficioso o automático de la prisión preventiva.

4.3. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Las obligaciones establecidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante el "Pacto") al que México accedió el 23 de marzo de 1981, que tienen relevancia en relación a la prisión preventiva oficiosa contemplan: (**i**) la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículo 7), (**ii**) la protección a los derechos a la libertad personal (artículo 9), (**iii**) la protección a un trato humano durante la detención (artículo 10), (**iv**) el derecho a un juicio justo, independiente e imparcial, con las garantías del debido proceso (artículo 14), así como (**v**) el derecho a la igualdad y la no discriminación (artículos 2.1 y 26).

En ese tenor, y conforme al artículo 9.3 del Pacto, "*la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general*", por lo que para que la prisión preventiva sea una excepción, ésta no puede ser oficiosa. Ello quiere decir que la excepcionalidad requiere de un análisis casuístico que permita determinar si es legítimo, necesario, idóneo y proporcional privar a una persona de su libertad, en atención a las circunstancias particulares de la acusación.[55]

No obstante ello, el artículo 19 constitucional, segundo párrafo, refiere que el juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos que enlista como delitos graves, por lo que el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU le advirtió

---

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_371_esp.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

55 Mandato del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Organización de las Naciones Unidas OL MEX 18/2018, de 30 de noviembre de 2018, pp. 2-3, https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2018/12/Comunicacio%CC%81n_del_GTDA_de_la_ONU_sobre_prisio%CC%81n_preventiva_oficiosa_30-Nov-2018.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

al Estado Mexicano que "*actualmente los tribunales* ***ya no podrían garantizar efectivamente un recurso judicial efectivo*** *cuando éste es presentado por personas que alegan haber sido detenidas arbitrariamente en virtud de una acusación por un delito que acarrea prisión preventiva de oficio*."[56]

Continúa señalando que los Principios y Directrices Básicos de las Naciones Unidas sobre los Recursos y Procedimientos relacionados con el Derecho de Toda Persona Privada de Libertad a Recurrir ante un Tribunal establecen que "***el derecho a impugnar la legalidad*** *de la detención ante un tribunal es un derecho humano autónomo y* ***su ausencia constituye una violación de los derechos humanos***."

En línea con lo anterior, al interpretar el referido artículo 9 del Pacto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, órgano de supervisión del Pacto, indicó que "*La reclusión previa al juicio* ***no debe ser preceptiva para todas las personas*** *acusadas de un delito concreto, sin tener en cuenta las circunstancias de cada caso*."[57] Continúa señalando que la ley debe especificar los factores y no incluir criterios vagos o excesivamente amplios, como la "seguridad pública",[58] como acontece con la redacción vigente del artículo 19 constitucional. En ese tenor, "*Los tribunales* ***deberán examinar*** *si las* ***alternativas*** *a la reclusión previa al juicio, como la fianza, los brazaletes electrónicos u otras medidas, harían que la reclusión fuera innecesaria en el caso concreto*."[59]

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sugiere que una vez que se determine que la reclusión previa al juicio es necesaria, esa decisión **debe revisarse periódicamente para establecer si sigue siendo razonable y necesaria** a la luz de las posibles alternativas; y si el período durante el cual el acusado ha estado recluido alcanza la duración de la pena más grave que podría imponerse por los delitos imputados, el acusado deberá ser puesto en libertad. Cuestiones que no son contempladas actualmente por el marco normativo mexicano.

En suma, es de la opinión del órgano de supervisión del Pacto que **la reclusión previa al juicio** (**prisión preventiva oficiosa**) **no debe constituir una práctica general**, sino que debe basarse en una determinación individualizada de que dicha medida **resulta razonable y necesaria**, en atención a todas las circunstancias, para fines tales como

---

56 *Ibidem*, p. 3.

57 Observación General no. 35, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), CCPR/C/GC/35, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/244/54/PDF/G1424454.pdf?OpenElement, consultado el 29 de diciembre de 2022, p. 13, párr. 38.

58 Observaciones finales de Bosnia y Herzegovina CCPR/C/BIH/CO/1, 2006, 88° periodo de sesiones, 16 de octubre a 4 de noviembre de 2006, párr. 18, https://digitallibrary.un.org/record/589847?ln=es, consultado el 29 de diciembre de 2022, al señalar "*El Estado Parte debería estudiar la posibilidad de eliminar del Código de Procedimiento Penal de Bosnia y Herzegovina el mal definido concepto de seguridad pública o seguridad de la propiedad como causal para ordenar la prisión preventiva*."

59 Comunicación a Belarús del 17 de noviembre de 2008 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas CCPR/C/94/D/1178/2003, *Smantser c. Belarús*, párr. 10.3., https://www.ccprcentre.org/wp-content/uploads/2012/12/11782003-Belarus.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2022.

impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito. Lo que en terminología jurídica mexicana se reduce en realizar un *test* de proporcionalidad de la prisión preventiva oficiosa.

5. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 130/2019 Y SU ACUMULADA 136/2019

La acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 fueron promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (mediante escrito recibido el 15 de noviembre de 2019) y una minoría parlamentaria del Senado de la República (mediante escrito recibido el 9 de diciembre de 2019) a efecto de combatir el contenido del Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de noviembre de 2019, así como disposiciones en particular, mediante el cual se modificaron diversos artículos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la Ley de Seguridad Nacional, el Código Nacional de Procedimientos Penales, el Código Penal Federal y el Código Fiscal de la Federación.

Los accionantes hicieron valer los siguientes conceptos de invalidez en contra del decreto legislativo en su totalidad y diversos artículos en forma particular, por considerar lo siguiente:

i. Que el Decreto de reformas y adiciones publicado el 8 de noviembre de 2019 es inconstitucional por haber sido aprobado con supuestos vicios procedimentales;

ii. Que los artículos 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales —por los que se establece que algunos delitos fiscales constituyen amenazas a la seguridad nacional y, por tanto, ameritan prisión preventiva oficiosa— vulneran a través de un fraude constitucional las reglas previstas en el artículo 19 constitucional y el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva, así como los principios de progresividad, seguridad jurídica, la libertad personal y de tránsito, el debido proceso legal y la presunción de inocencia, todo lo cual ocasiona un efecto inhibitorio en la libertad de comercio y del trabajo;

iii. Que el artículo 2º, fracciones VIII, VIII Bis, y VIII Ter, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada es inconstitucional por establecer la posibilidad de sancionar los delitos fiscales con un tipo autónomo de delincuencia organizada; y

iv. Que el artículo 113 Bis del Código Fiscal de la Federación —que contempla delitos fiscales— vulnera los principios de seguridad jurídica, presunción de inocencia, taxatividad, mínima intervención penal y proporcionalidad de las penas.

5.1. Primer proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 130/2019

En el primer proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad, el Ministro Luis María Aguilar propuso abandonar el criterio sostenido por el Pleno de la SCJN en la controversia constitucional 293/2011:

> "*367. Siguiendo este hilo conductor, ante las nuevas circunstancias del entorno jurídico global, este Tribunal Pleno valora positivamente el diálogo judicial entre las Cortes Constitucionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera en que una nueva reflexión, reiterando lo alcanzado en la contradicción de tesis 293/2011, es necesario abandonar el criterio por el que se había sostenido que* 'derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1º constitucional, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación **entiende que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional**.'"

En ese sentido, propuso que la interpretación que debe prevalecer es en el sentido de que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, el juez constitucional deberá **ponderar** esa restricción a la luz de los derechos humanos de fuente internacional y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de **determinar si existe un margen de apreciación nacional que permitiera al Estado Mexicano mantener la restricción** constitucional en aras de proteger bienes de importancia **suprema o, si por el contrario, es ineludible inaplicar la restricción constitucional** y optar por la mayor protección de los derechos humanos derivada de los derechos de fuente internacional:

> "*369. De esta manera, partiendo de las directrices expresadas en la contradicción de tesis 293/2011, este Tribunal Pleno declara lo siguiente:*
>
> a. *El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte.*
>
> b. *Las normas de derechos humanos,* ***independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos,*** *entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos el juez constitucional deberá ponderar esa restricción a la luz de los derechos humanos de fuente internacional y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de determinar si existe un margen de apreciación nacional que permitiera al Estado Mexicano mantener la restricción constitucional en aras de proteger bienes de importancia suprema o, si por el contrario, es ineludible inaplicar la restricción constitucional y optar por la mayor protección de los derechos humanos derivada de los derechos de fuente internacional.*
>
> c. ***Cuando exista una sentencia*** *en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos hubiera condenado al Estado Mexicano con motivo de una restricción constitucional,* ***el margen de apreciación nacional disminuye drásticamente*** *y, en ese sentido, los jueces constitucionales tendrán que inaplicar*

las restricciones de fuente constitucional, para dar prevalencia a las normas internacionales que sean más protectoras de los derechos humanos."

El primer proyecto consideró que la prisión preventiva oficiosa, contemplada en las normas impugnadas y, principalmente, en la última parte del artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución, **es contraria a los derechos humanos que integran el parámetro de validez mexicano**. Por tanto, **señaló que debía inaplicarse** la porción normativa del artículo 19, párrafo segundo, constitucional.

El primer proyecto señaló que la determinación **anterior no suponía una declaración de invalidez de la Constitución**, sino optar por el instrumento más protector a los derechos humanos de las personas, dentro del parámetro de validez que se integra por los derechos humanos de fuente internacional y de fuente constitucional.

De este modo, al inaplicarse la porción contenida en el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución, por la que se establece la procedencia oficiosa de la prisión preventiva para un catálogo tasado de delitos, la consecuencia es que invalidaran las normas secundarias impugnadas por los accionantes por ser contrarias al parámetro de validez constitucional.

Al respecto, el Pleno de la SCJN sesionó el 5 y 6 de septiembre de 2022, cuya votación quedó como sigue:

i. La ministra Loretta Ortiz Ahlf se opuso a la inaplicación del artículo 19 constitucional, no obstante expresó que la prisión preventiva oficiosa es inconvencional.

ii. El ministro Alberto Pérez Dayán se opuso a la inaplicación del artículo 19 constitucional, señalando que la prisión preventiva oficiosa es una figura controvertida.

iii. El ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo consideró que la *litis* de la acción de inconstitucionalidad no incluía revisar la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa ni su posible inaplicación.

iv. La ministra Yasmín Esquivel Mossa se opuso a la inaplicación del artículo 19 constitucional y defendió la prisión preventiva oficiosa.

v. El ministro Javier Laynez Potisek se pronunció en contra de la prisión preventiva oficiosa pero consideró que el proyecto no justificaba de manera suficiente la inaplicación del artículo 19 constitucional.

vi. Los ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá y Ana Margarita Ríos Farjat criticaron la existencia de la prisión preventiva oficiosa, pero sostuvieron que debía realizarse una interpretación conforme para evitar inaplicar el artículo 19 constitucional y *reconducir* la prisión preventiva oficiosa.

vii. El ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá propuso que se interpretara la «oficiosa» como no automática.

viii. Los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Norma Lucía Piña Hernández apoyaron el proyecto del ministro Luis María Aguilar Morales contra algunas consideraciones.

5.2. Segundo proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 130/2019

El 8 de septiembre de 2022, después de la discusión del Pleno de la SCJN, el ministro ponente, Luis María Aguilar Morales, retiró su proyecto a fin de elaborar uno nuevo para resolver la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019.

El nuevo proyecto del ministro ponente se publicó el 24 de octubre de 2022, partiendo de la base de que 9 integrantes del Pleno de la SCJN consideraron que la prisión preventiva oficiosa es contraria a los derechos humanos. Abandonó la idea de inaplicar el artículo 19 constitucional como forma de resolver el problema y contrario a lo sostenido en un primer momento, propone ratificar la interpretación de las restricciones constitucionales contenidas en la CT 293/2011.

Este nuevo proyecto propuso utilizar el principio de interpretación *pro persona* para afirmar que oficioso no significa automático y, a partir de ello, permitir que en todos los casos se debata si debe imponerse la prisión preventiva a una persona vinculada a proceso.

El nuevo proyecto reiteró en su párrafo 134 que "*la materia de análisis (…) se centra en determinar si las normas secundarias que fueron impugnadas son acordes con la Constitución (…)*".

El proyecto señala dos posibles interpretaciones CLAVE para resolver la referida acción de inconstitucionalidad:

> *"1. Con una interpretación del artículo 19 constitucional que entiende que debe imponerse la* ***prisión preventiva oficiosa como una medida automática*** *cuando el delito del que se acusa a una persona se encuentra dentro del catálogo constitucional.*
>
> *2. Una interpretación del artículo 19 constitucional por la que se entiende que* ***la prisión preventiva oficiosa no es automática. Esta segunda interpretación es la que adopta el proyecto*** *y consiste en lo siguiente: la gravedad de determinados delitos hace necesario que el juez penal cuente con la obligación —sin necesidad que la fiscalía lo solicite— de abrir el debate entre las partes para establecer si existe una causa fundada y motivada que justifique la imposición de la prisión preventiva."*

Desde una interpretación semántica teleológica la SCJN entiende la prisión preventiva oficiosa como automática. La propuesta fue utilizar la interpretación sistemática

para sostener que «oficiosa» no significa que la prisión preventiva se dicta automáticamente sino que debe entenderse como opuesta a petición de parte; lo que permitiría a los juzgados valorar cada caso y motivar la procedencia de la medida cautelar.

Al respecto, el Pleno de la SCJN sesionó el 22 y 24 de noviembre de 2022, cuya votación quedó como sigue:

i. La ministra Esquivel Mossa defendió la prisión preventiva oficiosa.

ii. La ministra Ortiz Ahlf reiteró que la prisión preventiva oficiosa es inconvencional, pero votó en contra de las consideraciones y del sentido del proyecto por razones poco claras.

iii. Los ministros Zaldívar, Gutiérrez Ortiz Mena, Pardo Rebolledo, Laynez Potisek y Pérez Dayán apoyaron el sentido del proyecto, en contra de algunas consideraciones.

iv. Los ministros González Alcántara, Piña Hernández y Ríos Farjat apoyaron el sentido del proyecto.

5.3. Análisis

La SCJN resolvió[60] mantener la prisión preventiva oficiosa pero eliminar la medida para ciertos delitos fiscales: contrabando, defraudación fiscal (y equiparables), así como la expedición, venta, enajenación, compra o adquisición de comprobantes fiscales que amparen operaciones inexistentes, falsas o actos jurídicos simulados, **al no considerarlos como delincuencia organizada ni ilícitos cuya gravedad sea una amenaza a la seguridad nacional.**

Aún no ha sido publicado el engrose de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019.

La decisión del Pleno de la SCJN no significa la desaparición de la prisión preventiva ni la liberación inmediata de las personas que actualmente están en prisión con fundamento en las normas declaradas inconstitucionales, sino que las personas acusadas por estos delitos podrían estar sujetos a la figura de prisión preventiva **únicamente** tras haber sido determinada por un juez, y ya no de manera automática.

El Ministerio Público será quien solicite la medida cautelar de prisión preventiva con la debida justificación y el juzgado será quien tomará la decisión debiendo tomarse en cuenta otras medidas cautelares de menor gravedad.

---

60 Declaró la invalidez de los artículos 167, párrafo séptimo, fracciones I, II y III, del Código Nacional de Procedimientos Penales; articulo 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional, artículo 2, párrafo primero, fracciones VIII, VIII Bis y VIII Ter, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Por otro lado, las personas que ya se encuentren en prisión preventiva oficiosa podrán solicitar la modificación de dicha medida cautelar en caso de estimar que no fue debidamente justificada, y escuchando a las partes, el juez de control resolverá, atendiendo a los parámetros desarrollados por la SCJN.

6. CONCLUSIÓN: LA INCONVENCIONALIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

La necesidad de realizar un control de convencionalidad emana de los principios del derecho internacional público, en particular el principio del *pacta sunt servanda*, consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (artículo 26), así como la obligación que tienen los Estados de dar cumplimiento a los tratados de los que son parte. Ello da cuenta del **compromiso que tienen los Estados que han suscrito la CADH, como México, de realizar un control de convencionalidad** con el propósito de cumplir con el mandato de protección de los derechos fundamentales, lo que se traduce en un imperativo de derecho internacional público que debe ser cumplido de buena fe por parte de los Estados.

También es un principio internacional del Convenio de Viena de Derecho de los Tratados (artículo 27) que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como fundamento para dejar de cumplir compromisos internacionales. En este sentido, la Corte IDH ha reafirmado que la obligación de tomar todas las medidas necesarias para dar goce pleno y efectivo a los derechos y libertades consagrados en la CADH y su interpretación incluye la de adecuarse a la normativa convencional existente. En este sentido, el control de convencionalidad interno goza de sólidos fundamentos jurídicos en normas convencionales y en normas y principios de derecho internacional público a las que se encuentra obligado el Estado Mexicano.

Cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la CADH, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a **velar para que los efectos de las disposiciones de la CADH no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin**, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales.

Así, atendiendo a lo desarrollado en el capítulo cuarto del presente artículo, el derecho internacional de derechos humanos ha sostenido en reiteradas ocasiones, y en particular para el caso de México, que la prisión preventiva oficiosa atenta contra diversos derechos humanos, tales como la obligación de respetar los derechos (artículo 1 CADH) la protección judicial (artículo 25 CADH), el derecho a la integridad personal (artículo 5 CADH) a la libertad personal (artículo 7 CADH) y a las garantía judiciales (artículo 8 CADH), y por consiguiente, es inconvencional.

En ese sentido, dentro de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, el Pleno de la SCJN, como tribunal constitucional mexicano, no solo debía considerar, sino *de facto* realizar un control de convencionalidad interno a la luz del parámetro de validez constitucional —esto es, de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte— y del ICCAL —a fin de velar por la triada de derechos humanos, democracia y Estado de Derecho—, respecto del artículo 19 constitucional en discusión; es decir, la resolución **debió realizarse mediante una genuina interpretación conforme, lo que conlleva un control de convencionalidad interno**, de modo que resolviera preferir la interpretación del derecho internacional en derechos humanos respecto a la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa, a la que se encuentra obligado el Estado Mexicano en virtud de la CADH y su interpretación, y del Convenio de Viena de Derecho de los Tratados, sobre cualquier interpretación semántica y teleológica del adjetivo «oficiosa» como terminó haciendo.

De haber considerado lo anterior, el Pleno de la SCJN habría concluido que la prisión preventiva oficiosa es inconvencional, y debió tratarse como una medida cautelar que debe matizarse y atender de manera casuística, con revisión periódica de su razonabilidad y necesidad, y **no atenerse al criterio contenido en la contradicción de tesis 293/2011, reconociendo que dicha restricción constitucional de derechos humanos soslaya las obligaciones internacionales en derechos humanos del Estado Mexicano.**

La expulsión de esta norma constitucional del marco normativo mexicano conforme al control de convencionalidad interno será materia de la vía legislativa; escenario no remoto considerando que la Corte IDH emitirá su sentencia en el caso Daniel García y Reyes Alpízar,[61] en la que podría condenar al Estado mexicano y ordenarle adoptar medidas de no repetición como parte de las reparaciones, incluyendo **reformar su legislación a fin de eliminar la prisión preventiva oficiosa.**

FUENTES DE CONSULTA

Bogdandy, Armin von, *et al.*, "A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador", en: Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi, Mariela (coords.), Ius constitutionale commune *en América Latina: textos básicos para su comprensión,* Colección Constitucionalismo Contemporáneo, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, México, 2017.

García Ramírez, Sergio., "La 'navegación americana' de los derechos humanos: hacia un *Ius Commune*", en: Bogdandy, Armin von, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Morales Antoniazzi,

61 Audiencia pública del caso Daniel García y Reyes Alpízar ante la CIDH, visible en: https://www.youtube.com/watch?v=bEYQx7esidI.

Mariela (coords.), Ius constitutionale commune *en América Latina: textos básicos para su comprensión,* Colección Constitucionalismo Contemporáneo, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, México, 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "I. Breve introducción al control de convencionalidad", en: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "VII. Valor de la jurisprudencia interamericana como parámetro de convencionalidad: cosa juzgada internacional.", en: *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 7: Control de Convencionalidad*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021.

Sagüés, Néstor Pedro, *La constitución bajo tensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.

García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, IIDC, CIDH y UNAM, México, 2013.

Dulitzky, Ariel, *Derechos humanos en Latinoamérica y el Sistema Interamericano: modelos para (des)armar*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017.

Barbosa Delgado, Francisco R., "El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, IIDC, CIDH y UNAM, México, 2013.

Olvera Rangel, Sergio Charbel, "3.3.1. El control constitucional", en: *La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales*, tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021.

Tesis [J.]: 2a./J. 16/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Décima Época, tomo I, abril de 2014, p. 984. Reg. digital: 2006186, consultable en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006186.

Tesis [J.]: 1a./J. 84/2022 (11a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Undécima Época, tomo V, junio de 2022, p. 4,076. Reg. digital: 2024830, consultable en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024830.

Tesis [A.]: P. LXIX/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 1, diciembre de 2011, p. 552. Reg. digital: 160525, consultable en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/160525.

Tesis [J.]: 2a./J. 163/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo I, p. 487. Reg. digital: 201582, consultable en: https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015828

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 46/13. http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II.163. Doc. 105. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_371_esp.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

Mandato del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Organización de las Naciones Unidas OL MEX 18/2018, de 30 de noviembre de 2018, pp. 2-3, https://hchr.org.mx/wp/wp-content/uploads/2018/12/Comunicacio%CC%81n_del_GTDA_de_la_ONU_sobre_prisio%CC%81n_preventiva_oficiosa_30-Nov-2018.pdf, consultada el 29 de diciembre de 2022.

Observación General no. 35, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Artículo 9 (Libertad y seguridad personales), CCPR/C/GC/35, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/244/54/PDF/G1424454.pdf?OpenElement, consultado el 29 de diciembre de 2022.

Observaciones finales de Bosnia y Herzegovina CCPR/C/BIH/CO/1, 2006, 88° periodo de sesiones, 16 de octubre a 4 de noviembre de 2006, párr. 18, https://digitallibrary.un.org/record/589847?ln=es, consultado el 29 de diciembre de 2022.

Comunicación a Belarús del 17 de noviembre de 2008 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas CCPR/C/94/D/1178/2003, *Smantser c. Belarús*, párr. 10.3., https://www.ccprcentre.org/wp-content/uploads/2012/12/11782003-Belarus.pdf, consultado el 29 de diciembre de 2022.

Audiencia pública del caso Daniel García y Reyes Alpízar ante la CIDH, visible en: https://www.youtube.com/watch?v=bEYQx7esidI.

¿PREVALENCIA DE LA VOLUNTAD DEL PODER CONSTITUYENTE SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS? UN ANÁLISIS ACERCA DE LA NECESIDAD DE EJERCER UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL

Anette Chara Tanus

RESUMEN: A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, la Constitución Federal se convirtió en una "constitución convencionalizada" pues a partir de ese momento, las normas de derechos humanos, independientemente de su origen, conforman el parámetro de regularidad constitucional al cual deben sujetarse todas las autoridades del Estado Mexicano; sin embargo, dado el criterio vigente que impera en la Suprema Corte de Justicia, cuando exista una restricción a un derecho humano prevista en la Constitución Federal, aquella deberá preferirse en todo momento, lo cual parece reflejar que la voluntad del Poder Reformador puede estar por encima de los derechos humanos, lo cual resta de cualquier eficacia la reforma mencionada. En el presente análisis se argumenta que es la propia Constitución Federal, leída de manera correcta, la que permite (y obliga) que su contenido también pueda ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad a fin de que, ni siquiera la voluntad del Poder Reformador, pueda estar por encima de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, principio pro-persona, interpretación conforme, parámetro de regularidad constitucional.

ABSTRACT: Since the constitutional reform on human rights in 2011, the Federal Constitution became a "conventionalized constitution" because from that moment on, human rights norms, regardless of their origin, form the constitutional regularity parameter of to which all authorities of the Mexican State must be subject; however, given the current criterion that prevails in the Supreme Court of Justice, when there is a restriction to a human right in the Federal Constitution, such restriction must be preferred at all time. Such criterion seems to reflect that the will of the Reforming Power can be above human rights, which harms the effectiveness of the mentioned reform. In this analysis it is argued that it is the Federal Constitution itself, read correctly, which allows (and obliges) that its content may also be subject of control of constitutionality and/or conventionality to ensure that not even the will of the Reforming Power can be above human rights.

KEYWORDS: human rights, control of constitutionality, control of conventionality, pro persona principle, conforming interpretation, constitutional regularity parameter.

SUMARIO: 1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011. 1.1. Marco constitucional y doctrina jurisprudencial antes de la reforma de 2011. 1.2. Reforma constitucional de 2011. 1.3. Precedentes relevantes. 1.3.1. Control difuso de convencionalidad. 1.3.2. Parámetro de regularidad constitucional. 2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD. 2.1. Conceptuali-

zación. 2.2. Breves comentarios sobre el control de convencionalidad externo. 2.3. Control de convencionalidad interno. 2.4. Debate jurisprudencial. 3. CONCLUSIONES. 4. FUENTES DE CONSULTA.

1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

La decisión de comenzar el presente ensayo con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 va más allá de su pertinencia metodológica. En realidad, busca situar el punto de partida y, al mismo tiempo, el punto de llegada del presente análisis, en el cual busca demostrarse cómo es la propia Constitución Federal la que permite que su contenido pueda ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad.

1.1. Marco constitucional y doctrina jurisprudencial antes de la reforma de 2011

A fin de comprender el alcance que tuvo la reforma constitucional en materia de derechos humanos, resulta conveniente dedicar unas cuantas líneas al marco constitucional y la doctrina jurisprudencial que imperaba antes de ese momento acerca de la supremacía de la Constitución Federal.

Con esa motivación, debe partirse de que, antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el artículo 1o. constitucional establecía lo siguiente: "Artículo 1o. 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."

Por su parte, el artículo 133, desde ese momento y a la fecha, salvo un cambio meramente semántico, establece lo siguiente: "Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas." [1]

De lo anterior conviene resaltar las siguientes cuestiones, las cuales si bien pudieran resultar evidentes para el lector, son de suma trascendencia para efectos del presente análisis.

---

1 Desde 1934, el artículo 133 de la Constitución Federal sólo ha sufrido una reforma, la cual tuvo lugar mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de enero de 2016 con motivo de la reforma política de la Ciudad de México. La modificación consistió en sustituir la porción "*Los jueces de cada Estado*" por "*Los jueces de cada entidad federativa*".

En primer lugar, antes del 2011, el parámetro o el espectro de protección de las personas se limitaba a los derechos o "garantías" que otorgaba la Constitución Federal. Si bien sobre el tema se ha debatido, y con razón, sobre si lo que realmente se establecía en dicho precepto era el otorgamiento de "derechos" o, más bien, de sus garantías, dejando el "reconocimiento" de éstos como algo implícito[2], no se ahondará más en el tema ante el inminente riesgo de desviarnos del tema central a tratar. Para efectos del presente ensayo, concluiremos que hasta antes del 2011 los derechos que se encontraban protegidos por nuestro sistema eran los establecidos en la Constitución Federal, con independencia de que otros instrumentos suscritos por el Estado Mexicano pudieran otorgar una mayor protección.

Lo anterior se confirma con la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó sobre el artículo 133 de la Constitución Federal, pues en términos de la doctrina jurisprudencial que imperaba sobre la jerarquía de los tratados internacionales, éstos se encontraban por debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales[3].

Lo anterior generaba, al menos, que las autoridades legislativas, judiciales y administrativas tuvieran que ceñir su actuar únicamente a la luz de lo dispuesto en la Constitución Federal[4] y, además, que su Poder Reformador no tuviera, desde una perspectiva estrictamente jurídico-constitucional, algún límite o requisito material al momento de incorporar, reformar o adicionar preceptos constitucionales.

1.2. Reforma constitucional de 2011

El 10 de junio de 2011 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el "Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".

Dicho decreto tuvo por objeto, entre otras cosas, reformar el artículo 1o. constitucional. Dicho precepto, para lo que interesa destacar, establece lo siguiente:

> "**Artículo 1.** 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, así como de las garantías para su

2 Con relación a ese análisis, véase: Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales" tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021, pp. 166 a 177.

3 "**TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL**". [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; t. XXV, abril de 2007; p. 6. P./IX/2007. Registro digital: 172650.

4 Salazar Ugarte, Pedro (coord.), "La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual", México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2013, p. 132.

> protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
>
> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.
>
> (...).".

Ahora bien, aunque algunas veces la literalidad de una norma es suficiente para comprender su sentido y alcance, en casos como el presente resulta conveniente incluir en el análisis algunos pronunciamientos que dan cuenta de la intención que tuvo el órgano encargado de su creación, toda vez que éstos, además de que para efectos académicos permiten enriquecer cualquier análisis que se haga sobre una norma, en el campo jurisdiccional muchas veces funcionan como punto de partida a fin de fijar el parámetro de regularidad constitucional aplicable en el caso a resolver.

De la lectura integral al procedimiento que culminó con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se desprende que la motivación preponderante al reformar el artículo 1o. constitucional, fue la de otorgar la misma jerarquía a las normas de derechos humanos contenidas en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.

Así, por ejemplo, en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, emitido el 23 de abril de 2009, se sostuvo que de aprobarse la reforma pretendida "ya no existiría distinción entre los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano vía los tratados internacionales" [5].

Por su parte, en el Dictamen de 7 de abril de 2010, emitido por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, de la Cámara de Senadores, se señaló que la propuesta de la Cámara de origen, con la cual coincidieron, consistía en "hacer un amplio reconocimiento de los derechos humanos, dándoles carácter constitucional a todos, con lo que deben considerarse incluidos, tanto los que se encuentran expresamente reconocidos

5 "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos con proyecto de decreto que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos", Gaceta de la Cámara de Diputados, p. 43, http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2009/abr/20090423-XVI.pdf Consultado el 23 de diciembre de 2022.

en el texto constitucional, como los consagrados en los tratados internacionales de los que México sea parte" [6].

Además, para efectos del presente análisis resulta necesario tomar en cuenta, desde este momento, que la Cámara Revisora sostuvo que si bien compartía la propuesta de reforma al párrafo primero del artículo 1o. constitucional, a su juicio resultaba necesario hacer explícito que la no restricción o suspensión se refiere tanto a los derechos humanos como a las garantías". Para pronta referencia y por su relevancia, a continuación se transcribe la parte conducente:

> "Estas comisiones comparten la propuesta del párrafo primero del artículo 1º. Constitucional; sin embargo, se estima conveniente explicitar que la **no restricción ni suspensión se refiere tanto a los derechos humanos** como a las garantías:
>
> *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, los cuales no podrán restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*
>
> La regulación de los casos excepcionales en los que es necesaria la suspensión del ejercicio de los derechos y de las garantías individuales dentro del constitucionalismo mexicano ha sido tradicionalmente escueta. Este fenómeno seguramente está relacionado con que en México, a diferencia de otros países de América Latina, prácticamente no se ha utilizado esta figura.
>
> **Por ello, sostenemos que el artículo 29 constitucional necesita una clara adecuación para ubicarlo a nivel de los postulados del constitucionalismo moderno y de los tratados internacionales que ha firmado México en materia de derechos humanos."** [7]. (énfasis añadido).

A nuestro parecer, dichas manifestaciones resultan suficientes para comprobar, por un lado, la intención del Constituyente Permanente de convertir a la Constitución Federal en una "constitución convencionalizada"[8] y, por otra parte, que la mención sobre la suspensión y restricción de los derechos y garantías prevista en la última parte del párrafo primero del artículo 1o. constitucional, se entendió relacionada con el contenido del artículo 29 de la propia Constitución Federal.

---

6 "Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos", Gaceta del Senado de la República, p. 12, https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-07-1/assets/documentos/derechos_humanos.pdf Consultado el 23 de diciembre de 2022.

7 *Ibídem,* pp. 13 y 14.

8 Sagües, Néstor, Pedro, *La Constitución bajo tensión,* Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, p. 397.

En efecto, a partir de la reforma constitucional de 2011, nuestra Constitución Federal se convirtió en una constitución convencionalizada, como lo denomina Néstor Sagüés, pues con motivo de dicha reforma, el contenido de nuestro texto fundamental ahora incluye normas que formalmente no están previstas en él pero que gozan de la misma jerarquía de aquellas que sí se encuentran previstas dentro de su articulado. Con ello, sin duda debe modificarse el entendimiento que se tenía sobre el principio de supremacía constitucional, pues para determinar la regularidad constitucional de una norma, ahora es necesario contrastarla tanto con los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal, como con los establecidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado[9].

En efecto, al colocar en el mismo nivel a las normas de derechos humanos, cualquiera que sea su fuente, se generó en nuestro país lo que en otras altitudes se ha identificado como el bloque de constitucionalidad, el cual no es más que el conjunto de normas que gozan de jerarquía constitucional, pese a que no se encuentren previstas formalmente en el texto fundamental, siempre y cuando sea éste la que remite a aquéllas. Ese conjunto de normas es el que conforma el parámetro de control de regularidad[10].

Ahora bien, el que una misma materia y, particularmente, un mismo derecho, pueda estar regulado en dos ordenamientos distintos, sin duda alguna abre la puerta a una posible contradicción o diferencia en las regulaciones. Por ello, advirtiendo esa problemática y tomando en cuenta que dichas normas gozan de la misma jerarquía, el Poder Reformador estableció, en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, el principio pro-persona, el cual establece la "primacía del mejor derecho"[11] y lo cual, debe llevarnos a concluir que ante la discrepancia entre la regulación constitucional y convencional sobre un derecho humano, deberá preferirse siempre la que más proteja a la persona.

1.3. Precedentes relevantes

1.3.1. Control difuso de convencionalidad

La primera sentencia emblemática que se dictó después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos fue el expediente varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011[12]. En dicha sentencia, la Suprema Corte se avocó a delimitar las obligaciones que se generaron para el Poder Judicial de la Federación como parte del Estado Mexicano, con motivo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos. Entre dichas obligaciones, se estableció el deber de todos los jueces de ejercer un control de convencionalidad.

---

9 *Ibídem,* pp. 397 a 399.

10 Guerrero Zazueta, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad,* CNDH, México, 2015, pp. 58 y 59.

11 Sagües, Néstor, Pedro, *op. Cit.,* nota 8, p. 390.

12 El engrose respectivo puede ser consultado en la siguiente liga: https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx.

Ahora bien, a fin de justificar su análisis, el Tribunal Pleno razonó, en primer lugar, que las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los asuntos en los que el Estado Mexicano sea parte, tienen fuerza vinculante no sólo por lo que hace a los puntos resolutivos, sino que también incluye los criterios contenidos en la sentencia.

Por ello y al percatarse que en la sentencia de mérito, la Corte Interamericana reiteró su doctrina sobre la obligación de que los jueces ejerzan un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, la Suprema Corte determinó las pautas conforme las cuales debe ejercerse el referido control. En primer lugar, se determinó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1o. de la Constitución Federal, junto con el artículo 133 de dicho ordenamiento, los jueces están obligados a inaplicar normas que resulten contrarias a los derechos humanos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por México, pues dichas normas, junto con los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (los cuales, se resolvió, son vinculantes cuando deriven de sentencias en los que México sea parte y orientadores cuando deriven de asuntos en los que México no sea parte) forman parte del nuevo parámetro de regularidad constitucional.

Además, partiendo del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, se aclaró que la inaplicación sólo debe tener lugar cuando se agoten los siguientes pasos. Así, se dijo que primero debe realizarse una interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que todo el orden jurídico debe ser interpretado a la luz y de conformidad con los derechos humanos establecidos en el parámetro de regularidad constitucional señalado, con el mandato de que siempre deberá favorecerse la protección más amplia. En segundo lugar, debe realizarse una interpretación conforme en sentido estricto, la cual obliga a preferir, entre diversas interpretaciones jurídicamente válidas, aquella que armonice a la ley inferior con el nuevo parámetro de regularidad constitucional. Así, sólo cuando esas opciones no sean posibles, el juez deberá inaplicar la norma inconstitucional y/o inconvencional en el caso en concreto.

Como puede advertirse, la sentencia de mérito representa un paso más en el camino que se había ido construyendo para que en México la internacionalización de los derechos humanos y, particularmente, la convencionalización de la Constitución Federal, sea una realidad.

1.3.2. Parámetro de regularidad constitucional

A fin de que el análisis jurisprudencial realizado se encuentre completo, resulta necesario avocarnos al análisis de la contradicción de tesis 293/2011, resuelta en sesión de 3 de septiembre de 2013[13].

13 El engrose respectivo puede ser consultado en la siguiente liga: https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx.

En dicho asunto, el Tribunal Pleno reconoció que las normas de derechos humanos, *independientemente de su fuente,* forman parte del catálogo constitucional de derechos humanos, pues no se relacionan en términos jerárquicos. Por tanto, se estableció que los derechos humanos, en su conjunto y con independencia de su fuente normativa, constituyen el parámetro de regularidad constitucional, conforme al cual deben analizarse todas las normas y actos que formen parte de nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, advirtiendo la misma problemática visualizada por el Constituyente Permanente, relacionada con la posible discrepancia en la regulación del derecho nacional y el internacional, la Suprema Corte interpretó los alcances del principio pro-persona. Así, partiendo de que dicho principio obliga a que la interpretación de los derechos humanos se desarrolle favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia[14], se concluyó que deberá aplicarse aquella norma que sea la que, precisamente, proteja más a la persona. En otras palabras, que frente a una norma convencional que favorezca más a la persona ésta deberá prevalecer, incluso por encima de la norma constitucional.

Sin embargo, por más entusiasta que parecía ser ese criterio, el Tribunal Pleno decidió, de manera un tanto contradictoria e incluso contraria al principio pro-persona, interpretar el artículo 1o. de la manera más restrictiva posible, a fin de concluir que, derivado de lo dispuesto de la parte final de dicho artículo[15], cuando exista una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional[16].

A nuestro parecer, lo anterior acredita que en términos de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional que a la fecha impera, las normas constitucionales sí gozan de una prevalencia en términos jerárquicos sobre las normas de fuentes convencionales, ya que en caso de que se establezca una restricción en la Constitución Federal, aquella deberá prevalecer, incluso cuando sea otra la que favorezca la protección más amplia de la persona.

---

14 **"Artículo 1**. (…)
Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
(…).".

15 "**Artículo 1.** (…) 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, así como de las garantías para su protección, **cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.**
(…).". (énfasis añadido).

16 "**DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL."** [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta del S.J.F.; Libro 5, abril de 2014, t. I; p. 202; Registro digital: 2006224.

Además, la Suprema Corte fue completamente omisa en analizar que, al menos en la Cámara Revisora, la mención que se hace en el artículo 1o. constitucional sobre la restricción y suspensión de los derechos humanos y garantías se entendió relacionada con el esquema, valga la redundancia, de la restricción y suspensión en el ejercicio de los derechos y las garantías previsto en el artículo 29 de la Constitución Federal, el cual limita ese escenario a los casos de "invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos" [17].

Por último, en dicha ejecutoria también se trató el tema del carácter vinculante de los criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se sostuvo, contrario a lo determinado en el expediente varios 912/2010, que dicha fuerza vinculante también abarca a las sentencias dictadas en los casos en los que el Estado Mexicano no haya sido parte.

2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD

2.1. Conceptualización

Como lo expone Sergio Charbel Olvera, el control de convencionalidad, como cualquier control normativo, presupone el sometimiento de la creación del derecho al propio derecho[18]. El autor que se sigue define al control normativo como "el dominio de las acciones propias y ajenas para cumplir con las normas del sistema jurídico, vigilar su cumplimiento y prevenir su incumplimiento, resolver el incumplimiento de las normas del sistema jurídico, y restaurarlas o regenerarlas" [19].

Ahora, dependiendo de las normas que buscan protegerse, estaremos frente a distintos tipos de control. Para lo que aquí interesa, existe el control constitucional y el control convencional.

Sin embargo, a nuestro parecer, en el concepto de control constitucional debe entenderse englobado el concepto de control de convencionalidad, pues por mandato del artículo 1o. constitucional, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano forman parte de nuestra Constitución. Por tanto, cuando se realiza un control normativo con el fin de velar por el cumplimiento

---

17 Esa misma consideración fue adoptada por el Ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz quien, en el voto particular que emitió en la sentencia analizada, sostuvo que "(…) *Cuando la Constitución dispone en el primer párrafo del artículo 1o. que el ejercicio de los derechos humanos "no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos bajo las condiciones que esta Constitución establece, ello también debe entenderse bajo la clave interpretativa del principio pro-persona. Por lo mismo, debe referirse única y exclusivamente a las condiciones establecidas en varios párrafos del artículo 29 de la propia Constitución.*"

18 Olvera Rangel, Sergio Charbel, *op. Cit.,* nota 2, p. 245.

19 *Ídem.*

de algún instrumento internacional suscrito por el Estado Mexicano, al mismo tiempo se está buscando proteger la Constitución Federal.

Empero, para efectos didácticos, en el presente trabajo respetaremos la distinción conceptual entre el control de constitucionalidad y convencionalidad, los cuales se distinguen, en esencia, por las normas cuyo cumplimiento busca protegerse.

2.2. Breves comentarios sobre el control de convencionalidad externo

Dentro de la misma especie del control de convencionalidad, debe distinguirse el control de convencionalidad interno del externo, cuya diferencia radica en el órgano o autoridad que ejerce ese control. Por un lado, existe el control convencional externo, el cual se ejerce por parte de las autoridades internacionales. En el ámbito interamericano dicho control se ejerce principalmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[20], el cual es subsidiario o complementario cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción[21]. Dicho control se manifiesta a través de la *res judicata* y *res interpretata.*

En primer lugar, cuando en una sentencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina la responsabilidad internacional del Estado, se genera lo que se ha denominado *res judicata*, lo cual significa que todos los órganos, poderes y autoridades del Estado cuya responsabilidad internacional fue declarada se encuentran obligadas por la sentencia en sus términos[22]. Sin embargo, lo anterior no significa que las sentencias sólo obliguen al Estado parte, pues para los demás Estados Parte de la Convención Americana se genera la segunda manifestación del ejercicio del control de convencionalidad, denominada por el Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot la "*res interpretata"*, la cual significa que la jurisprudencia de la Corte resulta obligatoria para todos los Estados parte[23].

2.3. Control de convencionalidad interno

Para efectos del presente análisis resulta relevante el control de convencionalidad interno.

En el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte Interamericana empezó a delinear los aspectos esenciales del control de convencionalidad interno. Sobre el asunto,

---

20 *Ibídem,* p. 291.

21 Ibáñez Rivas, Juana María, "El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano", en *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, México, 2017, p. 386.

22 Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, emitida en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay, p. 32.

23 *Ibídem,* p. 35.

conviene resaltar la justificación que otorgó el Tribunal Interamericano sobre dicha obligación. Así, en primer lugar, sostuvo que la obligación de que los jueces internos ejerzan un control de convencionalidad interno deriva de la necesidad de velar porque los efectos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no se vean mermados por la aplicación de leyes que la vulneren. En ese control, como ya se ha venido diciendo, se destacó que debe tomarse en cuenta no sólo el tratado internacional, sino también la interpretación que sobre éste realice la propia Corte[24].

Además, y como una razón adicional para justificar dicha obligación, se sostuvo que, como se establece en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las obligaciones impuestas por el derecho internacional deben ser cumplidas de buena fe, las cuales no podrán ser incumplidas bajo la justificación de estar cumpliendo el derecho interno[25].

Ahora, si bien en la sentencia citada la Corte Interamericana sólo señaló que el control de convencionalidad interno debe ser ejercido por los jueces y tribunales internos, hay que recordar que la Suprema Corte ha establecido que todas las autoridades del país, no sólo las jurisdiccionales, deben velar por los derechos humanos contenidos, tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales firmados por el Estado Mexicano. Lo anterior implica, en esencia, que el primer nivel del control de convencionalidad interno resulta ser de ejercicio obligatorio para todas las autoridades del país, quienes deberán interpretar el orden jurídico la luz de la Constitución y de los tratados internacionales, favoreciendo siempre la protección más amplia, siendo una obligación exclusiva de las autoridades jurisdiccionales el segundo y tercer nivel de dicho control, pues sólo son éstas quienes deberán realizar una interpretación conforme en sentido estricto de una norma, así como las únicas facultadas para inaplicar dicha disposición, en caso de que su interpretación conforme no sea posible.

Ahora bien, no existiendo ninguna duda sobre *quién* debe ejercer ese control, *cómo* debe ejercerse, así como el parámetro que debe utilizarse, resta por analizarse *qué* es lo que debe y puede estar sujeto a este control de convencionalidad.

En primer lugar, no resulta problemático afirmar que toda ley o acto jurídico que no forme parte del parámetro de regularidad constitucional, puede y debe ser objeto de control constitucional y/o convencional, pues todas las autoridades del país, en términos del artículo 1o. de la Constitución Federal, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en el texto fundamental y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.

---

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, No. 154, párr. 124.

25 *Ibídem,* párr. 125.

Sin embargo, la dificultad surge cuando nos preguntamos si una norma que forma parte del parámetro de regularidad constitucional puede ser, a su vez, norma sujeta a ese mismo parámetro. En otras palabras, si las normas en materia de derechos humanos establecidas en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por México pueden ser objeto de control de convencionalidad interno.

Por cuanto hace a la "impugnación" de tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano, es la propia Constitución Federal la que nos da la respuesta. Esto, pues el artículo 105, fracción II, incisos b), g) y h), otorga legitimación al Senado de la República para promover acciones de inconstitucionalidad en contra de tratados internacionales celebrados por el Estado; a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en contra de tratados internacionales que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que México sea parte; así como al Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales en contra de tratados internacionales que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales[26].

Lo anterior refleja que los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano deben respetar el propio parámetro de regularidad constitucional previsto en nuestro país y, además, que podrá determinarse su "inaplicación" cuando sea la propia norma constitucional la que favorezca más a la persona. Como ejemplo de lo anterior puede verse el amparo en revisión 266/2015[27], en el que la Primera Sala de la Suprema Corte reconoció que el derecho a la reinserción social se encuentra más protegido en la Cons-

---

26 "**Artículo 105.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:
(...)
II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.
(...)
b). El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
(...)
g). La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas;
h). El organismo garante que establece el artículo 6° de esta Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las Legislaturas locales; e
(...)."

27 El engrose respectivo puede ser consultado en la siguiente liga: https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx.

titución Federal que en los tratados internacionales suscritos por México, por lo que es ésta la que debe prevalecer[28].

Ahora bien, si un tratado internacional que contiene normas de derechos humanos —y que, por tanto, forma parte del parámetro de regularidad constitucional— puede ser a su vez objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podría afirmarse, por identidad de razón, que lo mismo ocurre respecto de la propia Constitución Federal, pues recordemos que las diversas normas que integran el parámetro de regularidad constitucional, tanto constitucionales como convencionales, gozan de la misma jerarquía constitucional.

Pensar lo contrario, esto es, que el Constituyente Permanente continúa siendo un Poder ilimitado que no se encuentra obligado a observar el propio parámetro de regularidad constitucional que él mismo estableció significa, por un lado, vaciar de contenido al artículo 1o. constitucional y, por otro lado y quizás como consecuencia de ello, condicionar el cumplimiento del parámetro de regularidad constitucional a la buena voluntad del Congreso de la Unión y de las legislaturas estatales en turno (competentes para reformar, adicionar o derogar normas constitucionales) pues, bajo la postura que se critica, el parámetro de regularidad sería oponible a todos los poderes, menos al que decidió establecerlo.

Lamentablemente, el criterio anterior (el cual, sobra decir, está lejos de ser el que más favorece a la persona) es el que se encuentra vigente en nuestro país. Como ya se ha dicho aquí, si bien la Suprema Corte reconoció de manera muy entusiasta que las normas constitucionales y convencionales en materia de derechos humanos no se relacionan entre ellas en términos jerárquicos y que, en caso de conflicto entre ellas, debe preferirse la que más proteja a la persona, lo cierto es que, de forma consciente o no, dejó abierta una posibilidad que, más que ser la excepción, permite que la "regla de no prevalencia" entre una norma sobre otra, pueda ser inobservada por el Poder Reformador cada que decida reformar la Constitución. Esto, al haberse establecido una prevalencia absoluta del texto fundamental, incluso en incumplimiento al principio pro-persona, cuando en él se establezca de manera expresa alguna restricción a un derecho fundamental.

Ahora bien, en este interesante debate ha participado la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual ha adoptado tanto una postura como la otra. Así, en un extremo se encuentra la acción de inconstitucionalidad 155/2007 y, en el otro, la ac-

---

28 En el párrafo 160 de dicha ejecutoria se lee lo siguiente: "(…) *si bien los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales invocados forman parte del parámetro del control de regularidad constitucional para analizar la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano, lo cierto es que de la interpretación sistemática de los numerales transcritos, esta Primera Sala estima que* ***es la Constitución la que debe prevalecer como norma de derecho fundamental aplicable en el caso concreto, ya que otorga una mayor protección al derecho humano relativo a la reinserción del sentenciado a la sociedad***(…).". (énfasis añadido).

ción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019. En el medio de ellas se encuentra, precisamente, la contradicción de tesis 293/2011 ya analizada.

2.4. Debate jurisprudencial

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 105, fracción II, de la Constitución Federal, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación le compete resolver las acciones de inconstitucionalidad, las cuales, según se establece en dicho precepto, tienen por objeto resolver sobre una posible contradicción entre una "norma de carácter general y esta Constitución.".

El objeto que se anuncia en el texto fundamental sobre el referido medio de control constitucional parece limitar el parámetro de regularidad constitucional a lo dispuesto por la Constitución Federal, dejando de lado los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales suscritos por México.

Sin embargo, y por más que se quisiera que la Constitución fuese clara en ese aspecto, lo cierto es que esa aparente contradicción puede fácilmente subsanarse a través de una interpretación sistemática con el artículo 1 constitucional, el cual sitúa a nivel constitucional la totalidad de las normas que integran nuestro parámetro constitucional, incluidas las de derechos humanos previstas en los tratados internacionales. Con ello, como lo ha sostenido de manera muy clara la Ministra Norma Lucía Piña Hernández[29], podría entenderse que cuando dicho precepto hace referencia a esta Constitución" en realidad hace referencia a la totalidad de las normas que integran el parámetro, con lo cual se permitiría, vía interpretación de la Constitución Federal, la procedencia de la acción de inconstitucionalidad también frente a violaciones a derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México.

Adicionalmente, la Ministra Piña Hernández ofrece una segunda opción que nos lleva al mismo resultado, la cual consiste en acudir directamente al texto de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo artículo 71 establece que la Suprema Corte de Justicia podrá fundar las declaratorias de invalidez, no sólo en la *violación de cualquier precepto constitucional*, sino también en la *violación de los derechos humanos consagrados en cualquier tratado internacional del que México sea parte*; hayan sido o no invocados en el escrito de demanda[30].

---

29 Por ejemplo, en la sesión de 6 de septiembre de 2022, cuya versión estenográfica puede consultarse en la siguiente liga: https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas, consultado el 30 de diciembre de 2022.

30 **"Artículo 71**. Al dictar sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá corregir los errores que advierta en la cita de los preceptos invocados y suplirá los conceptos de invalidez planteados en la demanda. La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaratoria de inconstitucionalidad en la violación de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el escrito inicial. Igualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá fundar su declaración de invalidez en la

Dicho lo anterior, podemos analizar el contenido y alcance de la acción de inconstitucionalidad 155/2007[31]. A nuestro parecer, dicha sentencia constituye el ejemplo más claro de la materialización de la reforma en materia de derechos humanos de 2011 en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La referida ejecutoria, emitida por el Tribunal Pleno en sesión de 7 de febrero de 2012 (esto es, después del expediente varios 912/2010 y previo a la contradicción de tesis 293/2011) resolvió la demanda presentada por el entonces Procurador General de la República en contra de los artículos 72, fracción V, y 73, fracción V, de la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán y las cuales, para lo que interesa destacar, facultaban a autoridades administrativas para imponer una sanción consistente en "trabajos a favor de la comunidad".

A decir de la parte accionante, dichas disposiciones vulneraban lo dispuesto por el artículo 5 de la Constitución Federal, el cual establece que "nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial". Por tanto, a su juicio, la inconstitucionalidad derivaba del hecho de que las normas permitían la imposición de dicha sanción por parte de autoridades administrativas.

El Tribunal Pleno determinó, por mayoría de 9 votos, declarar la invalidez de las normas impugnadas, y de una norma diversa por extensión de efectos. Las razones de la invalidez que finalmente se encuentran reflejadas en el engrose, fueron aprobadas por mayoría de 6 votos. Dichas consideraciones fueron expuestas a fin de responder la siguiente interrogante: ***"¿es contrario a la libertad de trabajo que las autoridades administrativas impongan como sanción a los particulares la realización de trabajos a favor de la comunidad?"***.

A fin de responder lo anterior, en primer lugar, se reconoció que, en efecto, en términos del artículo 5 de la Constitución Federal, sólo las autoridades jurisdiccionales pueden imponer como sanción a los particulares la realización de trabajos a favor de la comunidad; sin embargo, se advirtió que después de la presentación de la demanda de acción de inconstitucionalidad, el artículo 21, cuarto párrafo, de la Constitución Federal, fue reformado, a fin de facultar también a las autoridades administrativas para imponer como sanción a los particulares la realización de trabajos a favor de la comunidad.

No obstante, esa no fue la única reforma que se tomó en cuenta. En la ejecutoria se sostuvo que derivado de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de

---

violación de los derechos humanos consagrados en cualquier tratado internacional del que México sea parte, haya o no sido invocado en el escrito inicial."

31 El engrose respectivo puede ser consultado en la siguiente liga: https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx.

2011 y de lo resuelto en el expediente varios 912/2010, el nuevo parámetro de regularidad constitucional "no determina *ex ante* un criterio de jerarquía entre las normas que lo integran", sino que todas las autoridades se encuentran obligadas a favorecer la protección más amplia.

En aplicación de dicho criterio, se expuso que el Estado Mexicano ha suscrito tres tratados internacionales que forman parte del parámetro de regularidad constitucional en la materia: el Convenio Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio (Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los cuales coincidían en prohibir el trabajo forzado, salvo que la realización de dichos trabajos sea impuesto como pena por una autoridad jurisdiccional.

Consecuentemente y al advertirse que no existe coincidencia en lo dispuesto en el texto constitucional y en los tratados internacionales citados, la Suprema Corte determinó que los segundos son los que protegen de manera más amplia el derecho humano al trabajo, al establecer que sólo las autoridades jurisdiccionales podrán imponer como sanción la obligación de realizar ciertos trabajos. Por ello, se determinó que el parámetro de validez a la luz del cual debían confrontarse las normas impugnadas consistía en que "*sólo podrán imponerse como penas a los particulares la realización de trabajos forzados u obligatorios, mediante una condena que derive de una autoridad jurisdiccional.*" Así, contrastando las normas con dicho parámetro, se determinó declarar su invalidez.

Ahora, si bien al final de la ejecutoria se menciona que la invalidez de las normas impugnadas deriva de la "*interpretación más favorable que se desprende de los artículos 1°, párrafo segundo en relación con el 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado conforme a los artículos 8º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2º del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo y 6 de la Convención Americana.*", lo cierto es que, a nuestro parecer, las consideraciones que se encuentran reflejadas en el engrose acreditan que el Tribunal Pleno no realizó ninguna interpretación del texto constitucionalidad sino una verdadera inaplicación del artículo 21, cuarto párrafo, de la Constitución Federal, el cual permite (como lo hacían las normas impugnadas) que las autoridades administrativas impongan como sanción trabajos a favor de la comunidad[32]. Así, en este caso, frente

32 Lo incluso es advertido por el Ministro Pardo Rebolledo quien, en el voto concurrente que emitió en la citada acción de inconstitucionalidad 155/2007, expuso que si bien el artículo 5o. resultaba acorde a los instrumentos internacionales citados en la sentencia "*no puede llegarse al extremo de simplemente inaplicar o declarar la inconvencionalidad de lo previsto en el artículo 21 de la Constitución Federal cuya reforma de dieciocho de junio de dos mil ocho, instituyó la facultad de establecer el trabajo a favor de la comunidad como sanción administrativa por infringir reglamentos gubernativos y de policía.*". Por tanto, si bien compartió la invalidez de las normas impugnadas, lo hizo bajo una interpretación restrictiva de las propias restricciones establecidas en la Constitución Federal, a fin de concluir que el artículo 21 constitucional, en la parte conducente, "*debe entenderse en el sentido de que las infracciones*

a diversas normas que regulan el mismo derecho, el Alto Tribunal decidió aplicar los artículos que, a su juicio, protegen más a la persona.

A nuestro parecer, en esa ocasión nuestro Tribunal Constitucional ejerció un verdadero control de constitucional y convencionalidad sobre la Constitución Federal al momento de fijar el parámetro de regularidad constitucional aplicable, porque aun y cuando no se dijo de manera expresa que el artículo 21 debía ser inaplicado por inconvencional, de hecho dicha disposición sí fue inaplicada; de lo contrario, debió haberse reconocido que las normas impugnadas resultaban claramente constitucionales.

Pues bien, ese es el extremo en el que, a nuestro juicio, debió mantenerse el Alto Tribunal; sin embargo, después de la contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se colocó en un extremo completamente opuesto al resolver la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, resuelta definitivamente el 24 de noviembre de 2022.

En dichas acciones, promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y por integrantes de la Cámara de Senadores, en contra de diversos artículos de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de Seguridad Nacional, del Código Nacional de Procedimientos Penales, del Código Penal Federal y del Código Fiscal de la Federación[33], la Suprema Corte discutió acerca de la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa, prevista en el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Federal[34].

En la primera propuesta presentada por el Ministro Luis María Aguilar Morales[35] se analizó la constitucionalidad del artículo 19 de la Constitución Federal, a fin de poder

---

reglamentarias que las leyes están autorizadas a establecer como las que las autoridades administrativas pueden imponer, deben ser única, exclusiva y alternativamente las de multa, arresto hasta por treinta y seis horas, o trabajo a favor de la comunidad, tal como está establecido en ese precepto constitucional."

33 Dichos artículos, en su conjunto, calificaban a ciertos delitos fiscales como "*amenazadas a la seguridad nacional"* lo que las hacía actualizar uno de los supuestos previstos en el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución Federal, que ameritan prisión preventiva oficiosa.

34 "**Artículo 19.** (…)
(…) El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.
(…).".

35 El asunto fue re-turnado al Ministro Luis María Aguilar Morales después de que el proyecto presentado por el ahora Ministro en retiro José Fernando Franco González Salas fue desechado por el Tribunal Pleno en sesión de 25 de octubre de 2021.

resolver de manera integral lo alegado por los accionantes. Determinado el sentido de dicha "medida cautelar" así como los efectos nocivos que se han acreditado que su imposición genera, se propuso abandonar el criterio de prevalencia de restricciones constitucionales adoptado en la contradicción de tesis 293/2011, a fin de que fuera posible que el juez constitucional ponderara si existe un margen de apreciación nacional que permita aplicar la restricción constitucional o si, por el contrario, no debe aplicarse a fin de otorgar la mayor protección a la persona.

Sentado ese criterio general, en el proyecto se propuso la inaplicación del artículo 19, párrafo segundo, en la parte que contempla la prisión preventiva oficiosa, por ser contrario a los derechos humanos que integran el parámetro de regularidad constitucional en nuestro país.

Sin embargo, ante el inminente desechamiento de dicho proyecto, en la sesión de 8 de septiembre de 2022[36], el Ministro ponente decidió retirar el asunto, a fin de presentar otro que pudiera ser aprobado. En ese segundo proyecto[37], y buscando conciliar las distintas posturas esgrimidas por las y los Ministros de la Suprema Corte, se retomó una de las participaciones del Ministro Juan Luis González Alcántara, quien propuso interpretar el artículo 19, segundo párrafo, de la Constitución Federal, de manera sistemática con el resto del texto constitucional, a fin de concluir que el término "oficiosa" debe entenderse, no como una medida cautelar que deba imponerse de forma automática, sino como una que no debe de tener como presupuesto una petición de parte.

En dicha segunda versión del proyecto[38], si bien se proponía adoptar tal entendimiento del término "oficioso", ello fue resultado, más que de una interpretación sistemática, de una interpretación del artículo 19 de la Constitución Federal, en su párrafo segundo, a la luz del principio pro-persona, esto es, de la forma más protectora para el ser humano. Sin embargo, dicha opción tampoco fue aprobada por la mayoría requerida para ello, pues mientras que algunos estimaron que la interpretación del artículo 19 constitucional no era necesaria para resolver el estudio de fondo, otros consideraron que más que una interpretación, se estaba variando el significado que el Constituyente ha sido consistente en atribuirle a la prisión preventiva oficiosa.

La primera versión del proyecto puede consultarse en la siguiente liga: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2022-08/AI%20130-2019%20Proyecto.pdf, consultado el 23 de diciembre de 2022.

36 Las versiones taquigráficas en las que se discutió esa primera versión (5, 6 y 8 de septiembre de 2022), pueden ser consultadas en la siguiente liga: https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas

37 La segunda versión de proyecto puede consultarse en la siguiente liga: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2022-10/AI%20130-2019%20Nuevo%20Proyecto%20%2824-oct-2022%29.pdf

38 Las versiones taquigráficas en las que se discutió la segunda versión (22 y 24 de noviembre de 2022), pueden ser consultadas en la siguiente liga: https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas, consultado el 23 de diciembre de 2022.

Si bien tal decisión no formará parte de las consideraciones del engrose y, por tanto, no constituirán criterio obligatorio (pues constituye una propuesta que finalmente no fue aceptada) lo cierto es que hace pensar que, al menos con la presente integración, el criterio adoptado en la contradicción de tesis 293/2011 está lejos de ser abandonado. Pero además, deja la duda sobre si, a juicio del máximo Tribunal de nuestro país, el texto constitucional no puede ser interpretado a la luz de principio pro-persona, cuando tal interpretación arroje un significado distinto al que el Constituyente Permanente le quiso dar. Se trata de una duda y no de una afirmación, pues no puede dejar de tomarse en cuenta que algunos de los integrantes del Tribunal Pleno decidieron no pronunciarse sobre la interpretación propuesta por el Ministro ponente, pues no lo estimaron necesario para resolver el fondo del asunto.

Ahora bien, en las primeras sesiones en que se discutió la primera versión del proyecto del Ministro Luis María Aguilar Morales, existieron algunas y algunos Ministros que sostuvieron que no podía analizarse el artículo constitucional de mérito porque éste no había sido impugnado; sin embargo, lo cierto es que puede presumirse que, de haberse impugnado, tampoco hubiera procedido su estudio, en términos de la tesis aislada P. VI/2009[39] la cual no ha sido abandonada ni implícita o explícitamente. Esa presunción, además, podría confirmarse atendiendo al criterio adoptado por la Segunda Sala al resolver la contradicción de tesis 105/2021[40], según el cual se actualiza de manera manifiesta e indudable la improcedencia del juicio de amparo cuando se reclame alguna adición o reforma a la Constitución Federal, respecto a su contenido material.

No obstante, a nuestro parecer, para poder ejercer un control de constitucionalidad y/o convencionalidad sobre la propia Constitución Federal, no resulta necesario su previa impugnación. Veamos por qué.

No nos resulta ajeno ni nos parece problemático afirmar que a fin de resolver cualquier medio de control constitucional, ya sea a través de un control abstracto o difuso, es necesario, en primer lugar, identificar las normas cuya violación esté siendo alegada,

---

39 "**ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS NO PUEDE CONSIDERARSE COMO LEY NI CONFERÍRSELE UN ÁMBITO FEDERAL O LOCAL Y, MENOS AÚN, CLASIFICARSE EN UNA MATERIA EN CONCRETO, PARA LA PROCEDENCIA DE DICHA VÍA."** [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; t. XXIX, abril de 2009, p. 1100. Registro digital: 167595.

40 Resuelta por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en sesión de uno de diciembre de dos mil veintiuno, del cual derivó la jurisprudencia 2a./J. 2/2022 (11a.) de rubro y datos siguientes: "**IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. SE ACTUALIZA LA CAUSA MANIFIESTA E INDUDABLE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO, CUANDO SE IMPUGNA ALGUNA ADICIÓN O REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS —RESPECTO A SU CONTENIDO MATERIAL—, LO QUE DA LUGAR A DESECHAR DE PLANO LA DEMANDA DE AMPARO DESDE EL AUTO INICIAL."** [J]; 11a. Época; Segunda Sala; Gaceta del S.J.F.; Libro 10, febrero de 2022, t. II, p. 1654. Registro digital: 2024180.

para poder establecer su sentido y alcance y así estar en aptitud de determinar si la norma o acto cuestionado resulta acorde o no con ella[41].

En el caso mexicano, como ya se ha dicho aquí muchas veces, el órgano jurisdiccional deberá identificar las normas tanto constitucionales como convencionales que conforman el parámetro de regularidad constitucional que debe regir la resolución del asunto, para posteriormente determinar su alcance.

A nuestro parecer, es precisamente cuando se determina el parámetro de regularidad constitucional aplicable, el momento en el que el órgano jurisdiccional, con fundamento en el artículo 1o. constitucional, puede (y debe) realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad del texto fundamental. Dicho control puede manifestarse y arrojar resultados distintos.

En primer lugar, al momento de fijar el parámetro de regularidad constitucional aplicable, el órgano jurisdiccional, por mandato constitucional, deberá interpretar "las normas de derechos humanos" a la luz de lo dispuesto por la propia Constitución Federal y los tratados internacionales. Así, si una norma en materia de derechos humanos (incluidas las constitucionales) admite diversas interpretaciones, deberá preferirse aquella que brinde una protección mayor a la persona, con independencia de que pudiera parecer contraria a la intención de su órgano de creación. Lo anterior no sólo permite que nuestra Constitución Federal no sea estática, sino también situar, por encima de todo y de la voluntad de quien sea, los derechos humanos. Como ejemplo de dicho control de constitucionalidad y convencionalidad se encuentra el propuesto por el Ministro Luis María Aguilar, sobre la manera de entender la prisión preventiva "oficiosa".

Sin embargo, ¿qué pasaría si la norma constitucional, por su claridad, no admite interpretaciones?. Por ejemplo, ¿qué pasaría si se decide reformar la Constitución Federal a fin de prohibir a las mujeres el derecho al voto?

De antemano se ofrece una disculpa por un ejemplo tan poco imaginativo; sin embargo, lo cierto es que es suficiente para exponer nuestra postura, pues frente a una norma constitucional cuyo contenido resulta abiertamente inconstitucional e inconvencional ¿de verdad estaríamos dispuestos a admitir que, por haber sido emitida por el Constituyente Permanente, no puede hacerse nada al respecto? Nosotros pensamos que no es así.

En un caso tan evidente como el que se expuso, la única respuesta válida desde el punto de vista de los derechos humanos, es la de inaplicar tal disposición a fin de hacer prevalecer aquella que proteja más a la persona, ya sea que se encuentre en el propio texto de la Constitución Federal, en algún tratado suscrito por el Estado Mexicano o, bien, en la interpretación que sobre éste exista. Lo anterior, lejos de implicar una vul-

41 Schmill, Ulises y Cossío Díaz, José Ramón, "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", p. 72., https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28259/25526 Consultado el 30 de diciembre de 2022.

neración a la Constitución Federal, significaría darle vida a la intención expuesta por el Constituyente Permanente —reflejada en el artículo 1o. constitucional— de otorgar la misma jerarquía constitucional a las normas en materia de derechos humanos y la correlativa obligación de preferir aquella que proteja más a la persona. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra la acción de inconstitucionalidad 155/2007.

Ya se ha dicho aquí. Velar por el cumplimiento de las normas de derechos humanos y por la prevalencia de aquella que, con independencia de su fuente, proteja más a la persona (aun cuando ello signifique preferir aplicar una norma sobre otra constitucional) está lejos de traducirse en un incumplimiento de la Constitución Federal; muy por el contrario, a nuestro parecer, es la única manera en la que nuestra Constitución, finalmente, será respetada.

3. CONCLUSIONES

Primera. A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, las normas de derechos humanos, independientemente de su origen, gozan de la misma jerarquía constitucional y conforman el parámetro de regularidad constitucional, el cual debe ser observado por todas las autoridades.

Segunda. Lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 resta de eficacia a la reforma constitucional de 2011, pues pese a la intención del Constituyente Permanente de situar en el mismo nivel jerárquico a las normas de derechos humanos, la Suprema Corte consideró que siempre que exista una restricción expresa a un derecho humano en el texto fundamental, éste deberá prevalecer.

Tercera. Derivado de lo dispuesto por el artículo 1o. constitucional, los órganos jurisdiccionales deben realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad del propio texto fundamental al momento en el que se determina el parámetro de regularidad constitucional que resultará aplicable para resolver el asunto.

Cuarta. Dicho control puede manifestarse y arrojar resultados distintos. En primer lugar, si resulta posible, deberá interpretarse la norma constitucional de conformidad con las normas de derechos humanos previstas en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por México. En segundo lugar, y en caso de que dicha interpretación no sea posible (por el contenido de la propia norma) deberá inaplicarse tal disposición, a fin de hacer prevalecer la norma que más favorece más a la persona.

4. FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

Guerrero Zazueta, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, CNDH, México, 2015.

Ibáñez Rivas, Juana María, "El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano", en *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, México, 2017.

Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales" tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021.

Salazar Ugarte, Pedro (coord.), "La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual", México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2013.

Sagües, Néstor, Pedro, *La Constitución bajo tensión,* Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016.

Schmill, Ulises y Cossío Díaz, José Ramón, "Interpretación del derecho y concepciones del mundo", p. 72., https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28259/25526, consultado el 30 de diciembre de 2022.

Voto razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, emitida en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay.

Sitios

Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm consultado el 23 de diciembre de 2022.

Cámara de Diputados, Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lrfiyii_art105.htm

Cámara de Diputados, Gaceta Oficial, disponible en: http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2009/abr/20090423-XVI.pdf, consultado el 23 de diciembre de 2022.

Cámara de Senadores, Gaceta Oficial, disponible en https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/61/1/2010-04-07-1/assets/documentos/derechos_humanos.pdf, consultado el 23 de diciembre de 2022.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Casos contenciosos, Sentencias,* disponible en https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm, consultado el 30 de diciembre de 2022.

Diario Oficial de la Federación, disponible en, https://www.dof.gob.mx/#gsc.tab=0 consultado el 23 y 30 de diciembre de 2022.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sentencias y Datos de Expedientes,* disponible en: https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx, consultado el 30 de diciembre de 2022.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Versiones taquigráficas,* disponible en: https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas?fecha=1&field_vsts_instancia_target_id_1=15&edit-submit-versiones-taquigraficas=Aplicar&page=3, consultado el 30 de diciembre de 2022.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación,* disponible en: https://sjfsemanal.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis, consultado el 26 de diciembre de 2022.

A LA CONQUISTA DEL DERECHO. LAS PRIMERAS ALUMNAS Y ABOGADAS EN LA CIUDAD DE MÉXICO, 1892-1926

Jessica Colín Martínez*

A María José
A Priya Mercede
A mis alumnas de Derecho de la UAM-C

RESUMEN: Durante el período comprendido entre 1892 y 1926 veinte mujeres ingresaron a la Escuela Nacional de Jurisprudencia en la Ciudad de México. De ellas, once concluyeron los estudios profesionales y obtuvieron el título de abogadas, las primeras en el país. Este trabajo profundiza en los entresijos del proceso de incorporación femenina en el derecho, destacando las trayectorias de ingreso escolar y de titulación de estas primeras mujeres cuyo posicionamiento intelectual y de representación las coloca en la historia del derecho y de la abogacía mexicana como creadoras de referentes femeninos, y en algunos casos también feministas, en aquella primera conquista jurídica con nombre propio.

PALABRAS CLAVE: Abogadas, educación jurídica, feminismos jurídicos, mujeres en el derecho, María Asunción Sandoval.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MANDATOS Y ESTEREOTIPOS EN TORNO A LA PROHIBICIÓN DE LAS MUJERES EN LA ABOGACÍA. 3. LAS PRIMERAS ALUMNAS EN LA ESCUELA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA Y LA PARADOJA DE LA TOLERANCIA. 4. TESIS PROFESIONALES Y FEMINISMO. 5. REFLEXIONES FINALES. 6. REFERENCIAS.

1. INTRODUCCIÓN

La historia de las mujeres formadas en el derecho es relativamente reciente. Hasta finales del siglo XIX, en Europa como en América, la abogacía fue una profesión estudiada y ejercida solo por hombres. La continuidad normativa, así como de ideas, estructuras o imaginarios socioculturales vinculados a mandatos prohibicionistas y misóginos formulados siglos anteriores en relación con la esfera jurídica de las mujeres, supuso en la realidad de la época un desafío —lo mismo sustantivo que de instrumentación— al principio de igualdad, fundamento liberal por antonomasia.

* Profesora investigadora visitante de tiempo completo adscrita al Departamento de Estudios Institucionales de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa (UAM-C). Candidata en el Sistema Nacional de Investigadores. Creadora del sitio *Abogacía Histórica Mexicana*.

Los afanes del Estado mexicano por articular una política educativa en los albores independentistas, sugiere que si bien la transición de la segunda mitad del siglo XIX tuvo una de sus más significativas expresiones en la apertura de establecimientos escolares destinados a la enseñanza elemental de niñas y jóvenes, también lo fue la ambivalencia de un sistema que entrañó profundas desigualdades de género. La instrucción de las mujeres en primeras letras y en las llamadas «labores propias de su sexo», obstaculizó de forma paralela su acceso a la educación superior con base en estereotipos basados en elogios o descalificaciones, ambos supuestos en igual medida perniciosos.

Bajo tal premisa se comprende que la educación superior en el país hasta finales de la centuria decimonónica fue un derecho cofrade,[1] prácticamente inaccesible para las mujeres en todas las esferas del conocimiento. Trayectoria interrumpida con el ingreso de las primeras estudiantes en las aulas superiores, entre éstas las de derecho, disciplina que trazó reglas particulares —con resistencias y no solo masculinas— frente a una tradición segregadora que había aplazado la plena igualdad entre mujeres y hombres.

El análisis desarrollado en este trabajo profundiza en los entresijos del proceso de incorporación femenina en la Escuela Nacional de Jurisprudencia (ENJ), establecimiento donde veinte alumnas iniciaron su formación académica y once de ellas concluyeron con el título de abogadas. Mujeres cuyo posicionamiento intelectual y de representación las coloca en la historia del derecho y de la abogacía mexicana como creadoras de referentes femeninos, y en algunos casos también feministas, en la problematización del derecho y de los derechos durante aquella primera conquista jurídica con nombre propio.

2. MANDATOS Y ESTEREOTIPOS EN TORNO A LA PROHIBICIÓN DE LAS MUJERES EN LA ABOGACÍA

Desde el siglo XIII y hasta el último tercio del siglo XIX uno de los documentos normativos de mayor relevancia en el mundo hispánico y latinoamericano fueron *Las Siete Partidas* o *Libro de las Leyes*. Las diversas fuentes jurídicas y no jurídicas que informaron este cuerpo legal (entre ellas la Biblia y algunos tratados griegos y romanos) resultaron en una obra fundamental del Antiguo Régimen,[2] misma que cimentó

1 Retomo la conceptualización desarrollada por Rita Laura Segato de «cofradía masculina», entendida como «juramento de lealtad y silencio [cuyo] destino es acreditar a los cofrades para el ingreso o la permanencia en el orden de pares». Categoría que problematiza el espectro amplio de violencias (primordialmente del orden sexual) que los hombres ejercen y han ejercido en contra de las mujeres. Véase *La guerra contra las mujeres* y *Las estructuras elementales de la violencia*.

2 Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, México, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 185-188. *Las Siete Partidas* tuvieron amplia vigencia en Nueva España y demás posesiones de la monarquía hispánica en América desde finales del siglo XV con el arribo de Cristóbal Colón. Presencia normativa que se extendió décadas después de iniciados los procesos independentistas latinoamericanos.

una forma de comprensión y ejercicio del derecho a través de la regulación de diversas materias como las relativas al matrimonio, contratos, sucesiones y al derecho penal.

La Tercera Partida, enfocada a la organización judicial y del proceso, esto es, de «la justicia, de cómo se ha de hacer ordenadamente en todo lugar por palabra de juicio y por obra de hecho», puntualizó aquellas nociones que a primera vista pudieran concebirse de manera general en el ámbito adjetivo o procedimental del derecho (cómo y a través de qué mecanismos y actuaciones se pretende la justicia). Sin embargo, cabe señalar que una lectura omisa a las orientaciones sustantivas u orgánicas de base (qué se entiende por justicia, quién tiene legitimidad frente a ella, quién tiene potestad para reclamarla y quién para impartirla) podría incurrir en la disociación de un discurso que en la realidad opera y ha operado de forma conjunta con las luces del *ius commune* o del positivismo jurídico. El derecho es un fenómeno social sincrónico, al menos en su elemental pretensión ordenadora de la vida social y de mediación frente al conflicto. Por ello debe subrayarse la forma en que históricamente se han construido tales intenciones jurídicas, intenciones atravesadas por el género.[3]

A esta Tercera Partida correspondió la integración de una serie de disposiciones que, en exclusión de las mujeres, tuvieron por obvios destinatarios a los hombres. El ejercicio de las demandas, de la abogacía (defensa) y la judicatura refieren el imperio androcéntrico que desde fechas tempranas cimentó el derecho y las especificidades de su mundo. En consecuencia, de acuerdo con este pensamiento, a las mujeres se les concibió solo como sujetos de acusación y de castigo, pero sin potestad para ejercer denuncia ni defensa jurídica.[4]

La prohibición expresa contenida en este cuerpo legal que dictó que «Ninguna muger quanto quier que sea sabidor non puede seer abogada en juicio por otri» (III, 6, 3) fue determinante en el proceso de conceptualización histórico jurídico de las mujeres, porque afianzó los engranajes de un sistema de derecho opresor, discriminatorio y violento; sistema que transmutó y pervivió aún bajo la impronta discursiva del racionalismo ilustrado y del positivismo. De esta forma, el ejercicio de la abogacía fue inaccesible para las mujeres, pues al definirse como «oficio de varón», fue otro cerrojo en ese universo cooptado por la masculinidad. ¿Bajo qué lógica? En principio porque se dijo que los hombres ya razonaban por las mujeres, pero también porque esta

---

3 Las contribuciones teóricas desde los feminismos jurídicos han sido cardinales para examinar el derecho y los derechos. «Cuando pienso en el derecho y la vida, en la vida del derecho y en una vida en el derecho, me pregunto: *¿De quién* es la experiencia?». MacKinnon, Catherine, *Feminismo inmodificado*, Argentina, Siglo Veintiuno, 2014, p. 110 (énfasis en el original). «El derecho es un discurso particular por su carácter prescriptivo y paradójico. A través de su fuerza performativa, el derecho ejerce la capacidad de reconocer e invisibilizar, de incluir y excluir, de nombrar y delimitar los términos de lo legal y lo ilegal». Costa, Malena, *Feminismos jurídicos*, Buenos Aires, Didot, 2016, p. 11.

4 Probablemente la única salvedad haya sido la personería: «decimos que muger non puede seer personera en juicio por otri, fueras ende por sus parientes que suben o descenden por la liña derecha, que fuesen viejos, o enfermos o embargados mucho en otra manera, et esto quando non hobiesen otri en quien se pudiesen fiar que razonase por ellos» (III, V, V).

ley asimiló tal prohibición con el «escarmiento», es decir, particularizó una medida ejemplarizante (de castigo) por el mal que supuestamente habían sufrido los jueces del siglo I, anterior a la era cristiana, con la voz de la abogada romana Caya Afrania (Calfurnia). Con este argumento, que a las mujeres se les negara ejercer la abogacía, se infiere como una expresión más en el cúmulo de negaciones de derechos patrimonializados por los varones.

La tradición medieval de retórica *contra femina* —en la que se inscribió la redacción de *Las Siete Partidas*— sugiere que los planteamientos y disertaciones asociados a ésta se caracterizaron «por la superposición de argumentos de toda naturaleza, nunca bien estructurados o integrados en una única argumentación, pero eficaces en la diseminación de un discurso de prevención contra el sexo femenino».[5] Aspecto de suma relevancia analítica porque permite comprender cómo se articuló, a través del tiempo (siglos), un discurso profundamente misógino, primario, pero efectivo en la anulación jurídica de las mujeres a quienes se proscribió a una tutela permanente, tuvieran o no la aspiración de estudiar y ejercer el derecho. Las prohibiciones en sentido amplio partieron de una condición ineludible: del hecho de ser mujer. El mismo Alfonso X, en cuyo reinado se elaboraron las referidas partidas, reflexionó lo siguiente: «¿Qué es la mujer? Confundimiento del hombre, bestia que nunca se harta, cuidado que no tiene fin, guerra que nunca queda, peligro del hombre que no tiene en sí mesura» (*Primera Crónica General*, c. 1272).[6]

Los atributos o vilezas construidos en el discurso medieval contra las mujeres trascendieron en el tiempo llevándola de su identificación como cosa u objeto carente de raciocinio, repositorio de maldades incluso diabólicas, a una mutación pragmática afianzada en el romanticismo del siglo XIX que le asignó ciertos valores sustentados en una supuesta naturaleza inherentemente femenina (maternal) y, por tanto, susceptible de enaltecer. Los arquetipos de madre, esposa e hija se elevaron entonces como los pilares socioculturales decimonónicos.[7] Con ello, el matrimonio y la maternidad refirieron mandatos de género para las mujeres alentados desde el Estado que, de forma condescendiente o no, hostil o no, deslizó las aspiraciones de éstas a los confines de la marginalidad. El anquilosamiento de las palabras fue el anquilosamiento del pensamiento patriarcal hegemónico.

---

5 Caballé, Anna, *Breve historia de la misoginia*, España, Ariel, 2019, p. 54.

6 Nótese la continuidad en el sentido de las palabras, doscientos años después, con la siguiente expresión: «¿Qué cosa es, yo te ruego, la mujer, sino una despojadora de la juventud, muerte de los viejos, consumadora del patrimonio y bienes, destrucción de la honra, vianda del diablo, puerta de la muerte, hinchamiento del infierno» (Luis de Lucena, *Repetición de amores*, 1497). En Caballé, Anna, *op. cit.*

7 De acuerdo con Auguste Comte, a la mujer se le concibió como «guardián moral» según tres tipos naturales: «la madre, la esposa y la hija, y cada uno tiene muchas derivaciones [...] Según mi doctrina cerebral, cada uno de ellos responde especialmente a uno de nuestros tres instintos altruistas, la *veneración*, la *adhesión* y la *bondad*». Alzate Montoya, Rubelia, «Positivismo y dominación», en *Veredas. Revista del pensamiento sociológico*, número especial, México, 2013, p. 308 (énfasis en el original). Asimismo, remito al texto de Lagarde, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres*, México, Siglo Veintiuno, 2015.

La «revolución intelectual» de los siglos XVIII y XIX si bien enarboló el principio general de «que todos los hombres han sido creados iguales» y que por tal razón le eran inherentes ciertos derechos naturales como la propiedad, la libertad, la igualdad y la vida,[8] de manera paralela pareció confirmar en la realidad de las relaciones sociales y de los individuos que las mujeres no formaban parte sustantiva de la ecuación racionalista. La palabra «hombre» tuvo un sentido abarcador que incumbió solo a varones. De tal forma, las aseveraciones de que el supuesto espacio natural de la mujer era su hogar junto a su esposo e hijos,[9] fue consustancial de un imaginario permeado por estereotipos que incumbió a la educación y a una serie de argumentos sumamente deterministas:

> Sin negar a la mujer la aptitud e inteligencia necesarias para desempeñar todas las profesiones y oficios de los hombres, creo que, arrancarla de su esfera dulce y natural, sería tanto como privarla del tierno y sagrado carácter de hija, de esposa y de madre. La mujer, pese a los que pretenden reformar su condición, no será, no puede ser otra cosa que mujer, so pena de que hagamos de ella un ser anfibológico que nos inspire repugnancia o desdén. Podrá ser muy sublime el tipo de una doctora o de una abogada; pero no tanto como el de una madre.[10]

¿Las mujeres debían ser solo madres? ¿Debían educarse en escuelas? ¿Era importante o necesario que las mujeres aprendieran a leer y escribir y que ejercieran una profesión? ¿Para qué? ¿Con qué propósito? Tales cuestionamientos no emergieron en el ochocientos como un asunto menor, sino que vislumbraron en la posibilidad de su afirmación una experiencia hasta entonces inédita: la presencia femenina en los espacios públicos y de socialización, entre ellos el del foro. El paulatino énfasis sobre la educación superior, proceso sincrónico en relación con diversas realidades globales,[11] devino con mayor fuerza en México hacia la segunda mitad del siglo XIX con las voces de mujeres y hombres que advirtieron la antinomia de la modernidad: la igualdad jurídica entre mujeres y hombres era inexistente en tanto que el sistema continuara subordinando la tutela de derechos en detrimento de las mujeres.

Este contexto hizo posible, probablemente con mayor convicción o dinamismo, una de las primeras negociaciones del derecho y de los derechos, orden hasta entonces masculino, *cofrade*, enraizado en una tradición jurídica misógina que había subsumido el diseño normativo a designios y valores androcéntricos. Las reflexiones planteadas por

---

8 Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, FCE, 2014, pp. 40-47.

9 La narrativa plasmada en la literatura de la española María del Pilar Sinués, en particular dentro del texto *El ángel del hogar* (1854) es clara en este sentido. Señaló que la instrucción de las mujeres debía enfocarse únicamente a sentir, amar a su esposo y a sus hijos, en suma, a ser buenas esposas y buenas madres. Pensamiento que en México tuvo amplia recepción no solo a través de sus libros, sino también en medios como *El Monitor Republicano*, *El Diario del Hogar* y *El Siglo Diez y Nueve* que reprodujeron profusamente sus reflexiones.

10 HNDM, *La Patria*, México, 1 de enero de 1882, p. 2.

11 Jacinto, Lizette y Eugenia Scarzanella (editoras), *Género y ciencia en América Latina: mujeres en la academia y en la clínica (siglos XIX-XXI)*, España, AHILA, 2011.

las vanguardias feministas con el propósito de afirmar un posicionamiento político y de participación en la construcción de ciudadanía fue nada menos que una nueva brecha en la historia de la humanidad. Frente a ello, las reacciones a que las mujeres participaran activamente en la reivindicación de su esfera jurídica fueron especialmente reactivas. Aquí el derecho (en tanto profesión) delineó parlamentos propios —«No sois abogadas, ni electoras, ni oficinistas... no os queda, pues, otro recurso que el de hablar, parlotear, gorjear»—,[12] sin olvidar la virulencia discursiva que le antecedía, aquella de muy largo aliento desde las prohibiciones medievales:

> En la escala que llevamos no sería remoto que mañana se pusiera una dama de directora de la escuela de Jurisprudencia. ¿Qué entiende de leyes una señora? Lo que entiende el Lic. Cortés de costura. ¿Qué haría una mujer entre tantos hombres? lo que hará dicho señor entre tantas mujeres. Nada, nada. Cada quien en su puesto, zapatero a sus zapatos.[13]

3. LAS PRIMERAS ALUMNAS EN LA ESCUELA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA Y LA PARADOJA DE LA TOLERANCIA

Durante el período comprendido entre 1867 y 1926 tres mil treinta y nueve estudiantes ingresaron a la Escuela Nacional de Jurisprudencia en la Ciudad de México, de ese total veinte fueron mujeres. Un número en apariencia pequeño, pero altamente representativo en virtud del contexto antes descrito y cuyo punto de inflexión devino de la concurrencia de diversos elementos, entre ellos, las reformas orgánicas y de instrumentación implementadas por la legislación vigente después del Segundo Imperio mexicano.

La Ley Orgánica de Instrucción Pública para el Distrito Federal del 2 de diciembre de 1867 y la siguiente Ley Orgánica de Instrucción del 15 de mayo de 1869, aun con la inmediatez reformista y de abrogación de las que fueron objeto con rapidez, constituyeron la formalidad normativa de un escenario más receptivo (a pesar de sus restricciones y mandatos de género) para la igualdad jurídica entre mujeres y hombres. Ambas legislaciones precisaron en el ámbito local de la Ciudad de México las condiciones de acceso femenino a la educación básica y secundaria,[14] pero omitieron hacer referencia

12 HNDM, *La Patria*, México, 21 de noviembre de 1880, p. 1. El abogado Ireneo Paz (1836-1924) fundó este periódico en 1877 desempeñándose desde entonces como su director y editor.

13 HNDM, *El Centinela*, México, 24 de mayo de 1908, pp. 3-4. Extracto de una nota que criticó mordazmente el nombramiento del abogado Salvador Cortés como director de una academia de niñas en el estado de Michoacán. En aquel momento el redactor responsable de este diario era Mariano de Jesús Torres (1838-1921), escritor y periodista moreliano quien también había realizado estudios de jurisprudencia.

14 La educación secundaria para mujeres se equiparó bajo este modelo educativo al nivel superior, es decir, al que integraban la recién creada Escuela Nacional Preparatoria y las escuelas nacionales (jurisprudencia, medicina, ingeniería, entre otras). La distinción en el currículo femenino estribó, sin embargo, en el claro sesgo de género como lo dejan ver algunas de las materias del plan de estudios:

alguna sobre los procesos de ingreso a la educación preparatoria y profesional. Ello, debe subrayarse, fue la constatación jurídica de un derecho no negado, por ende, susceptible de ejercer.

La iniciativa presentada en 1870 en la Cámara de Diputados con el propósito de abrogar la ley de instrucción de 1869 y de adoptar aquella promulgada en 1843 patentizó la crisis percibida desde la narrativa masculina. Si bien el objetivo principal de la iniciativa era la desaparición de la recién creada Escuela Nacional Preparatoria (portento educativo de filiación positivista), el alcance de esta finalidad atañó de forma sustancial a la escuela secundaria para mujeres pues la abrogación de la ley implicaba también la supresión de esta institución, espacio educativo que había garantizado la participación intelectual femenina.

La confluencia de algunas voces un tanto más progresistas, como la del diputado Guillermo Prieto, advirtieron los alcances del retroceso e impidieron la concreción de tal iniciativa. El énfasis en la importancia de la educación femenina operó en cierto sentido como límite en esta compleja trama y, si bien, todo avance entraña un potencial retorno, en ese debate de 1870 fue claro que la instrucción de las mujeres en México era innegable «porque la mujer está llamada a perfeccionar y cultivar su inteligencia».[15] Posicionamiento que en lo sucesivo, aun con el persistente discurso misógino, cobraría mayor presencia en el debate público. Se había ganado una batalla.

Las reflexiones de quienes apreciaron en la igualdad educativa el camino «inequívoco de progreso» adquirieron mayor fuerza durante aquellos años llevando a la palestra aspectos cardinales sobre la situación jurídica de las mujeres.[16] El abogado Genaro García (1867-1920) destacó en su tiempo como uno de los intelectuales e impulsores de los derechos de las mujeres en México. Originario del estado de Zacatecas e hijo de un prominente político y minero, ingresó a la ENJ en 1887 titulándose de abogado en 1891, mismo año en el que publicó un extenso ensayo sobre la condición de la mujer en el país. Allí escribió lo siguiente:

> Es de lamentarse en verdad que haya todavía sostenedores exaltados de la desigualdad, que nieguen a la mujer una libertad completa tal como la que ellos tienen, y la cual se procurarían, si les faltara, aun a costa de su misma vida.[17]

La claridad del posicionamiento y su simbolismo adquieren especial resonancia si se advierte que tan solo un año después de la publicación del texto, en 1892, ingresó la

---

higiene y economía domésticas, deberes de las mujeres en sociedad, deberes de la madre en relación con la familia y el Estado, labores manuales, artes y oficios que se puedan ejercer por mujeres, nociones de horticultura y jardinería.

15 HNDM, «Cónica parlamentaria», *El Siglo Diez y Nueve*, México, 15 de diciembre de 1870, pp. 1-2.

16 Cano, Gabriela, «Género y construcción cultural de las profesiones en el porfiriato: Magisterio, medicina, jurisprudencia y odontología», en: *Revista Historia y Grafía*, n. 14, México, 2000, p. 230.

17 García, Genaro, *Apuntes sobre la condición de la mujer*, México, Compañía Limit. de Tipógrafos, 1891, p. 28.

primera alumna en la historia de México a la Escuela Nacional de Jurisprudencia: María Asunción Sandoval Olaez (Ciudad de México, 27 de febrero de 1872), pionera quien al momento de su inscripción en derecho ya contaba con el título de maestra, condición educativa de suma relevancia por tratarse de un rasgo compartido —de ninguna manera casual— con varias de sus contemporáneas.

Sobre este particular cabe precisar que derivado de las reconfiguraciones en los roles y arquetipos femeninos en boga hacia las décadas de 1870 y 1900, el magisterio fue el único campo formativo y de trabajo con reconocimiento oficial en el que participaron las mujeres.[18] Esta posibilidad, en un proceso de ida y vuelta, afianzó socioculturalmente la concepción de la docencia como extensión de las buenas costumbres del hogar y de las prácticas maternales y de cuidado asegurando en los hechos la inserción femenina en espacios intelectuales y laborales antes vedados. Las maestras y las médicas compartieron en sincronía la apertura de estas nuevas formas de ejercer derechos y ámbitos.

Durante el período comprendido entre 1887 y 1936 doscientas cincuenta y siete mujeres cursaron los estudios de medicina en la Escuela Nacional de Medicina en la Ciudad de México, número que sugiere en igual proporción apertura social y de matrícula.[19] La primera médica, Matilde Montoya, obtuvo el título profesional en 1887, un acontecimiento celebrado de manera unánime en la capital del país: el presidente de la República asistió a su examen de grado, asociaciones culturales y políticas organizaron fiestas en su nombre y la prensa publicó toda clase de mensajes, cartas y expresiones de afecto dedicados a la doctora Montoya.[20]

En contraste, la incorporación de las mujeres en la abogacía problematizó algunos «límites de principio o de hecho» en relación con prácticas de tolerancia[21] de distinta naturaleza y dimensión patriarcal.[22] El cuestionamiento fundamental sobre la legiti-

---

18 Bazant, Mílada, «La república restaurada y el porfiriato», en: Arce Gurza, F., *Historia de las profesiones en México*, México, El Colegio de México, 1982, p. 148. Asimismo, Galván Lafarga, Luz Elena y Oresta López Pérez (coordinadoras), *Entre imaginarios y utopías: historias de maestras*, México, UNAM, CIESAS, El Colegio de San Luis, 2008.

19 Castañeda López, Gabriela y Ana Cecilia Rodríguez de Romo, *Pioneras de la medicina mexicana en la UNAM: del porfiriato al nuevo régimen, 1887-1936*, México, UNAM, 2010.

20 Véase la siguiente composición poética de María del Refugio Argumedo viuda de Ortiz: «Orne tu sien el lauro de la gloria, Orgullo de mi patria, hermana mía, Y que los tiempos guarden tu memoria, Más pura que la luz del claro día; En la vida doliente, transitoria, Realizar una empresa de valía; Por eso la primera en gozo ufana, Saludo a la doctora mexicana». HNDM, «A la señorita Matilde Montoya en la aprobación de su examen de doctora en Medicina», *El Diario del Hogar*, México, 28 de agosto de 1887, p. 2.

21 Sigo la reflexión de Gianformaggio, Letizia, «El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable», en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 11, España, 1992, p. 61.

22 Una perspectiva sumamente romántica y condescendiente respecto de la formulada por Genaro García fue la de José María Vigil quien en 1893 publicó *La mujer mexicana*. «La educación que ha recibido [la mujer], mediante la cual se han manifestado las altas dotes intelectuales que posee, al ensanchar el círculo de sus conocimientos, ha dejado intacto su carácter moral; y a través de la literata, de la artista,

midad de principios considerados supremos implicó en este contexto el reclamo de derechos para sectores excluidos y con aspiraciones o necesidades particulares.

Las contradicciones en torno a la educación de las mujeres expuso en dicha trayectoria, menores índices de tolerancia cuando de la profesión jurídica se trató. ¿Por qué después del ingreso en 1892 de María Asunción Sandoval a la ENJ tuvieron que pasar cerca de dos décadas para observar un nuevo ingreso femenino?[23] ¿Por qué la medicina y del magisterio se convirtieron en las opciones profesionales de algunas alumnas que dieron de baja su matrícula en derecho? A través de sus protagonistas se vislumbran las respuestas:

> Para ser consecuentes, las Cámaras, si abren al bello y débil sexo la Escuela de Medicina, deben abrirle también la Escuela de Jurisprudencia [...] nos extraña mucho que únicamente haya abierto a la mujer las puertas de la ciencia de curar, ¿por qué no hablaría también el ejecutivo de la ciencia del derecho, de la ingeniería, del alto comercio, de las profesiones que hasta ahora han sido el patrimonio del hombre?[24]

Cuando María Asunción Sandoval inició sus estudios de derecho el país transitaba con mayor o menor tensión bajo los designios de la pretendida *pax porfiriana*, episodio de bonanza económica y relativa estabilidad institucional pero con profundos abismos sociales. En este contexto amplio en el que poco o nada se movía sin la venia presidencial, la ENJ fue un establecimiento que dado su diseño orgánico siguió los compases impuestos desde el orden político, ya se tratara de presupuesto, de contratación de profesores, de la valoración de libros que habrían de estudiarse en las distintas cátedras o de la programación ordinaria de exámenes.[25]

Esta centralización de facultades directivas en manos del ejecutivo federal delineó contradicciones pragmáticas de suma relevancia en el orden educativo. Una de ellas atañó a la articulación de acciones positivas o incentivos enfocados a disminuir la desigualdad social y de género con base en procesos de asignación de becas a alumnas de la ENJ, política que sugiere términos de tolerancia favorables para quienes por primera vez incursionaban en los estudios jurídicos. Sin embargo, estas mismas acciones dejaron ver, en virtud de la discrecionalidad en su implementación, la paradoja

---

de la poetisa, se encuentra siempre a la mexicana; es decir, a la hija, a la esposa, a la madre, que con sus gracias y ternura embellece y vivifica el hogar», pp. 30-31.

23 La profesora y periodista Dolores Correa Zapata señaló con asombro en 1904 que «en un país de doce millones de almas, de las cuales siete millones son de mujeres, no hay más que una abogada». En «¡Año nuevo! A la mujer mexicana», *La Mujer Mexicana*, México, enero de 1904, p. 1. Consultado en Lira Alonso, María Patricia, «La primera abogada mexicana», en: *El mundo del abogado*, n. 109 (año 10), México, p. 42.

24 HNDM, *El Monitor Republicano*, México, 2 de octubre de 1881, p. 1.

25 Colín Martínez, Jessica, «La educación jurídica en México. Prácticas y saberes desde la Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1867-1897», en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 284, México, 2022, pp. 228-229.

intolerante que entrañaban: no todas las alumnas que ingresaron a la ENJ fueron beneficiarias de dichas becas lo cual operó como una restricción de hecho a sus aspiraciones educativas.

Tal contradicción visibilizó dinámicas de participación de las mujeres en la educación jurídica, pero también límites de intolerancia y misoginia.[26] Es decir, la formación discursiva y práctica emprendida por los gobiernos en turno a lo largo del período operó sincrónicamente para apoyar con becas o estímulos económicos los estudios de algunas (pocas) alumnas en jurisprudencia enviando un mensaje político y social de apertura frente a tal acontecimiento, pero al tratarse de beneficios financieros limitados a un número reducido de alumnas inhibió las pretensiones de éstas y de otras mujeres interesadas en estudiar derecho. Podría afirmarse que en este proceso histórico se implementó una política desde la paradoja de la tolerancia: bien que las mujeres incursionaran en derecho, pero no todas, aun cuando tuvieran la convicción de hacerlo.

Los apoyos económicos precisaron un mecanismo de tolerancia e intolerancia en esta ambivalencia de la educación profesional de las mujeres pues si bien no eran estímulos en absoluto novedosos, ya de tiempo atrás gobiernos federal y locales los asignaban a varones, en el caso de las alumnas de derecho sí constituyeron una variable de primer orden: las becas o la exención de ciertos pagos determinaron el desarrollo de trayectorias escolares hasta su culminación. El caso de María Asunción Sandoval fue el primero y por ello también paradigmático: desde el inicio de sus estudios el presidente de la república, Porfirio Díaz, le asignó una partida específica que le permitió contar con veinticinco pesos mensuales por seis años (duración de la carrera).[27]

Por supuesto, es claro que la asignación de recursos de esta índole no significó entonces, como no puede serlo hoy, garantía alguna en relación con la conclusión de carreras académicas, mucho menos el único camino para resolver desigualdades enraizadas en categorías socioculturales complejas. No obstante, entre las primeras estudiantes de derecho en México fue un rasgo cardinal. La reflexión de la alumna Sandoval revela el simbolismo percibido en tal beneficio:

> *Reportero.* ¿No cree usted que pueda tropezar con obstáculos para el desempeño de su profesión por la falta de costumbre de que las mujeres hagan veces de defensores?
>
> *María Asunción Sandoval.* Todo lo contrario, el gobierno al pensionarme [becarme] para estudiar la carrera de abogada sería inconsecuente si luego me pusiera

26 «La emancipación de la mujer tiene más espinas que la corona de Cristo, sobre todo cuando gracias a la libertad invaden el terreno de acción puramente masculino. [...] a romper la toga y a consagrarse a ser una buena madre de familia». HNDM, *El Chisme*, México, 14 de agosto de 1899, p. 2.

27 La prensa incluso destacó que provenía «de cuna humilde». HNDM, «La señorita María A. Sandoval hace su presentación como defensora en los tribunales», *La Voz de México*, México, 24 de abril de 1896, p. 2.

> trabas y dificultades, la sociedad mexicana y lo mismo que el gobierno darían una idea muy triste de nuestra cultura y adelanto.[28]

Estas palabras, pronunciadas en 1894 por la primera protagonista de la abogacía mexicana, no dejan lugar a dudas sobre el optimismo avizorado aun con la pausa que habría de aplazar la participación femenina en esta trayectoria. A la titulación de María Asunción Sandoval en julio de 1898 siguieron lustros de completa ausencia de mujeres en las aulas de jurisprudencia. El siguiente ingreso ocurrió durante los años del movimiento revolucionario con la inscripción de seis alumnas: Josefina Catalán (1914), Lucila Manjarrez (1914), Clementina Batalla (1915), Carmen Rodríguez (1915), Raquel Fernández (1916) y María Guadalupe Rojas (1917). Cabe destacar que la precaria situación económica de las alumnas, y de amplios sectores de la población en ese contexto de lucha armada, incidió de manera significativa en el desarrollo de sus trayectorias académicas, en algunos casos agravada por situaciones de orfandad y desplazamientos forzados.

A excepción de Josefina Catalán quien trabajó para solventar su carrera y en cuyo expediente no consta solicitud de beca pero sí de las limitaciones económicas en las que vivía,[29] la documentación disponible indica que las dos alumnas tituladas de este grupo, Clementina Batalla y Raquel Fernández, gozaron de becas o facilidades para tal objetivo de educación. En el caso de Clementina es reveladora la tramitación y lucha que emprendió más de una vez para solicitar el apoyo económico del gobierno federal.[30] Con Raquel, la intervención de su madre deja ver la articulación de redes familiares para justificar y respaldar la necesidad de becas a fin de sufragar pagos de exámenes o inscripciones anuales y con ello «dispensar a los estudiantes pobres del pago de las cuotas correspondientes».[31]

A través de estas trayectorias académicas es posible constatar la instrumentación de acciones positivas de Estado (asignación de becas o recursos), pero también su revés menos alentador. La deserción escolar insinúa la limitada tolerancia política y sociocultural a que las mujeres se formaran en la abogacía. Que las cúpulas de gobierno y universitaria no destinaran recursos para todas las alumnas significó en la realidad de sus protagonistas una franca limitación para continuar con sus estudios.

---

28 HNDM, «La primera mujer que ejercerá la abogacía en México. Lo que dice», *El Noticioso*, México, 3 de julio de 1894, p. 3.

29 IISUE, AHUNAM, Fondo Universidad, expediente 3002. Comenzó a trabajar en 1915 en la Secretaría de Hacienda. En 1920, durante el quinto año de la carrera, se incorporó al juzgado quinto supernumerario de Distrito. No consta la obtención del título profesional.

30 IISUE, AHUNAM, Fondo Universidad, expediente 3103. «encontrándose en situación pecuniaria difícil y siendo esto inconveniente grave para continuar sus estudios [...] suplica a usted se sirva renovarle la pensión de cincuenta pesos». Clementina Batalla era huérfana de padre y madre a su ingreso en la ENJ, fue hija de Diódoro Batalla quien también tuvo por profesión la abogacía.

31 IISUE, AHUNAM, Fondo Universidad, expediente 3186. Francisco Fernández Sánchez, padre de Raquel, falleció en 1910 cuando ella tenía diecisiete años, antes de su ingreso a la ENJ.

Las alumnas Lucila Manjarrez y Carmen Rodríguez abandonaron el aula en el primer año de la carrera, no consta en sus expedientes el beneficio de alguna beca. Cabe destacar que ambas también iniciaron los estudios en medicina, sin constancia de conclusión. En el caso de Lucila la documentación indica que obtuvo el título de profesora de educación primaria superior en agosto de 1930. Por otro lado, la información disponible en el expediente de María Guadalupe Rojas señala que al comenzar los estudios en derecho en 1917, laboraba en el juzgado 2º de lo Civil en la Ciudad de México, y que al año siguiente se desempeñaba como escribiente en el juzgado 5º auxiliar del Registro Civil. Cursó hasta el tercer año de la carrera. En 1930 se encontraba inscrita en la Escuela Normal Superior.

La misoginia y los prejuicios orbitaron sin duda en este proceso, los ataques en contra del desempeño de las mujeres en la vida profesional (incluido el foro) advirtió los límites de la tolerancia por la igualdad: «Es un error sostener que los derechos de la mujer son iguales a los del hombre [...] La mujer, creada como compañera del hombre, debe permanecer siempre bajo el dominio del amor y del afecto. ¡Cuán pernicioso es el erróneo feminismo que trata de corregir la obra de Dios! Es como un mecánico que trata de corregir los signos y movimientos del universo».[32]

Esta misma inercia ambivalente y contradictoria continuó en el contexto de los gobiernos emanados de la revolución. Fue en este período en el que ingresaron trece alumnas a las aulas de la ENJ: María Méndez (1918), Aurora Ortiz (1920), María Guadalupe Eguíluz (1921), Simona Tapia (1922), Carmen Jaime (1923), Gloria Mejía (1924), María Luisa Santillán (1925), Ernestina Marín (1925), Dora Martínez (1925), Laura Martínez (1926), Elodia Cruz (1926), Albertina Ezeta (1926) y María Lugarda Ezeta (1926). De este nuevo contingente ocho alumnas obtuvieron el título profesional, de ellas siete percibieron una beca o estímulo económico a lo largo de sus estudios.[33]

El caso de Dora Martínez resulta ilustrativo por varias razones en esta paradoja de la política de tolerancia. Nació en Teziutlán, Puebla, alrededor de 1903. El fallecimiento de su padre en 1921 fue un acontecimiento que determinó para ella y para su familia insólitas precariedades económicas. En el expediente escolar constan las recurrentes solicitudes para que se le eximiera del pago de exámenes e inscripciones. Una carta escrita por su madre y dirigida a la dirección de la ENJ precisó las difíciles condiciones de la familia, por ello solicitó para su hija la exención de pagos, petición que fue aceptada «por notoria pobreza». Incluso Vicente Lombardo Toledano, desde la Confederación Regional Obrera Mexicana (CROM) solicitó al rector de la Universidad su intervención en el asunto. Dora concluyó los estudios en 1929, sin embargo, por care-

32 HNDM, *El Heraldo del Hogar*, México, 15 de junio de 1913, p. 10.

33 La excepción fue Carmen Jaime. Los vacíos de información en su expediente delinean un perfil académico con pocos detalles. No obstante, consta que fue expulsada de la ENJ por «agitadora» en la huelga que derivó en la autonomía universitaria en 1929, sanción que fue revertida. Se tituló en 1937 con la tesis «La injustificación de la subsistencia de la representación nacional en nuestro Derecho». IISUE, AHUNAM, Fondo Universidad, expediente 35935.

cer de los recursos necesarios para presentar el examen profesional (tenía una cuota de cien pesos) y ante la negativa de las autoridades para concederle el trámite sin costo alguno, fue hasta 1934 que se tituló de abogada.[34]

Los expedientes escolares de cuatro alumnas de este segundo grupo que ingresó a jurisprudencia y no concluyó la carrera robustecen la hipótesis de que la falta de recursos económicos y el rechazo de las autoridades para asignarles algún apoyo de esa naturaleza para continuar con sus estudios incidió terminantemente en el abandono del aula.[35] Asimismo, sugiere que los mandatos de género también tuvieron presencia al orientar las aspiraciones profesionales a otros campos con mayor presencia femenina. Fue el caso de María Méndez quien cursó únicamente el primer año en la ENJ y obtuvo el título de médica en 1931.[36] También de Ernestina Marín quien abandonó la carrera durante el segundo año y se tituló después como maestra.

Cada alumna fue única (cuadro 1). La representación que se desprende del conjunto permite observar algunas características compartidas. La edad de ingreso a la ENJ osciló entre los dieciséis y veintitrés años. En todos los casos manifestaron ser solteras y depender económicamente de sus padres o tutores, aun cuando su padre o madre hubiesen fallecido y ellas mismas participaran en el sostenimiento económico de la familia. Asimismo, destacan procesos de desplazamiento o movilidad no solo de manera evidente en quienes provenían de estados del interior de la república, sino también de aquellas asentadas en la Ciudad de México y que año con año en los registros de inscripción escolar señalaron domicilios distintos de residencia, probablemente en la búsqueda de viviendas menos onerosas. En suma, elementos valiosos de análisis para comprender el perfil social y demográfico de las primeras alumnas de jurisprudencia y su incidencia en la propia vida escolar y formativa de la abogacía mexicana.

Cuadro 1. Las primeras alumnas de la Escuela Nacional de Jurisprudencia

N.	Nombre	Lugar de nacimiento	Año de ingreso	Año de titulación	Tesis
1	María Asunción Sandoval Olaez (1872-1943)	Ciudad de México	1892	1898 (junio)	El federalismo y el ejercicio de los derechos civiles en México
2	Josefina Catalán Ayala (1892-1967)	Estado de México	1914		
3	Lucila Manjarrez Arellano (1897-1960)	Guerrero	1914		

34 IISUE, AHUNAM, Fondo Universidad, expediente 43051.
35 Caso distinto fue el de Aurora Ortiz quien falleció el 1 de enero de 1923, estaba por comenzar el tercer año de la carrera.
36 IISUE, AHUNAM, Fondo Universidad, expediente 35462.

N.	Nombre	Lugar de nacimiento	Año de ingreso	Año de titulación	Tesis
4	Clementina Batalla Torres (1894-1987)	Guerrero	1915	1920 (febrero)	El trabajo de la mujer en México
5	Carmen Rodríguez Anaya (1895-1973)	Guanajuato	1915		
6	Raquel Fernández Álvarez (1892-1979)	Ciudad de México	1916	1920 (septiembre)	El mandato y algunas consideraciones acerca de las prohibiciones consignadas en el código civil a la mujer
7	María Guadalupe Rojas Fragoso (1897-2003)	Ciudad de México	1917		
8	María Gil Méndez Céspedes (1899-¿?)	San Luis Potosí	1918		
9	Aurora Ortiz y Díaz de León (1902-1923)	Ciudad de México	1920		
10	María Guadalupe Eguíluz (1905-¿?)	Ciudad de México	1921		
11	Simona Tapia Porras (1895-1991)	Guanajuato	1922		
12	Carmen Jaime Álvarez (1902-¿?)	Ciudad de México	1923	1937	La injustificación de la subsistencia de la representación nacional en nuestro Derecho
13	Gloria Mejía Fentanes (¿1906?-1950)	Veracruz	1924	1929 (agosto)	Derogaciones en los tres poderes. Facultad reglamentaria
14	María Luisa Santillán Ortiz (1903-1986)	Hidalgo	1925	1929 (agosto)	Seguro público sobre indemnización por accidentes de tráfico
15	Ernestina Marín Gutiérrez (¿1902?-1989)	Ciudad de México	1925		
16	Dora Martínez Gayosso (¿1903?-1970)	Puebla	1925	1934 (diciembre)	Breve estudio sobre el contrabando
17	Laura Martínez Chanona (¿1905?-¿?)	Chiapas	1926	1931	Efectos de la jurisprudencia sobre la legislación
18	Elodia Cruz Figueroa (1898-1984)	Chiapas	1926	1931 (junio)	Los derechos políticos y la mujer en México
19	Remedios Albertina Ezeta y Uribe (1905-1992)	Estado de México	1926	1933 (mayo)	El juicio de amparo y el concepto de parte

N.	Nombre	Lugar de nacimiento	Año de ingreso	Año de titulación	Tesis
20	María Lugarda Ezeta y Uribe (1906-1994)	Estado de México	1926	1934 (noviembre)	La representación y el mandato

Fuente: Elaboración propia con documentación de archivo del IISUE, AHUNAM.

4. TESIS PROFESIONALES Y FEMINISMO

La posibilidad de cambiar una historia aún inconclusa en el derecho y los derechos comenzó cuando las mujeres, suprimidas de manera consistente y efectiva a lo largo de imperturbables siglos en el orden global, entablaron una conversación en aquellos territorios hasta entonces inaccesibles. La educación profesional, como ha podido observarse, fue uno de los territorios en el que el desafío al mito liberal de la igualdad trastocó la inercia androcéntrica que le antecedía. El alcance del feminismo, en especial hacia el último tercio del siglo XIX, coincidió e incidió en las aspiraciones intelectuales de mujeres que proyectaron nuevos espacios de desarrollo personal y ocupacionales más allá de los arquetipos aceptados de madre, esposa e hijas.

El feminismo rutilante al momento en que veinte alumnas transitaron por la ENJ tuvo su propia comprensión, incluso derivaciones argumentales y políticas que reaccionaron de manera diferenciada «al dominio masculino plasmado en el sentido común, en los hábitos y en las codificaciones».[37] Para las mujeres mexicanas este contexto amplio nutrió expectativas y reflexiones que las habrían de llevar a lugares antes no transitados por ninguna de ellas. La conquista de las aulas de jurisprudencia y del foro insinúa la trascendencia fundadora que en México tuvieron aquel pensamiento y acciones emprendidas con el fin de «extinguir toda y cualquier tutela masculina subordinante».[38]

Ello, por supuesto, no significó de ninguna manera —y por tal razón debe enfatizarse con la mayor claridad y rigor histórico— que María Asunción Sandoval, Josefina Catalán, Lucila Manjarrez, Clementina Batalla, Carmen Rodríguez, Raquel Fernández, María Guadalupe Rojas, María Méndez, Aurora Ortiz, María Guadalupe Eguíluz, Simona Tapia, Carmen Jaime, Gloria Mejía, María Luisa Santillán, Ernestina Marín, Dora Martínez, Laura Martínez, Elodia Cruz, Albertina Ezeta y María Lugarda Ezeta se adscribieran o asumieran feministas, ni siquiera es posible afirmar que en lo personal cuestionaran mandatos de género profundamente arraigados en la sociedad de su tiempo. Lo que se pretende, en virtud de la documentación disponible, es precisar

37 Barrancos, Dora, *Historia mínima de los feminismos en América Latina*, México, El Colegio de México, 2022, p. 40.

38 *Ídem*, p. 17.

que ellas, en este trayecto formativo, se revelan como referentes y representaciones por primera vez visibilizados.[39]

Esta condición de hacer visible aquello que fue invisibilizado es posible constatarlo desde la perspectiva histórica a través de las palabras, de las palabras escritas, de las palabras pronunciadas y divulgadas cuyo eco es justo reconocer, lo mismo que su impronta. Las once primeras alumnas que concluyeron los estudios de derecho en México y se titularon como abogadas en la ENJ acreditaron el requisito de presentar un examen profesional que implicó la elaboración de una tesis que abordó algún tema de su interés. La formalidad administrativa conservó su esencia a lo largo del período 1892-1926 lo que significó que, para optar por el título, cada estudiante debió aprobar todas las materias del plan de estudios y presentar ante un sínodo (integrado por cinco profesores de la escuela) la resolución de un caso práctico y tesis.

María Asunción Sandoval presentó examen profesional el 9 de julio de 1898 con una tesis que versó sobre el federalismo y el ejercicio de los derechos civiles en México, mismo que aprobó por el voto unánime del jurado presidido por Joaquín Baranda, ministro de justicia federal, e integrado por los profesores José Algara, Eduardo Ruiz, Pedro S. Azcué, Miguel Macedo y Luis G. Labastida. De acuerdo con la crónica de *El Foro*, «casi todos los alumnos comentaban con aclamaciones y aplausos el triunfo que adquiría la estudiosa señorita Sandoval». Asimismo, el editorial advirtió el «sentir de muchos abogados» en relación con el trabajo presentado, calificado por ellos como «una notable pieza jurídica».[40] Desafortunadamente se desconoce el contenido de ese ejercicio intelectual, no obstante, la prensa de la época deja ver que el acto académico fue riguroso y que las preguntas de los examinadores fueron resueltas con puntualidad.

El desarrollo profesional de María Asunción Sandoval coincidió en años siguientes a su titulación con intereses situados en el feminismo. En 1904 participó como responsable y editora propietaria de la revista *La mujer mexicana* («revista mensual científico literaria, consagrada a la evolución, progreso y perfeccionamiento de la mujer mexicana»), mismo año en el que impulsó con la profesora Dolores Correa y la doctora Columba Rivera la fundación de la *Sociedad protectora de la mujer mexicana* que buscó «proteger a la mujer desvalida». A través de ambos proyectos es posible aproximarse al pensamiento feminista de la abogada Sandoval, pero también con sus palabras y reflexión, sin olvidar el momento histórico del que fue parte y cuyos pasos eran los primeros. En una entrevista publicada en 1908 expresó:

---

39 Para profundizar en el análisis de la categoría «conciencia feminista», véase la obra de Lerner, Gerda, *La creación de la conciencia feminista. Desde la edad media hasta 1870*, España, Katakrak, 2019. Asimismo, Amorós, Celia y Ana de Miguel, *Teoría feminista. De la Ilustración al Segundo sexo*, España, Biblioteca Nueva, 2020.

40 HNDM, «Primera abogada mexicana aprobada por unanimidad», *El Foro*, México, 12 de julio de 1898, p. 500.

> No soy feminista arrebatada, ni quiero que la mujer se emancipe hasta el grado de desconocer las obligaciones de su sexo. Primero debe ser mujer y después feminista, y no confundir nunca la libertad de inteligencia y de acción, con el libertinaje. El feminismo es, a mi juicio, el adelanto intelectual de la mujer, adunado con su ternura, moralidad y sujeción a los principios sociales establecidos. En esta forma, acepto condicionadamente al feminismo, y no me canso de predicarlo.[41]

La referencia a que las mujeres no debían eludir «las obligaciones de su sexo» sugiere la transposición de mandatos e ideales simbólicos y materiales en aquel ciclo feminista. Es decir, durante el período finisecular decimonónico y de primeras décadas del siglo XX los movimientos feministas llevaron adelante una agenda pionera que pretendió en esencia «la igualdad jurídica, la equiparación de los derechos políticos, los beneficios de la educación y el reconocimiento de los valores de la maternidad con la debida protección de las madres» e hijos.[42] Por ello, que María Asunción Sandoval afirmara que «la mujer debe pertenecer principalmente al hogar, ya sea esposa, obrera, empleada o profesionista» constriñe a los márgenes históricos de un contexto en el que «matar al ángel del hogar», como escribiría Virginia Woolf en 1931, remitía a obstáculos aun difíciles de definir y desdibujar.[43]

La delimitación de conceptos u orientaciones intelectuales se encontraban en proceso de formación. Cuando el 21 de febrero de 1920 Clementina Batalla presentó en la ENJ la tesis «El trabajo de la mujer en México» fue clara tal circunstancia. Clementina escribió que «el desconocimiento completo de las ideas feministas contemporáneas se revela en el hecho de que en nuestra Universidad, en las bibliotecas de las escuelas profesionales, existen contados ejemplares de libros que se refieran a la mujer [...] y esto es perjudicial dado el número creciente de muchachas que concurren a las bibliotecas».[44] Idea cardinal que le permitió situar su pensamiento en torno a la importancia de la educación femenina con el propósito de favorecer la igualdad y garantía de derechos, entre ellos, los laborales.

En el mismo sentido se ubicó el pensamiento de Raquel Fernández quien presentó examen profesional el 29 de septiembre de 1920 con la tesis «El mandato y algunas consideraciones acerca de las prohibiciones consignadas en el código civil a la mujer». De este ejercicio intelectual destacan las siguientes palabras del preámbulo: «Además, si se tiene en cuenta en mi condición de mujer y la actividad a que me dedicaré, no os extrañará la defensa que hago de mi sexo y mis deseos de que la mujer disfrute de los mismos derechos que el hombre, sin pretender por esto que la igualdad sea perfecta, dada la diferencia natural de una y otro». El texto de Raquel, cuyo énfasis analítico dialogó con la literatura jurídica francesa, contiene esta destacada reflexión:

---

41 HNDM, «Feminismo y hogar», *El Imparcial*, México, 21 de junio de 1908, p. 8.
42 Barrancos, Dora, *op. cit*., p. 43.
43 Woolf, Virginia, *Matar al ángel del hogar*, España, Carpe Noctem, 2021.
44 IISUE, AHUNAM, Fondo Universidad, expediente 3103, f. 29.

> la tendencia de los pueblos modernos es el establecimiento de la igualdad y de la libertad de los hombres y las mujeres sin distinción de sexo, y no es lógico admitir que proporcionándose los medios necesarios para la realización de ese ideal (como son la ilustración y la educación semejante), todavía se encuentren ciertas trabas, basadas única y sencillamente en la tradición [...] Los que no tienen por qué temer a la mujer, deberían educarla, ilustrarla de la misma manera que al hombre; que la justicia sea igual para todos».[45]

El planteamiento de Raquel sugiere, en coincidencia con su colega Clementina, que la educación femenina no era en su contexto una demanda graciosa o una dádiva sino la pauta fundamental para ejercer el derecho y los derechos. En ello profundizó de manera esplendida Elodia Cruz quien defendió su tesis «Los derechos políticos y la mujer en México» en junio de 1931, y donde escribió que había elegido ese tema para «demostrar que a pesar del progreso realizado en nuestra legislación civil proclamando el principio de igualdad entre el hombre y la mujer, implica un retroceso y una injusticia el desconocimiento de los derechos políticos a las mujeres, así como la pretensión de excluir definitivamente su participación en la vida administrativa y política negándole todas las prerrogativas del ciudadano». Argumento que de manera orgánica llevó a la reflexión de la abogada Sandoval[46] y de aquel ciclo feminista al afirmar que:

> Creo firmemente que no hay incompatibilidad entre las funciones que originan la capacidad política y las obligaciones y deberes sagrados del hogar; la mujer no deja de ser femenina por el hecho de entrar al ejercicio de los derechos políticos, como no deja de serlo al ponerse a trabajar para satisfacer sus ingentes necesidades [...] En consecuencia, debe concederse a la mujer el ejercicio de sus derechos políticos, tan amplio, como se ha reconocido a los hombres.[47]

La igualdad jurídica fue el centro gravitacional de reflexión de algunas de las primeras tesis en derecho escritas por mujeres, aun cuando no pareciera el objetivo central. En ese recorrido intelectual es posible situar el trabajo de María Lugarda Ezeta quien sustentó «La representación y el mandato» el 13 de noviembre de 1934. El sínodo, integrado por los profesores Rafael Ortega, Carlos García, Vicente Peniche López, Antonio Martínez Báez y Daniel J. Bello, aprobó su titulación por unanimidad. La disertación, entre otros aspectos, planteó el análisis de los cambios sustantivos introducidos al orden jurídico por el entonces recién promulgado código civil de 1928. En ello se

---

45 IISUE, AHUNAM, Fondo Universidad, expediente 3186, fs. 34-35 y 41.

46 El pensamiento de María Asunción Sandoval tuvo presencia entre sus colegas abogadas. Resalta que Gloria Mejía le dedicara su tesis «Derogaciones en los tres poderes. Facultad reglamentaria» (presentada el 16 de agosto de 1929), como «tributo y muestra de admiración a la primera abogada mexicana». IISUE, AHUNAM, Fondo Universidad, expediente 43386.

47 Cruz Figueroa, Elodia, «Los derechos políticos y la mujer en México», tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, UNAM, 1931, pp. 5, 37-38. Disponible en TESIUNAM: https://tesiunam.dgb.unam.mx/F/JUALENRRRQDJ131Y25UPA3YQ7YU7R9BRR6S3PG24KNIJBGH12R-08560?func=full-set-set&set_number=633217&set_entry=000021&format=999

constata el pensamiento de María Lugarda en relación con su condición de mujer y de abogada:

> Estudiando las modificaciones que sufrió el nuevo Código con relación al de 84 podemos decir lo siguiente: el artículo 2585 decía «No pueden ser procuradores en juicio: I. Los menores. II. Las mujeres, a no ser por sus maridos, ascendientes o descendientes», fracciones suprimidas [...] es de extrañar que en el Distrito Federal haya sido necesario la expedición de un nuevo Código Civil que viniera a variar los principios básicos de la legislación para que se suprimiera la fracción que vedaba a la mujer el derecho de ser procurador en juicio, y es de extrañar porque en esta entidad se encuentra el centro de la intelectualidad; hay muchas mujeres mejor preparadas para desempeñar una función social que muchos hombres poco preparados por falta de facultades o instrucción, y más todavía, el foro de la capital de la república cuenta desde hace muchos años con abogadas que al igual que los abogados dedican su vida al estudio del derecho.[48]

El género atraviesa y ha atravesado las intenciones jurídicas. Conocer esta perspectiva a través de la voz de las primeras abogadas en México orienta aquellas representaciones y esfuerzos que con dificultades, retrocesos y pausas han pretendido cambiar nociones socioculturales de muy larga duración y extensión. Trayectoria aun inconclusa, sin duda. No obstante, detenerse en esta historia del derecho y de la abogacía, tal como ha señalado Susan Faludi en *Reacción. La guerra no declarada contra la mujer moderna* es constatar que «pese a todas las fuerzas que la reacción reunió [...] las mujeres nunca se rindieron».[49]

5. REFLEXIONES FINALES

La historia de las mujeres, y las mujeres en la historia, problematizan formas de comprensión y análisis de fenómenos amplios que, desde mi perspectiva, son indisociables. A través de esta investigación que particulariza en las trayectorias académicas de las primeras alumnas y abogadas en México es posible confirmar la premisa. La construcción dogmática y pragmática del derecho y de los derechos, en especial cuando se observa desde la perspectiva histórica, permite constatar cómo en el ámbito jurídico han operado formas de legitimidad y tolerancia (de muy larga data) que han derivado en el arraigo o «tradición» de prácticas segregadoras, discriminatorias y violentas contra poblaciones históricamente excluidas.

La revisión al mandato medieval que prohibió a las mujeres el ejercicio de la abogacía fue el punto de partida de este trabajo con el propósito de visibilizar e incorporar en los

48 Ezeta y Uribe, María Lugarda, «La representación y el mandato», tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, UNAM, 1934, pp. 36-37. Disponible en TESIUNAM: https://tesiunam.dgb.unam.mx/F/G2SBD78SJKF8V9KXF8YJ1XM32E9IY47795DEXDPMA2DSCKDVEM-05959?func=full-set-set&set_number=645870&set_entry=000059&format=999

49 Cita en Solnit, Rebecca, *Los hombres que me explican cosas*, España, Capitán Swing, 2016.

estudios históricos del derecho y de la abogacía la problematización de una trayectoria que, si bien tuvo un referente normativo en *Las Siete Partidas*, aún desconoce en el caso mexicano los alcances —más o menos sutiles, más o menos evidentes— que en la realidad de las relaciones sociales e institucionales obstaculizaron y han obstaculizado ámbitos de desarrollo para las mujeres. Una trayectoria que, es importante enfatizar, incluso en el presente continúa desacreditando desde la misoginia la incorporación de abogadas en espacios profesionales diversos. Por ello, hay que destacar que la germinal participación de alumnas en las aulas de jurisprudencia sugiere una posibilidad de reconocimiento y dignificación desde donde abrevar para continuar un camino sinuoso e inconcluso.

El abordaje crítico de este fenómeno en relación con la representación de las primeras abogadas en México es un aporte que entraña elementos sustantivos de una realidad que nos envuelve hasta nuestros días: «...ya de las teorías se va pasando a los hechos. No hay remedio, la mujer llevada por el torrente de la civilización, será médica y abogada, y quién sabe cuántas cosas más».[50] Quede este trabajo como una invitación para quienes desde distintos espacios de actuación y pensamiento confiamos en que también a través del derecho es posible enmendar el trayecto.

6. REFERENCIAS

Archivo y hemerografía

IISUE, AHUNAM

Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación, Archivo Histórico de la Universidad Nacional Autónoma de México

Fondo Escuela Nacional de Jurisprudencia

Fondo Universidad

HNDM

Hemeroteca Nacional Digital de México

El Centinela, 1908

El Chisme, 1899

El Diario del Hogar, 1887

El Foro, 1898

El Heraldo del Hogar, 1913

El Imparcial, 1908

50 *El Monitor Republicano*, 25 de julio de 1873, p. 1.

El Monitor Republicano, 1873, 1881

El Noticioso, 1894

La Patria, 1880

El Siglo Diez y Nueve, 1870

La Voz de México, 1896

Bibliografía

Alzate Montoya, Rubelia, «Positivismo y dominación», en: *Veredas. Revista del pensamiento sociológico*, número especial, México, 2013, pp. 299-342.

Barrancos, Dora, *Historia mínima de los feminismos en América Latina*, México, El Colegio de México, 2022, 274 pp.

Bazant, Mílada, «La república restaurada y el porfiriato», en: Arce Gurza, F., *Historia de las profesiones en México*, México, El Colegio de México, 1982, pp. 129-222.

Caballé, Anna, *Breve historia de la misoginia. Antología y crítica*, España, Ariel, 2019, 411 pp.

Cano, Gabriela, «Género y construcción cultural de las profesiones en el porfiriato: Magisterio, medicina, jurisprudencia y odontología», en: *Revista Historia y Grafía*, n. 14, México, 2000, pp. 207-243.

Castañeda López, Gabriela y Ana Cecilia Rodríguez de Romo, *Pioneras de la medicina mexicana en la UNAM: del porfiriato al nuevo régimen, 1887-1936*, México, UNAM, 2010, 272 pp.

Colín Martínez, Jessica, «La educación jurídica en México. Prácticas y saberes desde la Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1867-1897», en: *Revista de la Facultad de Derecho de México*, n. 284, México, 2022, pp. 419-451.

Costa, Malena, *Feminismos jurídicos*, Buenos Aires, Didot, 2016, 290 pp.

Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho en México*, México, Tirant lo Blanch, 2021, 1563 pp.

Cruz Figueroa, Elodia, «Los derechos políticos y la mujer en México», tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, UNAM, 1931, 30 pp.

Ezeta y Uribe, María Lugarda, «La representación y el mandato», tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, UNAM, 1934, 58 pp.

García, Genaro, *Apuntes sobre la condición de la mujer*, México, Compañía Limit. de Tipógrafos, 1891, 160 pp.

Gianformaggio, Letizia, «El mal a tolerar, el bien de tolerar, lo intolerable», en: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 11, España, 1992, pp. 43-70.

Jacinto, Lizette y Eugenia Scarzanella (editoras), *Género y ciencia en América Latina: mujeres en la academia y en la clínica (siglos XIX-XXI)*, España, AHILA, 2011, 260 pp.

Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, cotejadas con varios códices antiguos por la Real Academia de la Historia, Madrid, Imprenta Real, 1807.

Lira Alonso, María Patricia, «La primera abogada mexicana», en: *El mundo del abogado*, n. 109 (año 10), México, pp. 40-43.

MacKinnon, Catherine, *Feminismo inmodificado*, Argentina, Siglo Veintiuno Editores, 2014, 367 pp.

Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*. Trad. Eduardo L. Suárez, México, FCE, 2014, 285 pp.

Segato, Rita Laura, *La guerra contra las mujeres*, Argentina, Prometeo, 2018, 188 pp.

Segato, Rita Laura, *Las estructuras elementales de la violencia. Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Argentina, Universidad Nacional de Quilmes, 2003, 261 pp.

Solnit, Rebecca, *Los hombres que me explican cosas*, España, Capitán Swing, 2016, 143 pp.

Vigil, José María, *La mujer mexicana. Estudio escrito y dedicado a la distinguidísima señora doña Carmen Romero Rubio de Díaz*, México, Oficina Tip. de la Secretaría de Fomento, 1893, 31 pp.

Recursos electrónicos

TESINUNAM

Cruz Figueroa, Elodia, «Los derechos políticos y la mujer en México», tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, UNAM, 1931. Disponible en: https://tesiunam.dgb.unam.mx/F/JUALENRRRQDJ131Y25UPA3YQ7YU7R9BRR6S3PG24KNIJBGH12R-08560?func=full-set-set&set_number=633217&set_entry=000021&format=999

Ezeta y Uribe, María Lugarda, «La representación y el mandato», tesis para obtener el título de licenciada en derecho, México, UNAM, 1934. Disponible en: https://tesiunam.dgb.unam.mx/F/G2SBD78SJKF8V9KXF8YJ1XM32E9IY47795DEXDPMA2DSCKDVEM-05959?func=full-set-set&set_number=645870&set_entry=000059&format=999

JUZGADO INDÍGENA DE HUEHUETLA. EL SENTIDO PROFUNDO DEL DERECHO, COMO PRUDENCIA Y EQUIDAD

Jesús Antonio de la Torre Rangel*

RESUMEN: Como fruto de las luchas indígenas de los últimos años en la Sierra Norte de Puebla, se establece, por acuerdo de asamblea del pueblo totonaca, en Huehuetla, un Juzgado Indígena, que administra justicia de acuerdo a las tradiciones indígenas (usos y costumbres), y que tanto su actuar como sus resoluciones son expresión de prudencia y equidad. Se encuentra reconocido por la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Puebla.

PALABRAS CLAVE: Huehuetla, Juzgado Indígena, Totonaca, equidad, prudencia.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. ANTECEDENTES. 1.1. Tierra y territorio en la Sierra Norte de Puebla. 1.2. Teología India en el trasfondo de la conciencia crítica. 1.3. La Organización Independiente Totonaca. 1.4. Unidad Indígena Totonaca Náhuatl (UNITONA). 2. JUZGADO INDÍGENA. 2.1. Algunos presupuestos teóricos, para mejor entender el funcionamiento del Juzgado Indígena. 2.1.1. Pluralismo Jurídico. 2.1.2 Grossi: la crítica al mito del derecho moderno y la producción comunitaria del derecho como realidad. 2.1.3. El derecho de pueblos y comunidades en el pluralismo jurídico novohispano. 2.2. El funcionamiento del Juzgado. 2.2.1. Integrantes del Juzgado. 2.2.2. Asuntos y causas que conoce el Juzgado. 2.2.3. Jurisdicción: territorial y personal. 2.2.4. Normas y criterios para juzgar. 3. PROPORCIONALIDAD Y DERECHO: PRUDENCIA Y EQUIDAD. FUENTES DE CONSULTA.

INTRODUCCIÓN

El Juzgado Indígena de Huehuetla, es fruto de luchas recientes. Gabriel Hernández, al referirse al movimiento indígena en los últimos años en la Sierra Norte de Puebla, dice que se trata de un proceso de *toma de conciencia crítica*, "que deviene acción colectiva, articulada con una identidad específica, la identidad étnica, que a su vez, por los factores estructurales de dominación... se ha configurado en una etnicidad. Ésta última se transforma paulatinamente en una columna vertebral que orienta la *praxis* política".[1] Precisamente por esa *conciencia crítica* de las causas que lo niegan, el movimiento indígena tiene una subjetividad liberadora y lleva a cabo políticas en ese sentido.

Hernández nos narra procesos sociales contrahegemónicos de nuevos actores que producen un movimiento indígena de totonacas y nahuas en la Sierra Norte de Puebla;

---

* Profesor-investigador de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

1 Hernández García, Milton Gabriel, *Historia contemporánea del movimiento indígena en la Sierra Norte de Puebla*, México, Ediciones Navarra y Centro de Investigaciones y Capacitación Rural, A.C. (CEDICAR), 2012, pp. 248-249.

precisamente en *Totonacam,* que es el nombre con el que se conoce el territorio habitado históricamente por el pueblo totonaca, que sufrió penetraciones mexicas (cultura nahua) en determinadas porciones, como en Cuetzalan y Yehualichan, precisamente en la Sierra Norte de Puebla, a la orilla de ese histórico territorio, en un macizo montañoso.

En este territorio se están dando procesos de lucha muy importantes contra megaproyectos hidroeléctricos y mineros de diverso tipo, por indígenas totonacas y nahuas asociados con mestizos, que combinan diversas estrategias político-jurídicas. En esos procesos de lucha, el derecho juega un papel muy importante. Podemos decir que es *derecho que nace del pueblo* o *derecho insurgente*, en dos sentidos: uno, como normatividad autónoma, producida por las decisiones de las asambleas y por sus prácticas comunitarias; y dos, como la apropiación que hacen de las normas producidas por el Estado que les reconocen derechos y las utilizan en su beneficio, legitimando sus luchas. El Juzgado Indígena se ubica en este proceso de uso del Derecho.

1. ANTECEDENTES

1.1. Tierra y territorio en la Sierra Norte de Puebla

La cultura totonaca tiene una cosmovisión de la tierra que la considera como una divinidad dual, como Madre y Padre, "desempeñando un papel determinante en la vida de este pueblo, ya que les recuerda su doble origen: como seres humanos y como pueblo".[2]

El territorio implica a la tierra, al agua, a la vida misma, por eso se hace necesario defenderlo. Dice Natalia Rodríguez que el territorio aparece en el pensamiento del pueblo totonaco, según expresa Marisol de la Cadena, como "un complejo que tiene lugar relacionalmente", "ocurre en el tiempo y en el espacio, relacional y simultáneamente, lo cual impide la separación de gente y territorio, porque los dos son al mismo tiempo, y son los dos juntos".[3]

A pesar de tratarse de territorio indígena, una gran cantidad de tierra está privatizada y es escasa: "no existe, en la mayor parte de la sierra, un régimen de propiedad colectiva de la tierra, por lo que los pequeños propietarios constituyen a la mayoría de los campesinos".[4] El crecimiento demográfico reduce el tamaño de las parcelas, pues se dividen entre cada vez más y, por lo mismo, más pequeños propietarios.

El hecho de que, siendo territorio indígena, prevalezca en la Sierra Norte de Puebla la tenencia de la tierra como propiedad privada es un hecho extraño en México. La

2 Rodriguez, Natalia Micaela, "La experiencia de defensa del territorio del pueblo totonaco de la Sierra Norte de Puebla frente al proyecto hidroeléctrico Puebla 1", tesis para obtener el grado de maestra en Derechos Humanos, presentada en la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 26 de agosto de 2020, p. 32.

3 *Ibidem*, p. 35.

4 Hernández García, O*p. cit.* p. 40.

inmensa mayoría de los pueblos indígenas a lo largo y ancho del país conserva la tenencia de la tierra como "comunidad indígena" o como "ejidos", en ambos supuestos de manera comunitaria. La explicación de este hecho insólito, la encontramos en que los pueblos indígenas de la Sierra Norte de Puebla aceptan la privatización de la tierra como *estrategia de defensa de su territorio*. En el siglo XIX, en que los gobiernos liberales promovieron las leyes de desamortización de la tierra, que implicaba el despojo de los pueblos y comunidades indígenas, los totonacas y nahuas de la Sierra Norte de Puebla deciden luchar al lado de los liberales en la guerra contra los conservadores, aceptando la privatización de la tierra, pero conservándola y conservando también el territorio.

En los años ochenta del siglo pasado, surgen y se consolidan varias organizaciones indígenas en la región.

1.2. Teología India en el trasfondo de la conciencia crítica

La Arquidiócesis de Puebla, por la acción de varios agentes en la Sierra Norte del estado, impulsó el movimiento por el reconocimiento y la defensa de los derechos indígenas. Inspirados, en principio, en la Teología de la Liberación, teniendo al *pobre* como sujeto de la historia, se impulsan las Comunidades Eclesiales de Base (CEB). Sin embargo, se da una transición de la Teología de la Liberación a la Teología India, así cambia el sujeto político: la segunda tomó para si los principios político-críticos de la primera, "pero trató de ir más allá, tratando de hacer emerger la visión que sobre la liberación tienen los pueblos nahuas y totonacas de la sierra".[5]

Sacerdotes y religiosas de la región llevaron a cabo un proceso de formación de cuadros, conocidos como *catequistas* para potenciar las comunidades de base. Leían la Biblia, pero también instrumentos jurídicos referentes a los derechos de los pueblos indígenas, como la propia Constitución y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Destaca la labor de sacerdotes como los padres Mario Pérez, Juan Ramírez y Salvador Sotero; y de religiosas como las Misioneras Carmelitas de Santa Teresita del Niño Jesús y las Misioneras Guadalupanas del Espíritu Santo.

El Juzgado Indígena de Huehuetla, está presidido por una imagen de la "Virgen del Maíz", colocada en el lugar más visible.

1.3. La Organización Independiente Totonaca

En los años 80, en Huehuetla se va a iniciar un movimiento de liberación indígena con la Organización Independiente Totonaca (OIT), que tiene como antecedente directo a las Comunidades Eclesiales de Base. Gabriel Hernández expresa: "En los orígenes

5 *Ibidem*, p. 83.

de esta organización jugó un papel importante la vinculación ritual con la tierra que existe en los pueblos, expresada en lo que ellos mismos llaman la espiritualidad de la tierra. La promoción de la Teología Indígena contribuyó también a fortalecer el proceso organizativo".[6]

En 1992 se definen los "principios rectores" de la OIT, que son los siguientes:

1. Se reconoce al pueblo de Huehuetla como pueblo totonaco y por ende se reconoce su derecho a la libre autodeterminación.
2. En el centro de la organización se encuentra Dios Padre.
3. La organización dará prioridad antes que nada a todo lo totonaco.
4. Se plantea la organización como defensa y proyecto de liberación.
5. La organización se proclama por los movimientos sociales que estén a favor de un proyecto de liberación.
6. La organización se proclama por el derecho de la mujer totonaca a participar con equidad.
7. La OIT es una organización popular y a ella podrán pertenecer todos los que luchen contra la opresión y por los derechos humanos.[7]

La OIT expone sus insurgencias jurídicas, esto es, sus normas comunitarias con prácticas como la "mano vuelta", y el ejercicio de los cargos de gobierno como servicio, su modo de entender el "mandar obedeciendo":

> Nuestro modo de vida sigue siendo comunitario, muy a pesar de que ha penetrado por todos los medios a su alcance el mundo de lo individual, de la mezquindad y de la religión del dinero, donde se tiene por dios al dinero. Nuestro modo de vida sigue siendo comunitario porque seguimos conservando las costumbres de nuestros abuelos y padres primeros, bajo la base del trabajo por servicio para obras de comunidad. Seguimos siendo comunidad y con ello totonacos porque aún conservamos el trabajo de "mano vuelta", que permite realizar los trabajos de la producción mediante la ayuda mutua, cuando hay necesidad, trabajamos en el rancho de un hermano porque él también nos apoyará cuando lo necesitemos. Nuestro modo sigue siendo comunitario porque en las fiestas, reuniones, costumbres y tradiciones compartimos lo que tenemos, lo que pensamos, los cargos y representación de gobierno comunitario son en función de todo ello. Seguimos siendo comunidad porque hacemos elecciones en comunidad y no a las escondidas o en secreto. La comunidad todo lo vigila, todo lo fiscaliza, lo califica y todo lo mide en función del trabajo de comunidad, a tal grado que los cargos en el gobierno comunitario están

6 *Ibidem*, p. 90.
7 Citados por Hernández García, op. cit., p. 92.

> en función de la demostración de una conducción apegada a las normas éticas de la comunidad. De tal suerte que nuestra propuesta es también una propuesta ética. La comunidad es una propuesta ética porque se vigila el deber ser, según las normas de la comunidad, la conducción de los totonacos y totonacas en la comunidad tiene gran apego a principios, la mayoría de ellos no escritos, pero vigilados celosamente a tal grado que los hombres y mujeres se deben cuidar de no violarlos.[8]

El gobierno totonaco fue una realidad en el municipio de Huehuetla. La Organización Independiente Totonaca se alió políticamente al Partido de la Revolución Democrática (PRD) y ejerció el poder en tres trienios: 1990-1993, 1993-1996 y 1996-1999. A este período de nueve años se le conoce como "gobierno indígena" o "gobierno totonaco". Esta administración del ayuntamiento de Huehuetla, enfrentó condiciones difíciles: entre otras, carecían de experiencia en la administración pública, pues los indígenas gobernaban por primera vez el municipio de Huehuetla; además, les habían dejado la presidencia municipal desmantelada, sin recursos. Sin embargo, a pesar de las dificultades en esos años de gobierno, la experiencia fue buena porque permitió a las comunidades indígenas avanzar en organización y conciencia sobre sus derechos políticos, sociales y culturales.[9]

Este gobierno totonaco produjo derecho propio innovador, derecho insurgente, ya que elaboró un "Bando de Policía y Buen Gobierno".

Es importante decir, también, que la organización social tradicional totonaca, esto es, los servicios comunitarios que forman parte del sistema de cargos cívico-religiosos, se trasladó a la estructura del gobierno municipal, como *topiles*, *fiscales*, *semaneros* y *mayordomos*.[10]

La máxima "autoridad social es el Concejo de Ancianos y el presidente municipal debe rendir cuenta a la asamblea de la comunidad".[11]

Pedro García, el presidente municipal, en el noveno aniversario del gobierno indígena, declaró que: "aquí hay un gobierno de organización indígena, que poco a poco ha ido reconociendo su derecho y exigiéndolo. Le estorbamos al gobierno del estado porque ya sabemos defendernos."[12] Y, ante más de mil quinientos delegados que asisten a la asamblea plenaria, en ese festejo de la OIT, dijo: "Somos una organización que tiene vida y tiene fuerza para defender a los totonacas, es como un cedro con ramas, hojas y flor. Su producción son las obras."[13]

Al terminar los periodos de gobierno indígena, los mestizos regresaron al poder municipal y trataron de ir en contra del proyecto indígena. No obstante tantas dificultades,

---

8 *Ibidem*, p. 95.
9 Hernández García, *op. cit.*, pp. 97-107.
10 Hernández García, *op. cit.*, p. 118.
11 "Festejaron los indígenas el noveno aniversario de su llegada al poder. El Ejército desarmó a la policía totonaca de Huehuetla, Puebla", nota de Blanche Petrich, *La Jornada*, México, 17 de agosto de 1998.
12 *Idem*
13 *Idem*

como amenazas, represión, difamaciones y hostigamiento sistemático, la Organización Independiente Totonaca "se ha mantenido con relativa vitalidad".[14]

1.4. Unidad Indígena Totonaca Náhuatl (UNITONA)

En el año 2000, después de una reflexión integral sobre la situación regional, incluidos los derechos indígenas, la Organización Independiente Totonaca, la Organización Indígena Independiente Ahuacatleca y la Esperanza de los Pobres decidieron formar, para trabajar unidas, la Unidad Indígena Totonaca Náhuatl (UNITONA). Empezaron con un trabajo organizativo "más productivista que de acción política"[15]; pero para junio de 2001, en un acto público en Cuetzalan, "se planteaba recorrer el camino de la autodeterminación de los pueblos en la autonomía colectiva"[16]; lo cual implica la recuperación de la cultura, la justicia y el respeto para los pueblos indios.

La UNITONA avanzó en sus objetivos, consolidándose la organización. Su lucha fue cada vez más importante en lo que se refiere a los derechos de los pueblos indígenas. Su capacidad de convocatoria creció, hasta lograr el Encuentro de Naciones Indígenas de México, celebrado en Huehuetla del 10 al 12 de octubre de 2003, en el que participaron representantes de varios pueblos, de muchas comunidades y buen número de organizaciones indígenas. La "Declaratoria" del encuentro es un documento que expresa la conciencia de los indígenas en cuanto a sus derechos de autonomía.

En 2005 la UNITONA publicó una especie de manual para difundir los "derechos indígenas" e instruir sobre los mismos. Se trata de un precioso material, que sirve como herramienta para consolidar la conciencia crítica de los indígenas.[17] Este trabajo culminó en el año 2002.

En este texto se recogen diversos aportes de los laicos de la Sierra Norte de Puebla, trabajados intensamente por varias comunidades. Ese librito incluye la Palabra de los pueblos, en relación a un Anteproyecto de Iniciativa de Reforma a la Constitución de Puebla en materia de "derechos indígenas". En relación a la impartición de justicia, la "Asamblea Pueblo Náhuatl", propone: "Que el gobierno haga tribunales de Justicia Indígenas para que se respeten y se hagan validar nuestros derechos."[18]

2. JUZGADO INDÍGENA

Fruto de la lucha indígena, resultado de la cuarta línea de acción de la UNITONA, en el año 2003, fue creado el Juzgado Indígena de Huehuetla, que tiene como misión "im-

14 Hernández García,*op.cit*. p. 114.
15 *Ibidem*, p. 143.
16 *Ibidem*, p. 147.
17 "Derechos Indígenas", Unidad Indígena Totonaca Náhuatl. Auspiciado por Zona Pastoral Norte, Arquidiócesis de Puebla, lo presenta el vicario episcopal, el padre Mario Pérez Pérez.
18 *Ibidem*, p. 127.

partir justicia a la manera tradicional, mediante usos y costumbres". Este juzgado fue reconocido por el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla y a su juez don Manuel Aquino.[19] El juzgado funciona con dos principios primordiales: la reparación del daño y la conciliación. También el juez indígena actúa como defensor del pueblo, basándose en una interpretación del Convenio 169 de Organización Internacional del Trabajo[20] y los propios Acuerdos de San Andrés[21].

El juzgado fue inaugurado el 6 de febrero de 2004, por el magistrado presidente del Supremo Tribunal de Justicia de Puebla, Guillermo Pacheco Pulido. [22] Está reconocido en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Puebla. Desde hace aproximadamente cuatro años cuenta con edificio propio: amplio, cómodo, bonito; digno de las funciones que alberga.

El Plan Parroquial de Huehuetla, por medio de la Comisión de Pastoral Social, tiene como una de sus prioridades, a partir de 2022, el fortalecimiento del Juzgado, dándole seguimiento al sistema normativo indígena que aplica, consistente en los usos y costumbres, pero también en las leyes positivas que favorecen a la causa indígena; promover la capacitación de sus integrantes; aumentar el personal del mismo; y buscar recursos económicos para su sostenimiento adecuado. Esto que han llamado "nueva etapa del Juzgado Indígena", se impulsa desde la Parroquia de "El Divino Salvador", por el P. Francisco Gabriel Juárez Diego y su equipo pastoral, en especial la hermana carmelita Magdalena García Espinoza.

2.1. Algunos presupuestos teóricos, para mejor entender el funcionamiento del Juzgado Indígena

2.1.1. Pluralismo Jurídico

Sostener el pluralismo jurídico y, además, entenderlo como derecho insurgente, requiere de un fuerte soporte teórico. El derecho y el Estado, en la modernidad, se entienden de modo unívoco, y el primero como producto exclusivo del segundo. Éste ha

19 Cfr. Hernández García, O*p. cit.*, p. 195.

20 Se trata del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de junio de 1989, ratificado por México en septiembre de 1990 y, por tanto, con vigencia en nuestro País desde entonces. Contiene importante reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. Su vigencia data de antes de cualquier otro reconocimiento del derecho interno mexicano en esa materia. Por esa razón las comunidades indígenas mexicanas consideran que apoya sus derechos.

21 Los *Acuerdos de San Andrés* fueron suscritos por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) y el Gobierno Federal (Poder Ejecutivo avalado por una Comisión de miembros del Congreso de la Unión), el 16 de febrero de 1996 en San Andrés Larráinzar, Chiapas. A pesar de su incumplimiento por el gobierno, los Pueblos Indígenas mexicanos lo adoptaron como parte de su Derecho. Cfr. De la Torre Rangel, Jesús Antonio, "Los *Acuerdos de San Andrés*, veinte años después: derecho insurgente", en *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho No. 40, México, 2016, págs. 169-207.

22 *El Observador Judicial del Estado de Puebla* junio-julio, 2004, p. 16.

sido el modo hegemónico de mirar al derecho y al Estado, al Estado y al derecho, hace cuando menos dos siglos.

De tal modo que proponer una visión distinta con relación al derecho y al Estado, requiere de ir a contracorriente, y si es así, por lo tanto, es menester contar con argumentos fuertes para salir bien librados.

A la organización política propia de la modernidad, se le llama Estado. Se caracteriza por la centralización del ejercicio del poder; y forma parte de este poder concentrado, centralizado, la potestad de producir las leyes y aplicarlas con medidas administrativas y con la procuración de justicia.

Pierre Bourdieu, al abordar el tema del Estado, propone una definición provisional del mismo y dice que es el sector del "campo del poder", que llama "campo administrativo" o "campo de la función pública", precisamente "el sector en el que se piensa sobre todo cuando se habla del Estado sin más precisiones", y que "se define por la posesión del monopolio de la violencia física y simbólica legítima."[23] Precisamente, la potestad y función de la procuración de justicia expresan ese monopolio de violencia física y simbólica legítima, de la que habla el sociólogo francés.

El Estado, como organización política moderna, tuvo un largo proceso de formación entre la segunda mitad del siglo XII y principios del siglo XVI en Europa.

Entre los caracteres de este proceso de formación están: 1) *la unificación y centralización del poder*, poder independiente en el exterior y el más alto en el interior[24]; 2) la *secularización del poder*, por medio de la cual se establece una neta distinción entre los fines temporales y religiosos, producto de las ideas del Renacimiento y de la Reforma religiosa[25]; 3) la *determinación territorial del poder*, que se ejerce sobre aquellos seres humanos que están, permanentemente u ocasionalmente, en un territorio determinado, fijados sus límites por fronteras[26]; 4) el poder se objetiviza en la producción y aplicación coactiva de la ley, en la burocracia —"campo de la administración pública"[27] — y en la vida económica, expresado en "el poder de acuñar moneda" y de imponer tributos[28].

El Estado implica, entonces, una unidad que se logra "mediante un *poder jurídico, autónomo, centralizado y territorialmente determinado*."[29]

---

23 Cfr. Bourdieu, Pierre, *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992)*, Barcelona, Anagrama, 2014, p. 14.
24 Cfr. Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, Madrid, Editora Nacional, 1966, p. 71.
25 *Idem.*
26 *Ibidem*, p. 72.
27 Bourdieu, O*p. cit.*, p. 14.
28 Sánchez Agesta, *op. cit.*, p. 72.
29 *Ibidem*, p. 81.

La concepción del derecho en la modernidad es unívoca. El derecho tiene un sólo sentido, responde a una única realidad: el derecho es la Ley. Así Ley es igual a derecho; y derecho es igual a Ley. Y la ley tiene como fuente exclusiva de origen al Estado. Así que el derecho está constituido por un conjunto de normas establecidas por el Estado para que rijan la sociedad, y se le llama Ley.

Dice Paolo Grossi que, con el advenimiento de la concepción moderna del derecho, el viejo pluralismo es sustituido por un rígido monismo, de tal modo que el "drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley".[30]

Reconocemos que el derecho es Ley, conjunto de normas, pero no sólo es eso, constituye también derechos subjetivos, facultades de las personas y los grupos sociales sobre lo suyo, y además, derecho es las cosas y/o conductas debidas a los otros, esto es lo justo objetivo, como concretización de la justicia. Por otro lado, el Estado no es la única fuente de producción de lo jurídico. Los usos y costumbres, los principios generales del derecho, la realidad misma, naturaleza e historia, del ser humano y de las cosas, produce juridicidad. El derecho también nace del pueblo; de las relaciones interhumanas, de las luchas y reivindicaciones de diversos colectivos.

Se da, pues, en la realidad, un pluralismo jurídico.

2.1.2 Grossi: la crítica al mito del derecho moderno y la producción comunitaria del derecho como realidad

Siguiendo a Grossi, hemos afirmado que en la concepción moderna del derecho, el pluralismo jurídico es desplazado por un rígido monismo jurídico, ya que el derecho es absorbido totalmente por la ley, como producción jurídica del Estado.

Esto, a final de cuentas, viene a constituir un mito, construido mientras se ignora la realidad histórica: el "estatalismo jurídico". A pesar de haber sido superado teóricamente, como acierta a decir Grossi, "continúa circulando en la sociedad en general, e incluso entre los operarios del derecho, una conciencia ramplona que reduce el derecho a un conjunto de preceptos y al productor del derecho a, sobre todo, la autoridad provista de eficaces poderes de coacción."[31] Lo grave de esto lo expresa el propio profesor de la Universidad de Florencia, al decir:

> Consciencia apocada del fenómeno jurídico, que se arriesga a sufrir de tal manera una odiosa y antinatural separación de la complejidad de la realidad social de la cual, sin embargo, nace y en la cual, sin embargo, vive. El riesgo enorme que se corre con una tal identificación es, ante todo, el de no percibir suficientemente

30 Grossi Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 36.
31 Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 40-41.

> que es su historicidad la esencia del derecho, o sea, su constituir en una dimensión misma del vivir asociadamente, expresión natural e inseparable de la comunidad que produciendo derecho vive su historia en toda su amplitud.[32]

Para Grossi, el derecho no es sólo el producto del Estado, "sino ante todo de un haz ilimitado e ilimitable de estructuras sociales".[33]

> Recuperar la visión del derecho como ordenamiento de las agregaciones sociales, afirmar que cada una de éstas puede ser —y lo es en realidad— un ordenamiento jurídico primario, tiene, por tanto, un doble significado: recuperar el derecho para la naturaleza misma del cuerpo social e identificar el derecho como forma vital de aquel cuerpo en la historia.[34]

Grossi contrasta la visión moderna del derecho con la experiencia jurídica medieval. Muestra cómo en el medievo, el derecho estaba desvinculado del poder político y del Estado. Se trata de un derecho sin Estado. "Indudablemente, el derecho estaba vinculado a la sociedad, de lo cual no se desprendían apremios, sino dimensión vital; recuperado por completo de lo social, el mismo derecho recuperaba un carácter óntico más profundo, se adhería a los fundamentos más ocultos de lo social e inevitablemente conquistaba allí una primacía indudable; por esto era, de hecho, la garantía fundamental de cohesión y de unidad."[35]

La sociedad medieval es una sociedad sin Estado. El derecho es producto social, y juega un papel social. El derecho en la Edad Media es plural; la experiencia jurídica del medievo produce pluralismo jurídico.

> He aquí cómo debemos aproximarnos al derecho medieval como una gran experiencia jurídica que alimenta en su seno una identidad de ordenamientos, donde el derecho —antes de ser norma y mandato— es orden, orden de lo social, motor espontáneo, lo que nace de abajo, de una sociedad que se autotutela ante la litigiosidad de la incandescencia cotidiana contrayéndose esta autonomía, hornacina propia y auténtica protectora del individuo y de los grupos. La sociedad se impregna de derecho y sobrevive porque ella misma es, antes que nada, derecho, debido a su articulación en ordenamientos jurídicos.[36]

Grossi, siguiendo a Santi Romano, ve en esta experiencia histórica que "el derecho, ya no monopolio del poder, es la voz de la sociedad, voz de innumerables grupos sociales cada uno de los cuales encarna un ordenamiento jurídico. Un mundo de ordenamientos jurídicos y, por ello, de realidades «autónomas», de realidades —es el mismo Romano quien lo subraya reiteradamente— contrastadas por la «autonomía»."[37]

---

32 *Ibidem*, p. 41.
33 *Idem.*
34 *Ibidem*, pp. 41-42.
35 *Ibidem*, p. 51.
36 *Ibidem*, p. 52.
37 *Ibidem*, p. 67.

Esta descripción del pluralismo jurídico que proporciona Grossi, al estudiar la experiencia del derecho en la Edad Media, no lo hace como mera curiosidad histórica, sino penetrando en las entrañas del fenómeno jurídico para permitirse hacer una certera crítica del derecho en la modernidad y establecer que, se guste o no, se quiera o no, el pluralismo jurídico está presente en nuestras sociedades, ya que el fenómeno jurídico empobrecido en su oficialidad estatal, se expresa más allá de ella.

> El derecho, en su autonomía, fuerte en su radicación en la costumbre social, ha vivido y vive, se ha desarrollado y se desarrolla también fuera de ese cono de sombra, también fuera de los raíles del llamado derecho oficial: consecuencia inevitable de no ser dimensión del poder y del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.
>
> No es un discurso anarquista, sino más bien el registro de la realidad efectiva que es la pluralidad de los ordenamientos jurídicos. Es el gran reino de la libertad del derecho, que no coincide en efecto con el solo, majestuoso y autorizado ordenamiento jurídico del Estado.[38]

Nosotros podemos dar como ejemplo de esto, el derecho producido por pueblos y comunidades indígenas.

Tras aceptar que el derecho es producto de una pluralidad de fuentes; que su sentido más profundo es ordenar, poner orden en la sociedad de la cual surge; y que su riqueza sapiencial está en la equidad; Grossi clama que: "Urge recuperar la juridicidad más allá del Estado y más allá del poder".[39]

> Y debe desaparecer la idea de que el derecho se hace mediante leyes y que sólo el legislador es sujeto iusproductivo capaz de transformar todo en derecho casi como un rey Midas de nuestro tiempo.
>
> [...]
>
> La exigencia es una y solo una: quitarle a la ley su papel totalizador y socialmente insoportable que la era burguesa le ha otorgado.[40]

Desde mi punto de vista, el aporte de Grossi, recuperando la tradición del orden jurídico medieval, como expresión del pluralismo jurídico, enriquece el sustento teórico del propio pluralismo jurídico.

2.1.3. El derecho de pueblos y comunidades en el pluralismo jurídico novohispano

El derecho Indiano en general, y el novohispano en particular, estaba caracterizado por el pluralismo, era expresión de pluralismo jurídico.

---

38 Grossi, *Mitología jurídica...*, O*p. cit.*, p. 52.
39 *Ibidem*, p. 45.
40 *Ibidem*, p. 64.

Pueblos y comunidades indígenas conservaron su derecho, forjado con usos y costumbres. Los monarcas españoles, por medio de las llamadas *Leyes de Indias*, decretaron el respeto a las costumbres jurídicas de los indios sometidos a su Corona, en todo aquello que no fueren contrarias a los intereses del Estado conquistador. Estos elementos jurídicos de los pueblos originarios representan un elemento muy importante en la juridicidad indiana. Por eso, aun hoy, aunque renovado, se conserva ese derecho en las comunidades indígenas mexicanas, haciendo parte del pluralismo jurídico actual.

Muchas comunidades, también, conservan su territorio originario; otras fueron dotadas de tierras, que también mantienen en posesión.

Bartolomé de las Casas, en un memorial dirigido al emperador Carlos V, en 1543, resalta la importancia de la autonomía de los pueblos, la cual, hace ver al monarca, debe preservarse, a pesar de las autoridades españolas encargadas de ciertos ámbitos de gobierno indígena, como son los corregidores. El dominico sevillano escribe al monarca:

> ... no sean estorvados los dichos señores y caciques en el regimiento de sus pueblos y súbditos según sus leyes y costumbres y maneras de governar no siendo contrarias a nuestra sancta fe y contra las razones y buenas costumbres, pues a qualquiera pueblo y gente o nación es dulce y amable su antigua manera de regimiento y governación y ser regida por persona que la cognozca y de su natural y de lo contrario es penoso y triste y aborrecible y esto parece ser de derecho divino sobre el fundamento que tiene la ley natural y tienen nescessidad que vuestra magestad ponga nuevas leyes y instrucciones y con muchas penas a los corregidores limitándoles mucho el poder...[41]

Efraín González Luna, hacia mediados del siglo xx, observa y mira el vigor de las asambleas comunitarias de los pueblos y le sorprende el modo como democráticamente llegan a la toma de sus acuerdos. Escribe:

> Fue más bien en las poblaciones puramente indígenas donde la institución municipal tuvo rasgos más pronunciados de autenticidad democrática, todavía puede observarse en algunas regiones... dentro de las provincias que quedaron comprendidas en el centro organizado de la Nueva España, la conmovedora subsistencia de costumbres y ceremonias que no han podido borrar las leyes ni la prostitución política ahora vigentes y que sólo se explican como restos de una vida municipal robusta y genuina.[42]

Y muestra de una vida comunitaria sólida, decimos nosotros, es la fuerza de decisión de las asambleas.

---

41 Las Casas, Bartolomé de, *Obras completas* 13, *Cartas y memoriales*, P. Castañeda, C. De Rueda, C. Godínez e I. De la Corte (eds.), Madrid, Alianza Editorial, 1995, p. 137. Este "Memorial al Emperador" lo firma Las Casas con el dominico fray Rodrigo de Andrada.

42 González Luna, Efrén, *Los católicos y la política en México*, México, Jus, 1988, pp. 22 y 23.

En ese mismo sentido, de destacar autonomía y singularidad de las comunidades indígenas, don Vasco de Quiroga, que fue oidor de la Audiencia de México y primer obispo de Michoacán, insiste en la necesidad de que las comunidades de indios no sean regidas por el derecho español, pues las leyes que lo conforman "ninguna concordia ni conveniencia, paz ni conformidad ni semejanza, pueden tener ni tienen con ellas"; sino que tengan un derecho con "leyes, ordenanzas y costumbres que fuesen más conformes a las suyas, y a las de aquellas de la edad dorada que tanto conforman con ellos…"[43]

2.2. El funcionamiento del Juzgado

Con el objeto de dar una asesoría adecuada a los miembros del Juzgado Indígena de Huehuetla, tuvimos un primer encuentro con sus integrantes, teniendo el propósito, precisamente, de conocer el funcionamiento del Juzgado; esta visita se llevó a cabo los días 24 y 25 de junio de 2022. De tal modo que lo que a continuación escribo, tiene como fuente las notas sacadas referentes al trabajo de esos días, en los cuales dialogamos con los impartidores de justicia, teniendo como base un cuestionario que conocieron previamente a nuestro encuentro. [44]

2.2.1. Integrantes del Juzgado

Un *Juez Mayor*, todavía en funciones, don Pedro Manuel Aquino Juárez, el primer juez electo; un *Juez Mediador*, entonces era Francisco Pérez Vicente, pero recién falleció y pronto se relegirá al sustituto; *Secretaria* y *Consejera de Mujeres*, Clara García Gómez; *Secretario de Acuerdos*, Ángel Serafín Vicente; *Abogado*, Pedro Valencia García; *Secretaria* y *Abogada*, Gabriela Rodríguez Luna; y miembros del *Concejo de Ancianos*.

El *Juez*, es la máxima autoridad del Juzgado, dicta resoluciones y concilia. El llamado *Juez Mediador*, es el principal responsable de intentar conciliar a las partes, para que lleguen a acuerdos y se resuelva el conflicto. La secretaria y *Consejera de Mujeres*, hace funciones secretariales y escucha a mujeres en asuntos de violación, lesiones y abuso sexual, para así, a través de ella, dar trámite al caso. El *Secretario de Acuerdos*, trabaja como tal. La abogada y el abogado, asesoran jurídicamente; llevan casos, o acompañan en los mismos, a personas que los requieren, por algún problema ante otras instituciones, y les auxilian en trámites legales en otras dependencias; la primera tiene también funciones secretariales. Y los integrantes del *Concejo de Ancianos*, representan a esta autoridad indígena ante el Juzgado, y actúan dando orientación al propio personal del

43 Quiroga, Vasco de, *Información en Derecho*, con Introducción de Carlos Herrejón Peredo, Ed. Secretaría de Educación Pública, Col. Cien de México, México, 1985, p. 199.

44 Me auxiliaron en sacar notas la Hna, Josefina de la Torre Borbón de la Compañía de María; la Hna. Magdalena García Espinoza, misionera carmelita, del Concejo de Ancianos de Huehuetla, que nos ayudó también con la traducción del español al totonaca, y del totonaca al español; y María Cliseria de Lara Velasco, del Centro de Estudios Jurídicos y Sociales *Mispat* (CENEJUS).

Juzgado. El *Concejo de Ancianos*, es la base del Juzgado desde el derecho indígena; respalda el funcionamiento de esta instancia de administración de justicia.

Los Jueces —tanto el Mayor como el Mediador— son electos por la Asamblea del Pueblo Totonaca de Huehuetla. Requieren, para ser electos jueces, de muchas cualidades personales y haber hecho varios servicios a la comunidad; entre otros servicios, haber sido catequistas.

2.2.2. Asuntos y causas que conoce el Juzgado

Conocen cuestiones que llamamos de Derecho Familiar, tales como problemas de la pareja, incluyendo violencia familiar hacia las mujeres y los niños, casos de niños abandonados. A aquellas parejas que se quieren separar, tratan de conciliarlas, de volverlas a reunir. Se aseguran pensiones alimenticias a menores,

También resuelven asuntos de derecho civil, que tienen que ver con la propiedad y tenencia de la tierra. Se trata de cuestiones de derecho civil y no agrario, pues, como ya dijimos, la propiedad de la tierra es privada, individual y no social —como sería el caso de los ejidos o comunidades—, esto a pesar de que se trata de comunidades indígenas. Así que el Juzgado conoce, sobre cuestiones de propiedad, posesión, medidas y linderos.

Relacionados con la propiedad de la tierra, aunque es materia de alcance más amplio, son los asuntos derecho sucesorio, que ellos llaman de "herencias". Aquí el tema es delicado, porque los usos y costumbres, que son las normas que prioritariamente aplican, en materia de sucesiones no son acordes con los códigos civiles. El padre de familia decide como reparte la tierra entre sus hijos; "él sabe" dicen. Habitualmente los padres no hacen testamento de acuerdo a las formalidades de los códigos civiles, aunque sí su voluntad queda manifestada de manera fehaciente, interviniendo el Juzgado Indígena. No han faltado inconformes con lo acordado en el Juzgado, e impugnan la resolución, pretendiendo anular en otras instancias lo actuado.

También en materia civil, el Juzgado interviene en asuntos de préstamo de dinero, esto es, contratos de mutuo, con o sin interés. En estos casos ayudan a cobrar al acreedor, pero no admiten que se cobren intereses altos.

Resuelven cuestiones menores de derecho penal, como agresiones físicas y verbales.

Tratan de resolver asuntos de *discriminación*. Esto quiere decir que atienden a personas que han sido rechazadas, discriminadas, "pobre gente no atendida", en otras instancias públicas; les tratan de solucionar el problema o las acompañan a que se les atienda en donde fueron rechazadas. Muchas veces la discriminación es por la lengua, es decir que requieren de traductor.

El Juzgado Indígena emite varios tipos de constancias: de posesión de inmuebles; de procedencia indígena; de no antecedentes penales; de contratos de arrendamiento; de

domicilio; de identidad; de ser originario; entre otras cosas. El artículo 59 de la *Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla*, establece que: "Cuando exista duda de la pertenencia o no de una persona a algún Pueblo o Comunidad Indígena, serán las autoridades tradicionales de aquéllos, quienes expedirán la constancia respectiva."

2.2.3. Jurisdicción: territorial y personal

El Juzgado Indígena de Huehuetla, tiene una jurisdicción territorial muy amplia. No sólo el municipio de Huehuetla, sino que atiende hasta diez municipios. Incluso, del Estado de Veracruz, vienen a solicitar el servicio. Si el que pide ser atendido es de habla totonaca, se le atiende.

Por eso decimos que su jurisdicción es territorial; pero más allá del territorio, se asume la jurisdicción, si se trata de totonacas que solicitan el servicio.

2.2.4. Normas y criterios para juzgar

Entre las preguntas formuladas al personal del Juzgado, con el objeto de conocer su modo de operar, se cuestionó: ¿Qué leyes fundamentan el funcionamiento del Juzgado? ¿Qué es el Derecho? ¿Qué es la Justicia?

A la primera pregunta, respondieron que fundamentan el accionar del Juzgado: el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; el Artículo 2 Constitucional; el Artículo 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Puebla, que reconoce los Juzgados Indígenas; los sistemas normativos indígenas, que "no están escritos, pero están vivos en cada una de las personas de las comunidades", dijeron; en el conocimiento que les viene de los "abuelos y a abuelas", que constituye parte de la experiencia como pueblo indígena; y los acuerdos de las asambleas comunitarias.

El Juez Mediador, en relación con esto dijo: "La ley no habla, no ve, no se mueve…". Con esto está expresando que la juridicidad indígena está sustentada más en la equidad que en la ley.

Y si vemos las respuestas que se dieron a que entienden por Derecho y justicia, lo que está en el fondo es la *prudencia* y la *equidad*. El Derecho para ellos es: "vivir plenamente, sin desviarse de llevar una vida mejor"; el respeto mutuo, que implica el respeto entre hombres y mujeres; no hacer el mal; tener cuidado; actuar bien; caminar (andar) bien; "saber servir al pueblo mediante trabajos que son *servicios* y *cargos*"; esto es, el *bien común* que decimos nosotros.

Con relación a las respuestas sobre la justicia, son muy similares, y en íntima relación: "hacer el bien para las demás personas"; "es un acuerdo"; "ayuda mutua"; "valorar la verdad"; "orientar y ayudar a resolver conflictos"; "es un diálogo entre las personas en

comunidad"; "actuar con verdad"; "no perjudicar a otra persona"; "buscar siempre el bien"; "alegría, paz y tranquilidad".

De modo que administrar justicia para la tradición totonaca, es buscar el bien, el bien para todos, el bien común, pues. Valoran mucho la *palabra* de las partes. Éstas se presentan ante el Juzgado, hablan pacíficamente, sobre la situación o problema que los divide, que les duele, que les hace mal. Se les da orientación, se les concientiza, se les intenta conducir hasta llegar a un Acuerdo Mutuo. Logrado el Acuerdo, se levanta un acta, en donde las partes firman de conformidad y la suscriben también testigos.

El Juzgado tiene entre sus funciones la de salir y no sólo trabajar en el edificio. Si el asunto lo requiere, van a donde sea necesario. "No sólo en la mesa… sino que hay que salir".

3. PROPORCIONALIDAD Y DERECHO: PRUDENCIA Y EQUIDAD

La *epiqueya* y la *frónesis*, esto es, la *equidad* y la *prudencia*, son virtudes analógicas o proporcionales relacionadas con lo jurídico; constituyen "la analogía puesta en práctica"[45], dice Beuchot. Uno de los nombres dados al saber jurídico, es precisamente *jurisprudencia*.[46] Dice Beuchot: "Como su nombre lo dice, la jurisprudencia acude a la prudencia o *frónesis* para determinar lo que es justo, y también interviene la equidad o *epiqueya* para hacer ver cómo se aplica una ley a un caso concreto."[47]

Carmen Platas escribe:

> La prudencia como virtud del intelecto práctico se encarga por medio de la razón práctica de aplicar el principio de debitud al caso concreto. [48]

Dicho de otro modo, el principio de debitud que es el Derecho, como cosa o conducta debida a otro, se debe aplicar prudencialmente, y esto lleva al bien común.

Precisamente, para Platas, la prudencia jurídica, tiene como uno de sus objetivos la justicia entendida como "virtud política orientada al bien común".[49] Considera el saber jurídico prudencial o jurisprudencia, como una ciencia distinta de la propuesta por el positivismo jurídico normativista, la ciencia dogmático-normativa; entiende la ciencia del Derecho como una ciencia práctico prudencial.

---

45 Beuchot, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 97.

46 Es conveniente recordar que la actual Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, llevó el nombre durante mucho tiempo, de Escuela Nacional de Jurisprudencia. Así se llamaba hasta la mitad del siglo XX, desde su creación en 1867.

47 Beuchot, *Perfiles… Op. Cit.*, p. 97.

48 Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del Derecho. Analogía de Proporcionalidad*, Ed. Porrúa, México, 2003, p. XX.

49 *Idem*

Respecto de esta otra virtud analógica, proporcional, ligada al Derecho, que es la *epiqueya* o equidad, Beuchot dice:

> La equidad es la virtud que ayuda o enseña a aplicar una ley a un caso. La ley es general, el caso es particular. Tiene que haber una ponderación en la que se encuentre la proporción que conviene para darse en la aplicación. Otra vez el ejercicio de la proporcionalidad.[50]

El sentido profundo del Derecho que se practica en el Juzgado Indígena de Huehuetla, es prudencial y equitativo. Se trata de un Derecho como lo quiere Grossi: "liberado, por cuanto sea posible, del poder, un derecho llamado a ordenar y necesariamente, a empaparse de los hechos a ordenar…".[51]

Don Manuel Aquino, Juez Mayor de Huehuetla, expresa su preocupación por que el Juzgado se fortalezca, para que no los hagan a un lado, para que sus decisiones y los acuerdos que el Juzgado avalen se acaten plenamente y sus documentos sean respetados. Dicho de otro modo, es necesario que crezca, cada vez más, su *capital simbólico*. El Derecho es obedecido y tiene fuerza por la riqueza simbólica que posee[52]. La práctica de la prudencia y de la equidad, suman al capital simbólico.

FUENTES DE CONSULTA

Beuchot, Mauricio, *Perfiles esenciales de la hermenéutica*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

Bourdieu, Pierre, *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001.

Bourdieu, Pierre, *Sobre el Estado. Cursos en el Collège de France (1989-1992)*, Barcelona, Anagrama, 2014.

"Derechos Indígenas", Unidad Indígena Totonaca Náhuatl. Auspiciado por Zona Pastoral Norte, Arquidiócesis de Puebla, lo presenta el vicario episcopal, el padre Mario Pérez Pérez.

Las Casas, Bartolomé de, *Obras completas* 13, *Cartas y memoriales*, P. Castañeda, C. De Rueda, C. Godínez e I. De la Corte (eds.), Madrid, Alianza Editorial, 1995.

El Observador Judicial del Estado de Puebla, junio-julio, 2004.

González Luna, Efraín, *Los católicos y la política en México*, México, Jus, 1988.

Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003.

Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996.

50 Beuchot, *Perfiles… Op. Cit.*, p. 97.

51 Grossi, Paolo, *Un historiador del Derecho a la búsqueda de sí mismo*, presentación de Jaime del Arenal Fenochio, traducción de Mariana del Arenal Martínez del Campo, Ed. Tirant lo Blanch y Escuela Libre de Derecho, Ciudad de México, 2023, págs. 111-112.

52 Cfr. Bourdieu, Pierre, *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2001.

Grossi, Paolo, *Un historiador del Derecho a la búsqueda de sí mismo*, presentación de Jaime del Arenal Fenochio, traducción de Mariana del Arenal Martínez del Campo, Ed. Tirant lo Blanch y Escuela Libre de Derecho, Ciudad de México, 2023.

Hernández García, Milton Gabriel, *Historia contemporánea del movimiento indígena en la Sierra Norte de Puebla*, México, Ediciones Navarra y Centro de Investigaciones y Capacitación Rural, A.C. (CEDICAR), 2012.

Petrich, Blanche, "Festejaron los indígenas el noveno aniversario de su llegada al poder. El Ejército desarmó a la policía totonaca de Huehuetla, Puebla", *La Jornada*, México, 17 de agosto de 1998.

Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del Derecho. Analogía de Proporcionalidad*, Ed. Porrúa, México, 2003.

Quiroga, Vasco de, *Información en Derecho*, con Introducción de Carlos Herrejón Peredo, Ed. Secretaría de Educación Pública, Col. Cien de México, México, 1985.

Rodríguez, Natalia Micaela, "La experiencia de defensa del territorio del pueblo totonaco de la Sierra Norte de Puebla frente al proyecto hidroeléctrico Puebla 1", tesis para obtener el grado de Maestra en Derechos Humanos, presentada en la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 26 de agosto de 2020.

Sánchez Agesta, Luis, *Principios de teoría política*, Madrid, Editora Nacional, 1966.

GUSTAVO R. VELASCO Y LA DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL NACIONAL DE DOMINIO PÚBLICO Y PRIVADO.

Miguel Ángel Fernández Delgado*

RESUMEN: Apenas se conoce la faceta del jurista Gustavo R. Velasco como legislador, teórico, crítico, asesor y defensor del patrimonio cultural, labor que realizó también a través de una asociación civil. Aquí ofrecemos un repaso crítico de dicha labor paralela a los trabajos por los que fue más conocido. Al extenderse por más de medio siglo, puede servir también como panorama de la trayectoria del derecho cultural en el siglo XX.

ABSTRACT: Jurist Gustavo R. Velasco dimension as legislator, theorist, critic, adviser, and advocate of cultural heritage is barely known. It was a task that he also carried out through a civil association. Here we offer a critical review of this parallel work to the other for which he was best known. Spanning more than half a century, it can serve as an overview of the trajectory of cultural law in the twentieth century.

PALABRAS CLAVE: Gustavo R. Velasco, derecho cultural, historia y régimen jurídico del patrimonio cultural en México, propiedad de los monumentos arqueológicos e históricos

SUMARIO: 1. LOS COMIENZOS: UN PROYECTO DE LEY DE CONSERVACIÓN ESTATAL Y OTRO DE LEY GENERAL DE MONUMENTOS. 2. SOCIEDAD Y EDUCACIÓN: PRIMERA LÍNEA DE DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL. 3. CRÍTICA A LA LEGISLACIÓN SOBRE LAS COSAS DE ARTE. 3.1. La facultad constitucional. 3.2. La propiedad del patrimonio cultural. 3.2.1. La declaración de propiedad estatal de los monumentos. 3.2.2. La propiedad de los bienes muebles en monumentos religiosos. 4. REFLEXIONES FINALES. OBRAS DE REFERENCIA.

Las tiendas y bazares de arte y antigüedades son sitios ideales para encontrar lo inesperado. Puede decirse que cada objeto se convierte en portal a un segmento de la realidad y en una historia que aguarda a ser contada a quien tenga la paciencia de escucharla. En el Bazar del Ángel de la Ciudad de México, entre la oferta de antigüedades de lo más heterodoxo —desde las tradicionales mercancías del pasado hasta juguetes, joyería, carteles de publicidad, y aparatos o accesorios de tecnologías obsoletas— había una persona que vendía libros y revistas de segunda mano relacionados con el arte. Sobresalían diferentes números de la revista *Artes de México*, que revisé, hasta que una

* Investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica y profesor titular de Derecho Cultural en 4°C de la Escuela Libre de Derecho. El autor desea agradecer por su ayuda y atenciones para poder encontrar todas las obras citadas por Gustavo R. Velasco, y otras más que facilitaron su examen, a los bibliotecarios Luz Elena Carreón y Francisco Ramírez de la Biblioteca Felipe Tena Ramírez de la Escuela Libre de Derecho.

de ellas, por el encabezado de su portada referente a la defensa del "tesoro artístico de México", llamó mi atención, especialmente por la materia optativa de Derecho Cultural que debo impartir. Al hojearla, sin estar convencido de comprarla o no, encontré una foto en blanco y negro en la que aparecía alguien con un rostro conocido en una ceremonia pública. Confirmé enseguida, en las diminutas letras de la cédula al pie de foto, que se trataba de Gustavo R. Velasco. Fue el indicio que abrió las puertas a un aspecto de su vida profesional que ignoraba por completo. De aquí derivó el presente artículo. Seguramente al jurista, al que dedico este trabajo, le hubieran gustado las circunstancias del hallazgo.

En las semblanzas biográficas consultadas sobre Velasco[1] sólo se menciona, en términos generales, el apoyo que prestó a la cultura. Entre los discursos pronunciados en su ceremonia luctuosa, solamente encontré la anécdota sobre un cuadro que adornaba la entrada de su biblioteca, "un magnífico óleo de Cristo", pero, según se dijo entonces, nunca supo si era obra de Francisco de Zurbarán o Miguel Cabrera[2]. Por lo mismo, el propósito que aquí nos orienta es repasar y realizar un análisis crítico de sus aportaciones al derecho cultural, así como de sus opiniones inusuales sobre la propiedad de los monumentos.

Ya es centenaria la relación entre el arte, la cultura y el que ha sido nombrado su patrimonio con los abogados de la Escuela Libre de Derecho. Sin pretender un recuento exhaustivo, mencionaremos algunos ejemplos. Manuel Maples Arce (generación 1920–1924), al terminar su segundo año de estudios, a finales de 1921, lanzó el manifiesto del estridentismo, primera vanguardia artística mexicana del siglo XX[3]; después aprovechó su carrera diplomática para nutrir otra de sus grandes aficiones, el

---

1 Sería interesante una biografía intelectual de Gustavo R. Velasco que diera cuenta de su larga trayectoria no solamente como defensor del patrimonio cultural, sino también como servidor público en la Contraloría de la Federación, la Secretaría de Hacienda, la Secretaría de Presupuesto; la práctica privada de la abogacía y su asesoría de varias instituciones crediticias; sus años en la docencia y como rector de la Escuela Libre de Derecho; la presidencia de la Barra Mexicana, de la Asociación de Banqueros, de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados; y de su colaboración con algunas instituciones internacionales. Asimismo, de sus publicaciones sobre derecho y economía, y la defensa de los principios del liberalismo, que mencionaremos en este trabajo. Las semblanzas biográficas más completas, citadas en las obras de referencia al final de este trabajo, son las de Arenal y López Medina, y la que aparece en la "Galería de Rectores" y en los "Discursos pronunciados en la ceremonia luctuosa celebrada en honor del señor licenciado don Gustavo R. Velasco, el 9 de noviembre de 1983", las dos últimas publicadas en el número 8, tomo 1 (1984), de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho.

2 Rodríguez Gómez, Jesús, "Discurso pronunciado por el Sr. Lic. Don Jesús Rodríguez Gómez", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, no. 8, t. I, p. 277.

3 Es muy numerosa la información sobre el estridentismo, pero recomendamos el estudio de Rashkin, Elissa J., *La Aventura Estridentista. Historia cultural de una vanguardia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, que aporta un documentado y crítico panorama general; y, Baciu, Stefan, *Estridentismo, estridentistas*, 2ª ed., Veracruz, Instituto Veracruzano¨ de la Cultura, 2021, con un panorama de la proyección latinoamericana del movimiento.

coleccionismo de arte[4]. En vida disfrutó de sus tesoros para que, a su término, y quizá atendiendo sus propios deseos, su familia realizara donaciones del enorme acervo que llegó a reunir al Museo Nacional de Arte, en 1985, 1992 y 2015[5].

Emilio Portes Gil (generación 1912–1915), al ser designado presidente interino de la República (1 diciembre, 1928–5 de febrero, 1930), utilizó las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso, entre otras disposiciones, para expedir por decreto la Ley sobre protección y conservación de monumentos y bellezas naturales (31 de enero, 1930)[6], en la que participó Gustavo R. Velasco, según veremos. En sus últimos años, Portes Gil presidió también el Ateneo Nacional de Artes y Ciencias de México[7].

El abogado e historiador Gonzalo Obregón y Pérez Siliceo (generación 1937–1941), que, además de la Libre de Derecho egresó de El Colegio de México, es otro de los grandes estudiosos y defensores del patrimonio cultural de la nación. Gracias a una beca, estudió coleccionismo de arte y organización de museos en Francia, Bélgica, Holanda, Suiza e Italia. A su regreso a México trabajó en el Museo Nacional de Historia, cuyas bodegas y colecciones reorganizó. Posteriormente, formó el inventario de los tesoros artísticos de las iglesias del Arzobispado de México. En 1952, representó al país ante la UNESCO. Ocupó diversos cargos en el Instituto Nacional de Antropología e Historia; por otra parte, el Instituto Nacional de Bellas Artes lo nombró asesor para organizar la Pinacoteca Virreinal. Dirigió la sección de estudios artísticos de la Universidad Iberoamericana y colaboró en los planes para restaurar la Catedral Metropolitana, entre muchas otras aportaciones al arte y la cultura[8].

Por su parte, Elisur Arteaga Nava (generación 1956–1960), no solamente ha donado el óleo *El Ajusco* y muchos otros paisajes, murales y retratos de grandes maestros del plantel al espacio escultórico de la Escuela Libre de Derecho, todos ellos obra del pintor Jorge Espinosa Chacón, del que es el principal coleccionista[9]. Con motivo del centenario de la escuela, al reconocer la falta de un himno propio, Arteaga encargó al

---

4 Este aspecto puede conocerse en sus *Memorias*, especialmente el capítulo XVIII, "Veleidades de coleccionista", Maples Arce, Manuel, *Mi vida por el mundo (Memorias III)*, 2ª ed., Xalapa, Universidad Veracruzana, 2010, pp. 263–278.

5 Museo Nacional de Arte, "Donación de la familia Maples Arce Vermeersch, 16 de marzo, 2016–11 de febrero, 2017¨. En línea: https://www.munal.mx/en/exposicion/donacion–de–la–familia–maples–arce–vermeersch. Consultado el 21–III–23.

6 Cottom, Bolfy, *Nación, patrimonio cultural y legislación. Los debates parlamentarios y la construcción del marco jurídico federal sobre monumentos en México, siglo XX*, México, Miguel Ángel Porrúa, Cámara de Diputados LX Legislatura, 2008, pp. 198–199.

7 Cacho Pérez, Luis Norberto, "Los abogados de la Escuela Libre de Derecho en el arte y la cultura", Munive Páez, Manuel, y Pampillo Baliño, Juan Pablo (eds.), *Un siglo de aportaciones de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, p. 385.

8 Puente, Judith, "Gonzalo Obregón y Pérez Siliceo (1916–1977)", *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*. En línea: http://www.analesiie.unam.mx/index.php/analesiie/article/view/1077/1064. Consultado el 2–V–23.

9 "Jorge Espinosa Chacón", En línea: http://www.geocities.ms/jorgeespn/. Consultado el 26–IV–23.

maestro Miguel González H. la composición musical y, al maestro Ramón Cedillo R., el arreglo orquestal para un danzón titulado *La Libre de Derecho*[10].

Ignacio Soto Borja (generación 1961–1966), ha sido promotor de la Enciclopedia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Recibió, en 1996, el premio de la Sociedad Defensora del Tesoro Artístico de México y de la Escuela Nacional de Conservación, Restauración y Museografía, por su labor para revitalizar el pueblo de Mineral de Pozos, Guanajuato. En los últimos años ha dado impulso al Museo Interactivo del Juego de Pelota, y también integra el Comité de Gestión por competencias de conocimientos, habilidades y técnicas de portadores del patrimonio cultural inmaterial de México[11].

Por último, aunque no es el que concluye la lista, Luis Norberto Cacho (generación 1981–1985), fue director del área jurídica del extinto Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, y luego de la Secretaría de Cultura; lo mismo, del Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura, del fideicomiso del Auditorio Nacional y del Instituto Mexicano de Cinematografía. Es autor del libro *Derecho Cultural* (2017), y por su iniciativa se introdujo la materia optativa del mismo nombre en el cuarto año de la licenciatura en la Escuela Libre de Derecho, una de las pocas instituciones nacionales en donde se imparte[12].

Reiteramos que la enumeración no es completa y, a quien quiera conocer más sobre el tema, remitimos al artículo del Lic. Cacho sobre la relación con la cultura y el arte de nuestros egresados, desde la fundación de la Escuela hasta 2012[13].

Pero, según veremos, fue Gustavo R. Velasco quien, a lo largo de más de medio siglo, demostró su interés en el tema del derecho cultural y la protección del patrimonio de la nación, desde los proyectos de ley, la formación de asociaciones civiles, la asesoría jurídica y, principalmente, la letra impresa y el ejemplo.

1. LOS COMIENZOS: UN PROYECTO DE LEY DE CONSERVACIÓN ESTATAL Y OTRO DE LEY GENERAL DE MONUMENTOS

Gustavo R. Velasco y Adalid, nació en la Ciudad de México, el 3 de abril 1903 y murió en la misma capital, el 18 de enero de 1982. Realizó sus primeros estudios en la capital mexicana y en Guadalajara, Jalisco, y los secundarios, además, en California, Estados Unidos. Entró a la Escuela Libre de Derecho (generación 1922–1926) donde fue alumno de buen número de los maestros fundadores y debió conocer, al menos de oídas,

10 Arteaga Nava, Elisur, "El danzón *La Libre de Derecho*", Munive y Pampillo, *op. cit.*, pp. 399–402.
11 "Ignacio Soto Borja y Anda". En línea: ignaciosotoborjayanda.mx. Consultado el 3–V–23.
12 Mansilla–Moya, Mateo, "Luis Cacho: Derecho y cultura", *Revista Abogacía*, 31 de octubre, 2022. En línea: revistaabogacia.com/luis-cacho-derecho-y-cultura/. Consultado el 5–V–23.
13 Cacho, *op. cit.*, *passim*.

las andanzas y ocurrencias de Maples Arce[14]. Entre los catedráticos, dedicó algunas palabras a Emilio Rabasa[15] y Miguel S. Macedo[16]. Este último, aunque daba clase de derecho penal, también cultivó la historiografía y escribió una obra de remembranza de algunos sitios del actual Centro Histórico de México[17]. No es de dudar que, dentro de sus exposiciones, repletas de digresiones y anécdotas del pasado, contagiara o aumentara el interés de Velasco por los edificios y monumentos antiguos.

Tras una carrera de excelencia académica, Velasco se tituló el 3 de noviembre de 1927, con la tesis *El artículo 21 constitucional (con exclusión de la parte relativa a la persecución de los delitos)*, que fue laureada y, de acuerdo con publicaciones de la Escuela Libre de Derecho, se ordenó que se publicara a costa de la institución[18].

En sus años de pasantía (1925–1926), trabajó en la Contraloría de la Federación[19]. Ya titulado, lo contrató la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, donde tuvo a su cargo la Dirección de Bienes Nacionales, entre 1927 y mediados de 1931, y el de jefe del Presupuesto Federal[20]. Fue desde esta trinchera donde comenzó su relación y defensa de los monumentos nacionales, pues estuvo rodeado de expertos en la materia: "En la Dirección de Bienes Nacionales… conté con la colaboración de los más competentes conocedores del arte mexicano, entre los que me complace recordar a Manuel Toussaint, Federico Mariscal, Manuel Ituarte, Alfonso Pallares, José García Preciat, Enrique Cervantes y otros"[21].

La colaboración con dichas personalidades y la orientación favorable al patrimonio monumental se debió, principalmente, a Luis Montes de Oca, otro gran promotor de la cultura y devoto del arte. En un viaje a Europa, se enteró de las labores de protección realizadas por diversas naciones en pro de los monumentos tras la destrucción

---

14 Villalpando, José Manuel, *Los Colores Lejanos del Recuerdo. Crónica de la Escuela Libre de Derecho, 1912–1933*, México, Porrúa, 2018, pp. 68–106.

15 Velasco, Gustavo R., *Libertad y Abundancia*, México, Editorial Porrúa, 1958, pp. vii–viii; y en Velasco, Gustavo R., Manuel Sáinz Larrañaga, y José Arce Cervantes, "La enseñanza del derecho en la Escuela Libre de Derecho", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 9, no. 9, 1985, pp. 460–461.

16 Velasco, Gustavo R., "Los monumentos ante el derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXI, no. 119, mayo–agosto, 1981, p. 595. Aunque en el texto se lee: "Con mi maestro, el gran penalista Miguel S. Escobedo…", es evidente que es una equivocación y se refiere a Miguel S. Macedo, pues no hubo ningún profesor de apellido Escobedo titular de la cátedra de derecho penal en la década de 1920. Probablemente se trató de un error al tomar el dictado de la conferencia o de transcripción de una grabación de la misma, como explico en su oportunidad.

17 Macedo, Miguel S., *Mi barrio: Ensayo histórico*, 2ª ed., México, Departamento del Distrito Federal, 1988. La primera edición apareció en 1930.

18 López Medina, Manuel (dir.), "Don Gustavo R. Velasco. Profesor de Derecho Administrativo", *Escuela Libre de Derecho. 70 Aniversario, 1912–1982*, México, Escuela Libre de Derecho, 1982, p. 211. Hasta ahora no ha sido posible encontrar en la biblioteca de la Escuela Libre de Derecho ni la tesis original de licenciatura ni ejemplar alguno de las ediciones que se ordenaron de ella. Probablemente se extraviaron en alguna de las mudanzas que, desde entonces, ha tenido el plantel.

19 *Idem*.

20 Velasco, *Libertad y Abundancia*, *cit.*, contrasolapa.

21 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, pp. 577–578.

ocasionada por la Primera Guerra Mundial. Al ser nombrado secretario de Hacienda uno de sus objetivos fue la preservación de los monumentos culturales de la patria, tarea que encargó a la Dirección de Bienes Nacionales, a la que pidió colaborar con la Secretaría de Educación Pública (SEP), encargada por aquel entonces del tema[22]. En el mismo sentido, encargó a Velasco, que no cumplía un año como abogado titulado, un proyecto de Ley para la conservación de la Ciudad de Taxco, Guerrero (promulgada en el mismo Estado, el 8 de junio de 1928)[23], la primera legislación dedicada a proteger la integridad monumental de una población específica en el país.

Puesto que la SEP echaba de menos el debido respaldo legislativo para realizar sus acciones en defensa del patrimonio cultural, desde el inicio de 1927, también por iniciativa de Montes de Oca, se formó una comisión conjunta con algunas autoridades de la SEP, en la que participaron el director de Monumentos Arqueológicos, Ing. José Reygadas Vértiz; el pintor Jorge Enciso, director de Monumentos Coloniales; y Velasco, por parte de la dirección de Bienes Nacionales. Juntos delinearon la política gubernamental sobre el tema y acordaron los principios de una nueva ley general, cuya redacción fue responsabilidad de Velasco[24].

Podría pensarse que, en la preparación de su propuesta, tuviera a la vista el proyecto de Ley sobre monumentos y objetos arqueológicos (1922), el primero de la época posrevolucionaria, realizado dentro de la Secretaría de Agricultura y Fomento, entre el reconocido arqueólogo y antropólogo Manuel Gamio y el jurista Lucio Mendieta y Núñez. No llegó a transformarse en ley, quizá porque estos temas rara vez son prioritarios para los gobiernos en turno; igualmente, porque Gamio, al inicio del siguiente sexenio, fue nombrado subsecretario de Educación Pública, pero optó por el autoexilio en Nueva York y Guatemala, luego de advertir y denunciar prácticas corruptas en la dependencia que el Jefe Máximo no quiso reconocer[25].

De cualquier modo, la razón verdadera del olvido del proyecto Gamio-Mendieta pudo ser menos dramática, como apunta Guagnelli, pues, "con un afán protector, desvinculó los monumentos arqueológicos del contexto social contemporáneo, privilegiando su protección asociada al contexto arqueológico"[26]. En efecto, el proyecto solamente se refiere a la conservación y estudio de los monumentos y objetos arqueológicos, en ningún lugar considera los monumentos históricos ni los artísticos, ni las edificaciones o conjuntos de ellas, poblaciones o partes de poblaciones, tampoco los lugares de belleza

22 *Idem*, pp. 573–574.
23 *Ibid.*
24 *Ibid.*
25 Reynoso Jaime, Irving, "Manuel Gamio y las bases de la política indigenista en México", *Andamios*, vol. 10, no. 22, may.–ago., 2013. En línea: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870–00632013000200017. Consultado el 17–V–23.
26 Guagnelli Núñez, Aldo A., "La antropología y el régimen jurídico de los monumentos arqueológicos hacia la Constitución de 1917", *Antropología. Revista interdisciplinaria del INAH*, nueva época, año 1, no. 3, jul.–dic., 2017, p. 49.

natural que aparecen en la ley de 1930. En este último aspecto, se parece más a un par de propuestas legislativas previas que no entraron en vigor: la Ley sobre conservación de monumentos históricos y artísticos y bellezas naturales (7 de abril de 1914)[27] del régimen de Victoriano Huerta, y al proyecto de Ley sobre conservación de monumentos, edificios, templos y objetos históricos o artísticos (enero de 1916), de Venustiano Carranza[28]. Ambas toman en cuenta los monumentos muebles, subsanando así el grave error de la Ley sobre monumentos arqueológicos de 1897, pero adolecen al no definir siquiera lo que intentan proteger.

Lo único que debió recuperarse del proyecto de Gamio-Mendieta, en concierto con Bolfy Cottom, seguramente fueron sus aportaciones teóricas y la inclusión de los adelantos en la disciplina arqueológica[29].

Para el texto del proyecto de la ley de 1930, según testimonio de Velasco, no pretendió elaborar una obra original, sino que se basó en los acuerdos de la comisión y también, principalmente, en las leyes en vigor en Francia, Italia y España, y, en segundo término, en las de Alemania, Bélgica, Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos y otros países[30]. Mucho lamentó que el ámbito espacial de aplicación de la ley tuviera que restringirse a los monumentos de propiedad federal y territorios bajo su jurisdicción, así como del Distrito Federal[31], pues la Constitución no incluyó la facultad de legislar la materia a nivel federal sino hasta 1966. No obstante, se valió de esta misma dolencia para incluir una de sus principales tesis sobre el tema, a pesar de las airadas protestas en contra del Ing. Reygadas: que dichos monumentos no son de propiedad nacional[32]. Sobre este aspecto volveremos más adelante.

El proyecto de ley de Velasco concluyó dentro del año y poco más de dos meses que duró el gobierno de Portes Gil, donde Ezequiel Padilla, alumno fundador y egresado del *alma mater* de los tres, fue nombrado secretario de Educación Pública. De este modo, la segunda legislación mexicana sobre monumentos arqueológicos e históricos, después de la deficiente de 1897, nació de la inspiración de Velasco, y fue promulgada bajo las mismas facultades extraordinarias concedidas a Portes Gil, el 31 de enero de 1930[33], con el título de Ley sobre protección y conservación de monumentos y bellezas naturales[34], que comentaremos brevemente.

---

27 La incluye Cottom en su "Cronología y anexos", *op. cit.*, pp. 431-438.
28 *Idem*, pp. 440-444.
29 Cottom, *op. cit.*, p. 207.
30 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, pp. 574-575.
31 *Idem*, p. 575.
32 *Ibid.*
33 Exactamente dos días después de la publicación del Decreto por el cual se concede a la Escuela Libre de Derecho el reconocimiento y los privilegios a que se refiere la Ley reglamentaria de escuelas libres, del 28 de enero de 1930, publicado en el *Diario Oficial* al día siguiente.
34 Cottom, *op. cit.*, pp. 444–467.

El primer párrafo del artículo inicial considera monumentos los bienes muebles o inmuebles "cuya protección y conservación sean de interés nacional, por su valor artístico, arqueológico o histórico", a los que describe de la siguiente manera en el siguiente párrafo:

> Entre los monumentos se podrá comprender a los códices, manuscritos y otros documentos, incunables y otros libros raros o excepcionalmente valiosos, diseños, grabados, planos y cartas geográficas, medallas, monedas, amuletos, joyas, sepulcros, fortificaciones, cenotes, cavernas y habitaciones prehistóricas, rocas esculpidas o pintadas, y cualesquiera estructuras arquitectónicas o construcciones que llenen el requisito que exige el párrafo anterior, ya sea que estén total o parcialmente descubiertas.

Reiteramos la importancia de incluir los bienes muebles arqueológicos, pues, como apuntaremos más adelante, al ignorarlos la ley de 1897, dejó abierta la puerta a la destrucción y al saqueo de nuestro patrimonio cultural.

El proyecto de Velasco excluye de la categoría de monumentos las obras de artistas vivos y las que tienen menos de cincuenta años de haberse realizado.

También conciernen a esta ley los conjuntos de edificaciones, poblaciones o partes de ellas, "cuya protección y conservación sean necesarias para mantener el aspecto típico y pintoresco que es característico de México" (art. 3-IV) y los "que sean dignos de ser protegidos y conservados por su belleza natural" (art. 3-V). Ambos aspectos serán considerados de "utilidad pública" (art. 4).

Para la protección de los monumentos muebles e inmuebles, la ley exige la previa asignación al cuidado de la SEP por medio de una declaratoria, salvo casos de peligro de alteración o destrucción inminente, en los que bastará con notificarlo (art. 6). Aunque parece obvio, la multitud de despojos sufridos por el país lo hicieron reiterar que "las cosas pertenecientes a museos o galerías" o "que formen parte de colecciones destinadas a la exhibición" tienen el carácter de monumentos y cuentan con la protección de la ley y, por lo tanto, no necesitan declaratoria y quedarán, igualmente, a cargo del Departamento de Monumentos Artísticos, Arqueológicos e Históricos (art 6-2° párrafo).

Un aspecto que no podía ignorar era el de los monumentos muebles en posesión de coleccionistas privados. Es un tema que todas las legislaciones nacionales han abordado desde entonces, y los gobiernos en turno, salvo el que promulgó la presente ley, dan a entender que la toleran, aunque de mala gana[35]. En el proyecto de Velasco, los particulares deben informar de su existencia a la SEP, tener con ellos el debido cuidado y seguir las instrucciones de las autoridades para su conservación y restauración (arts. 6-1er párrafo, 7 y 9-5° párrafo). En caso de inobservancia de sus obligaciones, cuando

35 Al respecto, ver. Grunstein, Miriam, *Los arrebatos del arte. Los bienes culturales entre la pasión privada y el interés público*, México, Porrúa, 2006.

hay peligro de daño irreversible, señala la posibilidad de que la SEP los traslade a un museo, galería u otro lugar seguro, sin perjuicio de las sanciones civiles o penales correspondientes (art. 10-1er párrafo).

En cuanto al régimen jurídico del patrimonio cultural inmueble, para Velasco son bienes de servicio público o uso común (art. 8-1er párrafo), como analizamos más adelante. Desde luego, la SEP tiene la obligación de realizar visitas de inspección a toda especie de monumentos, y de tenerlos directamente a su cuidado si lo considera necesario, a través del Departamento de Monumentos (art. 11).

Por primera vez prohíbe el uso indebido del patrimonio cultural, tema de gran actualidad y que debió manifestarse desde entonces, como señala el artículo 9° en su último párrafo: "No se podrá hacer de los monumentos un uso indecoroso o indigno de su importancia artística, arqueológica o histórica, ni podrán ser aprovechados para fines o en forma tales, que puedan perjudicar o menoscabar sus méritos". Un siglo más tarde no ha sido posible erradicar tales abusos, que siguen creciendo sin control, pues ulteriores legislaciones han optado por ignorarlos[36].

La ley de 1930 es la primera en prever la necesidad de autorización de antemano para hacer reproducciones de monumentos cuando éstos puedan sufrir algún daño (art. 12-3er párrafo), y cuando se reproduzcan con fines comerciales, en cuyo supuesto, deberá pagar una cantidad señalada individualmente por la SEP (art. 12-4° párrafo).

Reconoce igualmente el derecho de expropiación del gobierno federal, en todo tiempo y en monumentos de cualquier especie, incluso terrenos con ruinas y vestigios, por su interés arqueológico, artístico o histórico, mediante indemnización como lo prescribe la Carta Magna, previa declaración de utilidad pública dictada por la SEP (art. 13).

El capítulo III lo dedica a los coleccionistas privados, ya sean propietarios, poseedores o simples detentadores, para los que no están vedados, como en la actualidad, los monumentos inmuebles. Tienen 30 días para acudir por vía sumaria ante la autoridad judicial para contradecir cualquier declaración de monumento que perjudique su patrimonio (art. 15). Dichos bienes pueden ser enajenados libremente, mediante aviso a la SEP, dentro de los quince días siguientes a la operación; si bien, el gobierno federal tendrá preferencia en la compra, si informa de ello en el plazo de un mes (art. 16).

Si el particular no lleva a cabo las obras requeridas por la autoridad para la conservación del bien, la SEP podrá realizarlas por sí misma y trasladarlo temporalmente para llevarlas a cabo, o proceder a la ocupación del inmueble en la parte indispensable a tal efecto (art. 17-1er párrafo). Asimismo, la autoridad puede solicitar la reconstrucción

36 Aunque solamente se refiere a monumentos arqueológicos, puede servir como una primera aproximación al tema la edición especial de *Arqueología Mexicana*, no. 46, de octubre, 2012, sobre los "Usos y abusos en la arqueología".

o restauración, pero, entonces, el particular podrá pedir una indemnización fijada de antemano por la SEP (art. 17-2° párrafo).

Los coleccionistas también pueden acordar con la SEP el acceso a los monumentos, bajo las condiciones que acuerden con ella y cobrar una cantidad por permitir el derecho de visita si la conservación del monumento es onerosa o se realizaron obras materiales en él y las autoridades lo autorizan (art. 18-2° párrafo). Igualmente, los particulares pueden acordar la reproducción de sus monumentos, con permiso de la SEP. Si el propietario del bien sufre una carga y no puede obtenerse de él una renta o producto viable, a menos que lo impida su condición monumental, las autoridades podrán reducir los impuestos que lo agraven, en una proporción equitativa, y llegar a dispensar su pago por completo (art. 18-4° párrafo).

La exportación de monumentos aparece en el capítulo IV, la cual prohíbe, se trate de muebles o inmuebles por destino, si fueron declarados como tales por la SEP, o incluso, sin dicha declaración, cuando "la conservación en el país sea de interés público, por su valor artístico, arqueológico e histórico"; asimismo, impide exportar otras cosas muebles e inmuebles por destino, "cuya salida del territorio nacional considere inconveniente la Secretaría de Educación Pública, por su interés para la historia, el arte o la arqueología, aunque no posean el mérito suficiente para ser consideradas como monumentos" (art. 19). Es decir, hasta los objetos que podrían llegar a ser considerados dentro del patrimonio cultural, aunque todavía no pasen por tales.

Los objetos que no caben en el anterior supuesto se pueden exportar. Sin embargo, si pueden confundirse con otros inexportables, debe obtenerse autorización previa de la SEP para hacerlo (art. 20-1er párrafo). Los bienes exportados estarán sujetos al pago de una tasa progresiva, señalada por la tarifa de derechos de exportación y calculada sobre el valor del objeto (art. 20-2° párrafo).

Si la exportación del bien es temporal, no se necesita el permiso mencionado, pero, de cualquier modo, la SEP debe autorizar la salida una vez que se compruebe la conveniencia de hacerlo, si se trata de los objetos muebles o inmuebles por destino con declaratoria, y garantizar su regreso al país (art. 21).

Los dos capítulos siguientes (V y VI), se refieren, respectivamente, al aspecto típico y pintoresco de las poblaciones y a los lugares de belleza natural. Vale la pena apuntar que, de las seis leyes sobre patrimonio cultural que hemos tenido (1897, 1914[37], 1930, 1934, 1968 y 1972), solamente cuatro han tomado en cuenta el tema (1914, 1930, 1934 y 1968). La ley vigente, la de más largo aliento, no lo considera, defecto que consideramos lamentable en una nación tan fecunda en ambos aspectos.

37 Debe apuntarse que no existen indicios de que la Ley sobre conservación de monumentos históricos y artísticos y bellezas naturales, del 7 de abril de 1914, haya entrado en vigor.

En el proyecto de Velasco convertido en ley, la protección y conservación del todo o de una parte de las poblaciones típicas o pintorescas, puede ser declarada de interés público por el poder Ejecutivo, a través de un decreto (art. 22 párrafos 1-3). Dichas declaraciones también pueden hacerse respecto de edificaciones y conjuntos de las mismas en la capital nacional, si merecen ser conservados (art. 22-4° párrafo).

La ley prohíbe construcciones nuevas y obras para reconstruir, restaurar o conservar en las zonas declaradas típicas o pintorescas, si no se ajustan al estilo arquitectónico general del conjunto y sin permiso de la autoridad responsable. La SEP podrá impedir u ordenar que se destruyan obras sin autorización o que no cumplan con los principios arquitectónicos señalados (art. 23). También niega la posibilidad de fijar anuncios e instalaciones eléctricas en desdoro del aspecto del lugar, salvo en los sitios permitidos (art. 24).

Un párrafo que revela la época en que fue escrita la ley y los cambios económicos, sociales, culturales y del paisaje urbano que habían introducido los vehículos automotores en el país, es el segundo del artículo 24, relativo al "establecimiento de '*garages*', sitios de automóviles y expendios de gasolina o lubricantes", que tampoco podían perjudicar la imagen de conjunto. Mientras para algunas personas, incluyendo las autoridades del periodo posrevolucionario, que promovieron su introducción y la creación de caminos[38], los automóviles podían considerarse indicadores de progreso[39], y hasta de belleza, como lo había declarado Maples Arce[40]; para Velasco su presencia debería tolerarse sin modificar, ni mucho menos destruir, la belleza de los paisajes tradicionales[41]. Lo mismo aplicaba para los "hilos telegráficos, telefónicos... y, en general, las instalaciones eléctricas" (art. 24-3er párrafo).

---

38 Freeman, J. Brian, "El despertar del camión de carga en México", Álvarez Palma, Ilse Angélica (ed.), *Automotores y transporte público. Un acercamiento desde los estudios históricos*, Zinacantepec, El Colegio Mexiquense, 2017, pp. 129–130.

39 Álvarez Palma, Ilse Angélica, "El surgimiento del mercado automotor en México", en *ibid.*, p. 24.

40 Recordemos que, en su *Comprimido Estridentista*, primer manifiesto del movimiento (*c.* diciembre de 1921), Maples Arce expresa su entusiasmo por los automóviles y trata de completar el Manifiesto futurista de Marinetti y sus correligionarios, declarando también su afición por las máquinas de escribir y los anuncios clasificados: "'Un automóvil en movimiento, es más bello que la Victoria de Samotracia'. A esta eclatante (*sic*) afirmación del vanguardista italiano Marinetti, exaltada por Lucini, Buzzi, Cavacchioli, etc., yuxtapongo mi apasionamiento decisivo por las máquinas de escribir y mi amor efusivísimo por la literatura de los avisos económicos".

41 La importación de automóviles de Europa y los Estados Unidos hacia México inició, lentamente, en 1895. Al principio fue un objeto de lujo para la élite adinerada del Porfiriato. En las dos décadas siguientes, poco a poco, se le descubrieron otros usos además del traslado individual de personas. En 1907, entraron a competir en el negocio de los autos de alquiler (de tracción animal) y ya, hacia 1915, se les empleaba como transporte público y de mercancías, ambulancias, y labores de bomberos y militares. Entre 1916 y 1929, hubo un notable crecimiento del mercado automotriz y, en 1926, se inauguró en México una planta de Ford. También se hicieron populares los camiones de carga y de pasajeros, para subsanar la gran crisis en el transporte generada por la Revolución y la pobre administración de los ferrocarriles. De acuerdo con los cálculos de Freeman y Matías Carmona, en la época en la que Velasco redactó la ley (1929), había en México 16,031 camiones de carga y 62,461 automóviles particulares.

El último párrafo, también del artículo 24, podría servir de inspiración para las actuales legislaciones en busca de algún control sobre el comercio ambulante en los alrededores del patrimonio cultural:

> Finalmente, se prohíbe establecer o colocar quioscos, postes, templetes, puestos o cualesquiera otras construcciones, ya sean permanentes o provisionales, cuando por ello se demerite la apariencia típica o tradicional de la población o se rompa la estética del o de los paisajes vecinos. En todo caso deberá solicitarse previamente el permiso de la Secretaría de Educación Pública.

A los lugares de belleza natural los regula el capítulo VI en su único artículo (25). Sobre ellos no discute si son propiedad o solamente se hallan dentro de la jurisdicción del gobierno, pues claramente apunta desde el inicio: "La protección y conservación de determinados lugares de propiedad nacional o sujetos a la jurisdicción del gobierno federal, y de los situados en el Distrito y territorios federales se podrá declarar de interés público cuando sean de notable y peculiar belleza natural". La declaratoria solamente sería necesaria en caso de lugares de propiedad privada. Asimismo, en ellos no se podrán realizar obras de ninguna especie en demérito de su belleza, y quedarán bajo la supervisión de la SEP.

En el siguiente capítulo se refiere a los hallazgos fortuitos —dado que las exploraciones arqueológicas sin autorización no están permitidas (27)— de objetos de valor histórico, artístico o arqueológico. Si ocurren en bienes de propiedad nacional o sujetos a la jurisdicción federal, exige avisar a las autoridades o a los propietarios para que tomen medidas y den información a aquéllas. Lo mismo sucede en el caso de los descubrimientos en edificios o terrenos en el Distrito o territorios federales. Para determinar la propiedad de los monumentos muebles remite a lo ordenado en caso de encontrar tesoros en los artículos 875 a 881 del Código Civil, aunque añade que el gobierno federal podrá adquirirlos si lo considera conveniente y a un precio justo (26).

Los artículos 28 a 33, los dedica a las disposiciones penales en caso de incumplimiento; y, del 34 al 36, a los órganos encargados de aplicar la ley. En estos últimos, incorpora una Comisión de Monumentos y Bellezas Naturales. Además de representantes del gobierno, en ella se dan cita una persona de la Facultad de Arquitectura, otra de la Escuela de Pintura y Escultura, ambas de la UNAM; también una, respectivamente, de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, la Sociedad Científica Antonio Alzate[42] y de la Sociedad Mexicana de Arquitectos.

Álvarez, *op. cit.*, pp. 24–25, 29, 32; Freeman, *op. cit.*, pp. 122 y 134; Campos Cuevas, Arturo, "Los primeros autotaxímetros de Ciudad de México, 1907–1911", *idem*, p. 115.

42 Sociedad creada en 1884, por el geógrafo Rafael Aguilar y Santillán y otras personas de vocación científica. Se dividía en cuatro secciones (matemáticas, ciencias físicas, ciencias naturales y ciencias diversas) y su interés principal siempre fue el quehacer científico relacionado con el país. A partir de 1886, publicó unas *Memorias*. Organizó los primeros congresos científicos mexicanos y participó en la formación del *Catálogo de Bibliografía Científica Mexicana*. En 1930 se transformó en Academia Mexicana de

El artículo 2 transitorio, ordena que el Departamento de Monumentos Artísticos, Arqueológicos e Históricos inicie un catálogo de monumentos y lugares de belleza natural. Velasco comenzó a realizar esta labor en la Dirección de Bienes Nacionales. Para realizarla, se formaron comisiones que reunieron especialistas (arquitectos, ingenieros, inspectores de monumentos, dibujantes y otros), al menos en los estados de Hidalgo, Puebla, Tlaxcala, Yucatán, Campeche y sur de Veracruz. El trabajo de registro duró unos dos años, hasta que lo canceló el siguiente secretario de Hacienda, Alberto J. Pani. Velasco debió esperar hasta el gobierno de Lázaro Cárdenas para lograr que el nuevo subsecretario de Hacienda, Eduardo Villaseñor Ángeles, le permitiera recuperar al menos el material reunido sobre Yucatán e Hidalgo, pues da a entender que gran parte de los registros fueron extraviados o destruidos[43]. No obstante, con la información recuperada se publicaron dos grandes volúmenes, editados por Justino Fernández, los *Catálogos de Construcciones Religiosas* (1942 y 1945)[44] de los estados antedichos. En sus últimos años, Velasco declaró sorprendente que a ninguna autoridad se le hubiera ocurrido antes la necesidad de realizar dicha labor, ni que se realizara, a pesar de estar prevista en ley, con la debida diligencia: "aunque sea difícil creerlo, el Gobierno desconocía los bienes de que era propietario [en la época en la que él trabajó en Hacienda], como creo que lo ignora hasta la fecha"[45].

Finalmente, apuntaremos brevemente la que creemos fue la razón de la urgencia para expedir la Ley sobre protección y conservación de monumentos y bellezas naturales de 1930, pues bien sabido es, desde la época independiente, que el tema del patrimonio cultural en nuestro país se cuenta entre los que mucho presumen con orgullo los gobiernos en turno, aunque siempre son los que menos acciones y presupuesto registran; por otro lado, la legislación pertinente siempre ha sido reactiva, esto es, promulgada *a posteriori*, casi siempre tras algún saqueo o destrucción irreparable, como había sucedido entonces.

La ley de 1930 tuvo que promulgarse "al vapor", según la expresión popular, pues el gobierno federal se preparaba a demandar al ciudadano estadounidense Edward H. Thompson, ex cónsul de los Estados Unidos en Campeche y Yucatán, que había llegado, en 1885, con una comisión secreta de parte de algunos museos, especialmente el Peabody de la Universidad de Harvard, para enviarles objetos prehispánicos de la península yucateca, fueran de buena o mala laya, misión que cumplió a satisfacción, incluso instalando una draga en el cenote de Chichén Itzá, sobornando y comprando a toda clase de personas y autoridades, incluso a Santiago Bolio, el inspector de monumentos que, en

---

Ciencias "Antonio Alzate". Saldaña, Juan José, y Luz Fernanda Azuela, "De amateurs a profesionales. Las sociedades científicas mexicanas en el siglo XIX", *Quipu. Revista Latinoamericana de Historia de las Ciencias y la Tecnología*, vol. 11, no. 2, may.–ago., 1994, pp. 163–171.

43 Velasco, "Los monumentos...", *cit.*, p. 574: "... una de las características de la burocracia mexicana es que los funcionarios entrantes no solamente interrumpen lo hecho por los anteriores, sino que dejan que se destruya".

44 *Idem*.

45 *Ibid.*

lugar de detener su expoliación, lo ayudó a realizarla. Sin embargo, poco era lo que podía hacerse bajo el marco legal entonces vigente, la Ley sobre monumentos arqueológicos de 1897, la cual, tontamente, solamente protegía los monumentos inmuebles.

Renunció Porfirio Díaz, inició y terminó la Revolución mexicana con los gobiernos de Madero, Huerta y Carranza, concluyeron dos periodos presidenciales posrevolucionarios, pero el gobierno mexicano permanecía estancado en su abulia, a pesar de la larga y detallada denuncia presentada por escrito, en 1911, en contra del pillaje de Thompson, por el arqueólogo Teobert Maler[46], y de un artículo periodístico acusatorio de Alma Reed, publicado en el *New York Times* (1923)[47]. Desafiante y sin embarazo, el ex cónsul publicó en *National Geographic* (1914) y en el *New York Times* (1923), artículos que daban a entender lo que había hecho en Yucatán. El colmo fue la aparición del libro *The city of the sacred well* (1926) de T. A. Willard, que celebraba los hallazgos de Thompson e incluía una relación de los más importantes objetos que habían llegado, gracias a sus "gestiones", a los Estados Unidos[48].

Al ver la pasividad de las autoridades nacionales, imitando lo que hicieron muchos de sus compatriotas después de la Revolución mexicana, en marzo de 1930, Thompson decidió demandar al gobierno de Yucatán por daños en su hacienda de Chichén Itzá, a través de la Oficina Auxiliar de la Agencia Mexicana de Reclamaciones México Americana, por 108,359 dólares[49]. En respuesta, el gobernador aludido y el gobierno federal, que llevaba los asuntos de dicha Agencia, negaron las acusaciones y contrademandaron a Thompson por 1,036,419 pesos, el 16 de junio del mismo año, principalmente por el saqueo de objetos arqueológicos[50].

Por lo mismo, con el anterior y otros casos similares en mente, Velasco escribió: "Nuestro país es tan rico en tesoros artísticos como negligente para apreciarlos y conservarlos"[51]. Sin conformarse con la crítica, pensó en alternativas para buscar una salvaguardia más efectiva.

2. SOCIEDAD Y EDUCACIÓN: PRIMERA LÍNEA DE DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL

Bien convencido estaba Velasco, desde sus primeros años de vida profesional, según expresó después, que la protección legal no debía ser el medio exclusivo ni el principal para la defensa del patrimonio cultural del país:

---

46 Ramírez Aznar, Luis A., *El saqueo del cenote sagrado de Chichén Itzá*, Mérida, Editorial Dante, 2019, pp. 31–86.
47 *Idem*, pp. 111–112.
48 *Ibid*., pp. 112, 146–148.
49 *Ibid*., pp. 139–140.
50 *Ibid*., pp. 140–145. Más detalles sobre el saqueo y el juicio en el mismo libro.
51 Velasco, Gustavo R., "En defensa del tesoro artístico de México", *Artes de México*, año XXI, nos. 179–180, 1960, p. 4.

> el derecho no constituye el único ni el mejor de los medios para lograr esa finalidad [de protección]. Mucha más importancia reviste la cultura de los habitantes de un país y sus posibilidades económicas. En otras palabras, lo primordial es la idea, la convicción de que los objetos que forman su patrimonio cultural, merecen cuidarse y deben conservarse a fin de transmitirlos a las generaciones futuras. Por otra parte, esa labor requiere dinero, para gastos de vigilancia, de protección, de reparación, de restauración inclusive[52].

Por lo mismo, a la ley y las sanciones y medidas coactivas debía acudirse en última instancia, "cuando los demás resortes de la vida social no han bastado"[53], pues, "en último extremo son las únicas que pueden impedir que la ignorancia o la codicia arrasen nuestros monumentos del pasado, o hagan de ellos un uso indigno o destructivo, o los exporten al extranjero"[54].

Con este objetivo, sin esperar que gobiernos y legislaciones dictaran lo que debía hacerse o no, junto con otras personas con ideales similares, Velasco se sumó a la iniciativa para fundar la Sociedad Defensora del Tesoro Artístico de México (SODETAM). Según explica, la institución surgió a mediados de la década de los cincuenta, como proyecto del arquitecto Felipe García Beraza, fundador del Centro Mexicano de Escritores y director de actividades culturales del Instituto Mexicano Norteamericano de Relaciones Culturales, con apoyo del reconocido historiador del arte Francisco de la Maza, tras una serie de tertulias en el domicilio de García Beraza.

La SODETAM quedó constituida como asociación civil, el 30 de julio de 1964, con bases legales redactadas por Gustavo R. Velasco. Los socios fundadores fueron, además del arquitecto García Beraza y el entonces rector de la Escuela Libre de Derecho, la famosa actriz Dolores del Río de Riley, Angela Martínez del Río y Zamacona, Estela Villalba de Brown, los historiadores Arturo Arnaiz y Freg, Elisa Vargas Lugo de Bosch y Álvaro Manuel González Galván; Carlos de Ovando, el artista Adolfo Best Maugard, y el abogado e historiador José Miguel Quintana.

El denominador común de los fundadores era el deseo de "defender y hacer valer nuestra herencia artística, arqueológica e histórica", ante todo, convencidos de la necesidad de crear conciencia del valor de tales monumentos y de contribuir a su conservación, sin esperar, ingenuamente, a que la autoridad correspondiente tomara la iniciativa,

> tanto por no encontrar un ambiente apropiado para esta empresa, como porque ella compite con otras necesidades y porque se ve obstaculizada en ocasiones por apreciaciones inexactas o consejos equivocados. En último término, pues, como en otros aspectos de nuestra vida nacional, el problema de conservar nuestro patrimonio artístico es un problema de cultura y pobreza, un problema que se resolvería si todos los mexicanos conociéramos ese acervo en su enorme variedad y su

52 Velasco, "Los monumentos…", *cit*., p. 568.
53 *Idem*.
54 Velasco, "En defensa del tesoro artístico de México", *cit*., p. 4.

> infinita riqueza, si lo apreciáramos como corresponde a un elemento integrante de nuestro estilo de vida y nuestra personalidad, y si contáramos con los medios y los amplios recursos necesarios a fin de tratarlo con el cuidado que merece y, en su caso, de mantenerlo incólume, de restaurarlo y respetarlo[55].

La SODETAM fue concebida, por lo tanto, como un grupo de asesores, pero también de actores, cuando la ignorancia, la falta de iniciativa o las prioridades de los gobiernos en turno optaban por retrasar el resguardo de la herencia cultural del país.

Para el número especial que la revista *Artes de México* dedicó a la SODETAM, Velasco reunió en un artículo un resumen o, como él mismo apuntó, una antología de párrafos de diferentes discursos pronunciados en ceremonias de la sociedad, de las que nos valemos para este apartado. En él rara vez utiliza el término "patrimonio cultural", pues éste apenas se acuñó a mediados de la década de los cincuenta, por organismos culturales internacionales como la UNESCO, y tardó al menos una década en volverse de uso común.

Velasco destaca dos aspectos principales, la riqueza artística del país, por un lado y, por el otro, la negligencia para apreciar y conservar dicho tesoro. Pero no se limita a criticar a los gobiernos en este sentido, sino también a los particulares, y recuerda a los propietarios o custodios de edificios considerados monumentos su deber de repararlos y reconstruirlos cuando es necesario, porque, además, estas acciones son ejemplares y tienen un valor educativo. Apunta más razones: no debemos proteger dichos edificios únicamente por su valor inherente o estético, sino porque forman parte de nuestro modo ser, identidad, distinción y "en definitiva constituyen un elemento integrante de nuestra nacionalidad"[56], un acto cívico y de índole moral:

> Ya Heródoto, entre los rasgos que definían a los griegos, mencionaba a sus templos y edificios, junto a la unidad de sangre, de lengua, de religión, de costumbres, y a la semejanza en el modo de pensar y vivir. Defender nuestro patrimonio artístico es, pues, defender una parte de nuestra nacionalidad, de la mexicanidad; y no representa únicamente un acto de cultura, sino que se eleva a la categoría de un deber patriótico y, por tanto, de un imperativo moral[57].

En menor medida, el patrimonio cultural debe considerarse un atractivo turístico y motivo de intercambio con otros países, como factor "de acercamiento y unión"[58].

Afirma que el cuidado de los monumentos del pasado es una tendencia reciente en el mundo, pues no existió en otras épocas, y recuerda la labor del arquitecto francés Emmanuel Viollet-le-Duc (1814-1879), renombrado por sus restauraciones de edificios

---

55 *Idem*.
56 *Ibid.*
57 *Ibid.*
58 *Ibid.*

medievales, como las que dirigió en la catedral de *Notre Dame* de París y *Mont Saint Michel*. Entonces señala que en las edades antigua y medieval no existió la idea de cuidar ni de restaurar los monumentos, salvo escasos ejemplos mencionados por los eruditos[59].

Un par de décadas más tarde —señal de su interés permanente en el tema, pues se publicó a dos años de su muerte—, en un artículo que dedicó a los monumentos y el derecho, Velasco recordó[60], con apoyo en la obra de Mario Grisolia[61], antecedentes de guardianes de tumbas y otros monumentos en Egipto, posteriormente en Roma, cuya Ley de las XII Tablas prohibía remover estatuas y columnas de edificios públicos; lo mismo, para los objetos conseguidos como botín de guerra a los pueblos sometidos y ubicados en los templos, considerados, desde entonces, patrimonio inalienable del pueblo romano. En la época augústea se introdujeron el *comes intentium rerum*, magistrado que debía velar por la conservación de los edificios públicos, y el *tutelari*, responsable de vigilar los monumentos fúnebres. Ya desde la época de Julio César, se dictaron diversas leyes para mantener y desarrollar las urbes, particularmente Roma.

Velasco solamente agregó un antecedente medieval[62]. En los estatutos municipales (1363) de los *maestri di strada*, una magistratura con antecedentes en la época imperial, se prescribía, entre muchos otros deberes de cuidado de la urbe, prevenir "la destrucción de edificios antiguos que debían ser conservados porque servían de ornato y prestigio para la ciudad"[63].

Al anterior, podemos agregar otro, también medieval, aunque más remoto. En 1162, las autoridades civiles de Roma ordenaron que la columna de Trajano (construida a principios del siglo II) quedara bajo la protección de un monasterio, con el propósito de garantizar su integridad y supervivencia, "*per l'onore pubblico della città di Roma. Pertanto la Colonna non dovrà mai essere danneggiata né abbattuta, ma dovrà restare così com'è in eterno, per l'onore del Popolo romano finché il mondo duri*", castigando con pena de muerte y confiscación de bienes a quien atentara o dañara el monumento[64].

También en el artículo de 1981, Velasco señala que "el interés por resguardar los monumentos del pasado empieza con el Renacimiento"[65]. Efectivamente, el afán humanista de recuperar el pasado multiplicó las disposiciones relacionadas con el patrimonio cultural. Los ejemplos que aporta proceden de la obra del profesor de la Universidad

59 *Ibid.*
60 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 570.
61 Grisolia, Mario, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, Soc. Ed. <<Foro Italiano>>, 1952, pp. 20–23.
62 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 570.
63 Cantucci, Michele, *La tutela giuridica delle cose d'interesse artistico o storico*, Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1953, p. 9.
64 Montanari, Tomaso, *Costituzione italiana: Articolo 9*, Roma, Carocci editore, 2018, p. 77.
65 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 570.

de Siena Michele Cantucci[66]. En primer lugar, apunta las denuncias por la destrucción de monumentos que hicieron Francesco Petrarca y Raffaello Sanzio, y los procederes de algunos pontífices (Martín V, Pío II, Paulo III, Julio III, Pío IV, Gregorio XIII, entre otros) y también de cardenales (Pietro Aldobrandini, Bartolomeo Pacca, etc.), que expidieron una serie de disposiciones protectoras.

De vuelta al artículo que publicó en *Artes de México*, Velasco destaca la riqueza de nuestro pasado como nación mestiza, en la que los vestigios de las culturas que nos conformaron no compiten, sino que multiplican la riqueza patrimonial:

> Tan mexicanas son nuestras imponentes pirámides, como nuestras catedrales y templos cristianos, y si aquéllas posiblemente revisten más importancia debido a su carácter único, en cambio los segundos se encuentran más cerca de nosotros porque desde los primeros ejemplos dejan de ser puramente españoles para mostrar motivos autóctonos y la huella de los artífices indígenas que los labraron. Y otra vez, no se trata de nostalgia del pasado ni de dorar un esqueleto; sino de conocernos verdaderamente, de ser lo que somos, y de preparar un porvenir todo lo moderno que se quiera pero con nuestro estilo propio y que por eso mismo, además de evitar que nos descastemos, significa una aportación valiosa para la humanidad[67].

Velasco repite que las razones para proteger y defender "nuestra herencia artística" son múltiples —culturales, patrióticas, económicas—, pero, además de los atractivos de su clima y paisaje, el "fundamental y más alto consiste en ser distinto, en tener una personalidad propia, y de esa personalidad son ingrediente esencialísimo los restos de su pasado, sus construcciones peculiares, el aspecto propio de nuestras poblaciones"[68]. Por lo tanto, descuidar o renegar de él por ignorancia o abandono

> sería no solamente indigno y desleal a los que nos han hecho lo que somos, a nuestros antepasados indígenas y españoles; sería suicida porque nos volveríamos como una planicie yerma, como una página en blanco en que dejaríamos de… escribir nuestro destino para permitir que lo hagan otras culturas, otros estilos de vida extraños a los nuestros, y, por tanto, destructivos de nuestro modo de ser y nuestra nacionalidad[69].

En su apoyo anota las siguientes palabras de Ortega y Gasset: "el pasado es nuestra dignidad"[70].

Añade que no es quimera conservar el patrimonio cultural, a pesar de las imposiciones de la vida moderna, la explosión demográfica, los intereses económicos, el menospre-

66 Cantucci, *op. cit.*, pp. 9–17.
67 Velasco, "En defensa del tesoro artístico de México", *cit.*, p. 4.
68 *Idem*, p. 5.
69 *Ibid.*
70 *Ibid.*

cio generalizado de lo viejo y la preferencia por lo novedoso y vanguardista, sino, en primer lugar —y aquí subraya el que seguramente ha sido el mayor obstáculo para la SODETAM—, "la incomprensión e incultura" de la que no están exentos profesionistas ni servidores públicos, "que por pertenecer a las clases directoras de nuestra sociedad deberían darnos ejemplo a los demás con sus ideas y actos"[71].

Recuerda que los monumentos siempre han sido destruidos, y ni siquiera el común de las personalidades de la historia se lamentan por ello. El deseo de conservarlos se extendió durante el Siglo de las Luces y, más aún, gracias al Romanticismo[72].

Después ofrece un apurado resumen de nuestra legislación e instituciones para la salvaguardia de dicho patrimonio desde el Porfiriato[73], al que vamos a referirnos, en parte, más adelante. Aunque es mucho lo que debe hacerse todavía, no son de menospreciarse los logros, si bien es necesario ampliarlos, mejorarlos y hacerlos más efectivos. El gobierno federal realiza diferentes acciones, como conducir exploraciones arqueológicas, ordenar restauraciones, construir museos y destinar recursos para llevarlas a cabo. Pero hay cantidad de trabajos que deben hacerse en el interior de la República, sobre todo en las ciudades, que crecen y se modernizan, sin seguir "un urbanismo que conjugue todos los aspectos y que coloque en primera línea la necesidad de conservar su carácter propio y su aspecto tradicional"[74].

Sin embargo, para cumplirlo, es necesario invertir inteligencia y voluntad, esfuerzo y trabajo. En palabras de Goethe, "lo que se hereda de los mayores, hay que conquistarlo para poseerlo". Nos corresponde, al haber recibido una herencia tan valiosa, ser dignos de ella y de quienes nos la hicieron llegar, y entregarla "íntegra y sin demérito" a nuestros sucesores[75].

El patrimonio cultural de la nación no se protege para "cultivar el exotismo", tampoco para "enaltecer un nacionalismo fuera de época", sino para reafirmarnos y transitar con una identidad sólida hacia el futuro. En los términos de Velasco, con el fin de "evolucionar dentro de lo que somos; caminar hacia el porvenir pisando con seguridad sobre nuestro pasado y sobre nuestro presente"[76].

El legado cultural es algo equiparable a la personalidad de un país, porque sus creadores insertaron en él lo que nos distingue del resto de los seres humanos, lo cual explica, al final de su discurso, al señalar el estrecho vínculo entre el patrimonio cultural material y su contraparte intangible:

---

71 *Ibid.*
72 *Ibid.*
73 Un panorama completo sobre el tema puede hallarse en Cottom, *op. cit.*, *passim*; y en Lombardo de Ruiz, Sonia, y Ruth Solís Vicarte, *Antecedentes de las leyes sobre monumentos históricos (1536-1910)*, México, INAH, 1988.
74 Velasco, "En defensa del tesoro artístico de México", *cit.*, p. 5.
75 *Idem.*
76 *Ibid.*

> Dentro de este variadísimo patrimonio cultural, compuesto de elementos tan dispares, algunos de ellos tan sutiles, casi tan frágiles, como nuestra habla y nuestras costumbres, nuestras reacciones ante la vida y nuestra escala de valores, los monumentos que nos legaron nuestros antepasados indígenas e hispánicos constituyen un acervo de primordial importancia, un ancla de nuestra manera de ser, un espejo perenne para nuestra nacionalidad. De ahí que el propósito de la Sociedad Defensora del Tesoro Artístico sea contribuir a que se conozcan y valoricen como es debido, y desde luego a que se preserven y salvaguarden[77].

Por último, recuerda que la labor de salvaguardia se debe repartir entre todos los niveles del gobierno, instituciones civiles y religiosas y, desde luego, en la sociedad, hasta cada persona que conforma el país. Al final apunta la multitud de ejemplos de intervenciones de la SODETAM para proteger el patrimonio cultural de la nación[78]. El resto de las páginas del número especial de la revista *Artes de México* incluye capítulos sobre dichos casos, mismos que, afortunadamente, continúan hasta el presente, tras más de medio siglo de actividades.

La labor de Velasco en las primeras décadas de la SODETAM fue de enorme mérito y de valor trascendente. Así se advirtió en la ceremonia luctuosa en su honor, donde estuvo presente el entonces presidente de la institución, Juan Sánchez Navarro[79].

3. CRÍTICA A LA LEGISLACIÓN SOBRE LAS COSAS DE ARTE

En 1981, en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Velasco publicó, hasta donde sabemos, su última reflexión sobre el tema, en el largo artículo que tituló "Los monumentos ante el derecho". La lectura del texto, la forma en que está redactado —al utilizar términos para dirigirse a un público y destacar las partes de un discurso—, y ciertos errores evidentes en su contenido, parecen indicar que se trató de una conferencia posteriormente trascrita por otra persona, quizá a partir de una grabación. No obstante, a sus casi ochenta años, significan las que podrían considerarse sus reflexiones finales sobre el tema que tanto lo entusiasmó.

En el texto repite y amplía ciertas ideas y reflexiones que hemos apuntado, pero añade otras, principalmente críticas a la legislación vigente, esto es, la Ley federal sobre monumentos y zonas arqueológicas, artísticos e históricos, del 6 de mayo de 1972, la cual, a pesar de sus defectos y limitaciones, continúa en vigor con algunas reformas, en general de poca monta, por lo que siguen siendo válidas sus apreciaciones.

---

77 *Ibid*., p. 6.
78 *Ibid.*
79 Gómez Gordoa, José, "Discurso pronunciado por el Sr. Lic. Don José Gómez Gordoa", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, no. 8, 1984, t. I, p. 283; y, Martínez Báez, Antonio, "Discurso pronunciado por el Sr. Lic. Don Antonio Martínez Báez", en *idem*, p. 279.

El artículo abunda en digresiones y repeticiones con noticias autobiográficas e históricas, largas críticas a la escasa bibliografía que se ha escrito sobre el tema y carece de subtítulos. No obstante, resumiendo y ordenando un poco, se puede lograr un panorama más esclarecedor, como el que ahora intento.

En principio, Velasco no considera adecuado mezclar en la misma legislación los monumentos arqueológicos e históricos con los artísticos, porque las leyes relativas a estos últimos "suscitan cuestiones sobre la naturaleza del arte"[80], aunque el rector honorario de la Libre de Derecho había hecho lo mismo en la ley de 1930[81]. Es probable que el motivo de su crítica pretendiera reconocer los grandes cambios que, a lo largo de más de medio siglo, había sufrido tanto el arte como su concepto[82].

Como buen discípulo de Emilio Rabasa, Velasco conocía la importancia de emplear la terminología correcta para referirse a cada materia jurídica, especialmente dentro de la legislación. Así recordó que el derecho italiano había dejado de hablar de monumentos para referirse a las cosas de arte[83]. Sin que lo explicara, la expresión "cosas de arte" es una adaptación del latín *res corporalis*, utilizado en derecho romano para referirse tanto a bienes muebles como inmuebles y a obras de factura humana y de la naturaleza. Mario Grisolia lo prefiere al vocablo monumento, que conduce a equívocos pues parece referirse solamente a bienes inmuebles creados por el ser humano[84].

Velasco sigue después con una larga digresión sobre las que han sido consideradas las cosas de arte desde sus primeras manifestaciones en nuestro planeta. Al mencionar los vestigios arqueológicos nacionales, explica, como lo había expresado antes, que "nuestro arte precortesiano es el más importante porque presenta una manifestación original y única"[85]; lo cual no obsta para que señale sus preferencias: "como mestizos que somos y descendientes de España, para muchos de nosotros se encuentran más cerca de nuestra sensibilidad las catedrales, iglesias, conventos y otros edificios levantados durante los tres siglos de su dominación"[86].

Recuerda que la protección del patrimonio cultural, salvo excepciones, es una característica de la edad moderna, aunque, en la mayoría de los casos, los monumentos de

80 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 567.

81 "Para los efectos de esta ley, se consideran como monumentos las cosas muebles o inmuebles cuya protección y conservación sean de interés público, por su valor artístico, arqueológico o histórico". Artículo 1° de la Ley sobre protección y conservación de monumentos y bellezas naturales, *cit.*, p. 445.

82 Vale la pena recordar que, cuando la legislación vigente era apenas era una iniciativa de ley, su texto fue entregado a los directores del Instituto de Antropología de la Universidad Veracruzana y de su Museo de Antropología. Entre otros puntos, señalaron que la ley solamente debería referirse a los monumentos arqueológicos e históricos, mientras que, para los artísticos, se recomendaba una ley propia, pues el proyecto no se refería a estos últimos con la amplitud necesaria. Cottom, *op. cit.*, pp. 311–312 y n. 436.

83 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 567.

84 Grisolia, *op. cit.*, pp. 3 y 4n.1.

85 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 569.

86 *Idem*.

la antigüedad se han conservado más bien por su volumen y ubicación —como las pirámides de Egipto— y gracia de la fortuna, y no por acciones de los seres humanos, a pesar de los saqueos, fanatismo destructor, catástrofes naturales y otros eventos que los han deteriorado, sin destruirlos por completo[87].

El interés por nuestros monumentos arqueológicos nace desde la época virreinal, en los textos y recopilación de manuscritos y el estudio de antigüedades por parte de Lorenzo Boturini, Francisco Javier Clavijero, José Antonio Alzate y Antonio de León y Gama[88]. A los nombres que apunta Velasco, podemos añadir otros tres: el naturalista español Francisco Hernández de Toledo (*c.* 1515–1587), que, en la década de los 70 del siglo XVI, junto a los estudios de la flora medicinal mexicana —su especialidad—, realizó otros de índole arqueológica, aunque gran parte de su obra se extravió[89]; Carlos de Sigüenza y Góngora (1645–1701), gran coleccionista de manuscritos y objetos prehispánicos, si bien su colección se dispersó a su muerte, pero es probable que nutriera, en gran parte, la reunida posteriormente por Boturini[90]; y el jesuita Pedro José Márquez (1741–1820), originario de León, Guanajuato, historiador del arte que, exiliado en Europa, utilizó los principios de la crítica del arte clásico para hacer lo propio con los monumentos prehispánicos[91].

Velasco realiza enseguida una larga reseña de la historia de la legislación nacional sobre monumentos y de las instituciones creadas por el gobierno para su estudio y salvaguardia[92], destacando también la escasa bibliografía sobre el tema, y, de la impresa, que enumera, no olvida apuntar sus deficiencias[93]. Igualmente recomienda libros de Italia, España y Francia[94]. Añade que escasean las tesis profesionales de licenciatura —apenas logró encontrar una[95]—, problema que subsiste en nuestro tiempo[96].

---

87 *Ibid*., p. 570.
88 *Idem*, p. 571.
89 Trabulse, Elías, "El erasmismo de un científico. Supervivencias del humanismo cristiano en la Nueva España de la Contrarreforma", *Historia Mexicana*, no. 110, oct.–dic., 1978, pp. 224–296.
90 Fernández Delgado, Miguel Ángel, *Carlos de Sigüenza y Góngora*, México, Planeta DeAgostini, 2002, pp. 129–140.
91 Flores Flores, Óscar (ed.), *El clasicismo en la época de Pedro José Márquez (1741–1820). Arqueología, filología, historia, música y teoría arquitectónica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Estéticas, Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, 2014.
92 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, pp. 571–577.
93 *Idem*, pp. 571, 578, 592–593.
94 *Idem*, p. 578.
95 Fierro, Elías, *Las atribuciones del Estado Mexicano en uno de los aspectos de la cultura*, Oaxaca, Facultad de Derecho, 1937.
96 En la biblioteca de la Escuela Libre de Derecho solamente logré encontrar tres: Grunstein, Miriam, *Paisaje de una nación fragmentada: Los conflictos entre el poder público y el interés privado en el dominio de los bienes culturales objeto del patrimonio cultural en México*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2003; Guadarrama Herrera, Manuel, *Conflictos y derechos en la regulación de los bienes arqueológicos nacionales: El caso de Chichén Itzá*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2013; y, Esquivel Fernández, Jesús, *El coleccionismo de arte y antigüedades en México. La inconstitucionalidad de su regulación*, México, Escuela Libre de Derecho, 2023.

Su aportación más valiosa, en este sentido, es la mención de un proyecto de ley para la conservación de monumentos arqueológicos encomendado a Ignacio L. Vallarta, concluido entre 1887 y 1888[97]. Para Velasco, su importancia no reside únicamente en añadir un eslabón en la historia del derecho cultural en México, ni en presumir a los lectores una reliquia de su arqueología legislativa. Su valor principal lo encuentra en que Vallarta decidió pasar por alto que el Congreso de la Unión no tuviera facultad para legislar a nivel federal la materia, y, principalmente, porque defendió, más de cuarenta años antes que él en su proyecto de ley de 1930, la idea de no reconocer la propiedad de la nación sobre los monumentos[98].

Velasco comenta la creación del Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) por decreto del 3 de febrero de 1939, que acepta como necesario, "[d]ada la escasa atención que a la Secretaría de Educación Pública han merecido los monumentos del pasado"[99], pero lo reconoce, desde su origen, atado de manos para cumplir sus funciones por dos razones principales: su director general debe ser un funcionario técnico subordinado y "carente de fuerza política"; y el INAH adolece de autonomía administrativa, aunque es un organismo descentralizado con personalidad jurídica propia capaz de adquirir bienes, pero le falta lo más importante, "o sea la independencia para mejorar los servicios públicos que se le encomiendan y se le sujeta a la Secretaría de Educación en diversos puntos"[100].

3.1. La facultad constitucional

A pesar del saqueo atroz y la destrucción del patrimonio realizado por Thompson en Yucatán, a la par de otros anteriores y posteriores, una verdadera legión en nuestra realidad, los legisladores se mantuvieron indolentes en cuanto a conceder a la federación la facultad de legislar la materia para brindar mayor protección a los monumentos nacionales. Un nuevo llamado de atención en este sentido surgió a raíz de los descubrimientos de Alfonso Caso en Monte Albán, sobre todo el hallazgo de la Tumba número 7, a principios de 1932. El Estado de Oaxaca promulgó una ley, el 13 de febrero del mismo año, que declaraba patrimonio estatal dichos vestigios arqueológicos, desafiada por el gobierno federal y resuelta en su favor tras una controversia constitu-

97 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 572. No ha sido posible localizarlo. En el volumen 3, titulado *Vallarta, legislador*, de la obra inédita del jurista editada por Manuel González Oropeza (*Ignacio L. Vallarta, Archivo Inédito*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Editorial Themis, 1993, pp. 302–304), solamente aparece una nota periodística, copiada del *Monitor Republicano* (16 de noviembre de 1888), "Sobre el proyecto para conservación de monumentos arqueológicos formulado por el licenciado Vallarta", firmada por Juvenal, que abunda más en lamentar el descuido y la falta de estudio de los monumentos nacionales, que en ofrecer detalles relacionados con el proyecto. No he tenido oportunidad de consultar la *Memoria de la Secretaría de Justicia, 1° de abril de 1887 a 30 de noviembre de 1888*, que cita Velasco como su fuente (Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 572).

98 Velasco, "Los monumentos…", *idem*, p. 572.

99 *Ibid.*, p. 576.

100 *Ibid.*

cional, el 15 de octubre de 1932[101]. Empero, la sentencia de la Corte, según Velasco, "no la honra, debido a la ignorancia jurídica que exhibe y a los razonamientos erróneos y hasta tortuosos que contiene"[102], pues todavía faltaban más de tres décadas para que la facultad federal fuera incluida en la Constitución, aunque en dicha resolución se alegaba tímidamente la prioridad federal para legislar sobre monumentos arqueológicos.

La respuesta a la anterior controversia fue la Ley sobre protección y conservación de monumentos arqueológicos e históricos, poblaciones típicas y lugares de belleza natural, del 19 de enero de 1934, que solamente difería de la que había redactado, de acuerdo con su análisis, en tres aspectos: 1) la expresa declaración de la propiedad nacional de los monumentos arqueológicos inmuebles y de los objetos encontrados en su interior (art. 4[103]); 2) la creación de un Registro de la Propiedad Arqueológica Particular (art. 9); y, 3) la desaparición de la Comisión de Monumentos y Bellezas Naturales introducida por la ley de 1930[104].

Desde marzo de 1933, se comunicó al jefe del Departamento de Monumentos Artísticos, el Ing. José Reygadas, que había trabajado ya con Velasco en la preparación de la ley de 1930, el acuerdo de la SEP para volver a realizar las juntas con el fin de acordar los cambios necesarios a la ley vigente o, de ser necesario, crear una nueva. No era de extrañar que, entre los principales aspectos a revisar, se encontrara la indefinición del concepto de propiedad nacional de los monumentos, y se decidiera afirmarla sin ambages en la ley de 1934[105].

Velasco critica también la introducción del Registro de la Propiedad Arqueológica Particular, en el que debían inscribirse los monumentos arqueológicos muebles que al entrar en vigor la ley fueran propiedad de particulares, y los que llegaran a adquirir en lo sucesivo: "La consecuencia, que no vacilo en calificar de artimaña jurídica, era que se presumía que procedían de monumentos arqueológicos inmuebles los objetos de la misma naturaleza que no se inscribieran en el Registro dentro de un plazo de dos años, supongo que con la consecuencia de que pertenecían a la Nación"[106], tema sobre el que tratamos más adelante.

Desaprueba que resumieran la ley de 1930 —en más de una tercera parte—, quizá para que el reglamento (7 de abril de 1934) le sirviera de complemento, pues, "[d]ebo decir en defensa de la Ley que yo redacté, que su prolijidad fue intencional y que se debió a

---

101 Cottom, *op. cit.*, pp. 210–211; Guagnelli, *op. cit.*, pp. 46–47. La sentencia puede consultarse en el *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª ép., t. xxxvi: 1071, registro 279362.

102 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 575.

103 "Son del dominio de la nación todos los monumentos arqueológicos inmuebles. Se consideran inmuebles, y por consiguiente pertenecen a la nación, los objetos que se encuentren en monumentos inmuebles arqueológicos". Cottom, *op. cit.*, p. 468.

104 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 575.

105 Cottom, *op. cit.*, pp. 209–210.

106 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 575.

la novedad de la materia y al temor de que la Secretaría de Educación Pública, a la que competía formar su Reglamento, tardara en hacerlo o introdujera en él normas que se apartaran de los criterios de la Ley"[107].

Tarde, pero la facultad federal para legislar llegó finalmente al Congreso. En su época como senador, Antonio Castro Leal había desempeñado varios puestos importantes en la UNESCO, entre ellos presidente de la Comisión de Monumentos y Sitios Arqueológicos (1950–1952). A comienzos de la década de 1960, consultó a Velasco sobre el patrimonio cultural y su salvaguardia. De acuerdo con el ex rector de la Libre, tras la plática logró que propusiera una iniciativa de reforma constitucional, al adicionar la fracción xxv del artículo 73, otorgando al Congreso de la Unión la facultad de legislar sobre monumentos arqueológicos, históricos y artísticos[108].

Velasco comenta las leyes secundarias que vinieron después de la reforma constitucional de 3 de enero de 1966. Solamente le dedica un párrafo a la Ley federal del patrimonio cultural de la nación (10 de diciembre de1970), la cual no solamente él, sino todos los que han escrito sobre ella, consideran la más deficiente que se ha promulgado sobre la materia, pues algunos preceptos parecían dejar al arbitrio de las autoridades lo que debía considerarse patrimonio de la nación, aunque se hallara en legítima posesión de particulares, y algunos de ellos, por lo mismo, sufrieron las consecuencias en carne o, mejor dicho, colección propia[109].

No obstante, se promulgó la Ley federal sobre monumentos y zonas arqueológicos, artísticos e históricos, el 6 de mayo de 1972, que tampoco fue de su agrado, pues, aunque "menos mala", no llegó a subsanar los errores de la anterior[110], y parece inspirada, aunque más sutilmente, por prejuicios similares a su antecesora.

Entre sus principales defectos señala el declarar monumentos arqueológicos a los restos humanos, de flora y fauna relacionados con culturas prehispánicas (artículo 28)[111]; igualmente, considerar monumentos históricos a los inmuebles religiosos de los siglos XVI al XIX en una enumeración que le parece absurda: templos y construcciones anexas, arzobispados, obispados, casas curales, seminarios, conventos o cualquier otro edificio destinado a la administración, evangelización, enseñanza, asistencia pública o caridad, servicio y ornato público y al uso de las autoridades civiles y militares; los muebles que se hallen en dichos inmuebles y las obras civiles relevantes de carácter privado realizadas en ellos en el periodo señalado (artículo 36-I)[112]. Velasco y el equipo con el que trabajó en la Dirección de Monumentos Nacionales, calcularon en el país entre 16 y 17 mil templos dentro del periodo

107 *Idem*, pp. 575–576.
108 *Ibid.*, pp. 576–577.
109 Cottom, *op. cit.*, pp. 249–298.
110 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 577.
111 *Idem*.
112 *Ibid.*

mencionado por la ley. Pretender nada más registrarlos, sin pensar en la posibilidad de supervisarlos actualiza, en sus palabras, el proverbio "el que mucho abarca poco aprieta"[113]. A lo que añade: "Un principio de buena administración aconseja que las responsabilidades deben ser conmensuradas a las posibilidades"[114]. Por otro lado, sabía, porque conocía la destrucción del registro iniciado bajo su administración, que el gobierno federal no conocía los bienes de los que supuestamente era propietario. Incluir tal cantidad de edificios religiosos dentro del patrimonio nacional era un completo despropósito, además, porque "la calificación de monumento no debe prodigarse porque se desvalorizará y rebajará"[115].

Pero el aspecto que más lamentaba era la declaración, sin más, de la propiedad de los monumentos como pertenecientes a la nación, reiterado por todas las legislaciones posteriores a su proyecto de ley, y a ello dedicó la exposición más amplia de todo el artículo, que aprovecha para hacer nuevas críticas a la ley vigente.

3.2. La propiedad del patrimonio cultural

En los libros que ha dedicado al estudio del liberalismo en México, Aguilar Rivera no podía ignorar a Gustavo R. Velasco, un verdadero "ideólogo extemporáneo" de dicha doctrina, como lo llamó en uno de sus estudios. Su pensamiento, en la teoría y en la práctica, llama la atención al no repetir a los liberales de derecha en la época de la Guerra Fría, más preocupados por lanzarse contra el comunismo a la menor excusa, sino de favorecer el Estado benefactor, siguiendo los principios de la escuela austriaca del libre mercado, mirando al Estado siempre con sospecha, especialmente todo lo que pareciera "intervencionismo"[116]. Este debe ser el punto de partida para comprender su postura sobre la propiedad de los monumentos del pasado nacional.

Para Velasco, el problema de la propiedad del patrimonio cultural era grave, por otro lado, porque la legislación sobre el patrimonio cultural del país, desde la primera de ellas, mal empleaba o utilizaba abusivamente los vocablos monumento, arqueología, historia y arte. Ya se mencionó que prefería la expresión *res corporalis* o cosas de arte en lugar de monumentos[117]; el término arqueología no se podía restringir a un periodo o a ciertas culturas, porque, según la definición de la Real Academia de la Lengua Española, abarca por igual todo lo relativo al pasado remoto y la antropología de los pueblos extintos[118]; el monumento histórico no lo era nada más por su carácter vetusto o por pertenecer a cierto periodo del pasado, sin olvidar que le parecía absurdo pensar

113 *Ibid.*
114 *Ibid.*
115 *Ibid.*
116 Aguilar Rivera, José Antonio, *La geometría y el mito. Un ensayo sobre la libertad y el liberalismo en México, 1821-1970*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010, pp. 106-120.
117 Velasco, "Los monumentos...", *cit.*, p. 567.
118 *Idem*, p. 579.

que todos los objetos en su interior fueran considerados monumentos[119]; y el patrimonio artístico, *stricto sensu*, por sus peculiares características, no debía mezclarse con el resto de las cosas de arte, sino contar con una normativa propia[120]. Aun así, sin dejar de expresar sus molestias, expresó sus críticas con la esperanza de encontrar remedios.

3.2.1. La declaración de propiedad estatal de los monumentos

En el artículo que dedicó a los monumentos, la mitad de las páginas ofrecen la original tesis sobre sus genuinos propietarios y sus críticas a las leyes que han sostenido la propiedad estatal[121]. Sin lugar a duda, es su principal aportación dentro del derecho patrimonial cultural. La argumentación, como se indicó al principio, es larga, minuciosa y reiterativa, por eso remitimos al artículo original para quien desee conocerla de primera mano.

Velasco, al inicio de la parte más amplia de su examen, vuelve a los aportes de otro gran ideólogo del liberalismo mexicano, al menos en la práctica jurídica y política, Ignacio L. Vallarta[122], y a su proyecto de ley donde aparece el mismo principio que él sostenía: la propiedad de los monumentos arqueológicos, sin distinción, es de los particulares, salvo aquellos cuyo dominio hubiera adquirido la nación anteriormente por cualquier título.

Sospecha que ésta debió ser la razón de que el proyecto del gran jurista no fuera aceptado y, por lo mismo, la siguiente ley, de 11 de mayo de 1897, declaró los monumentos de propiedad nacional, sin excepciones[123]. Es probable que Velasco no conociera la propuesta legislativa de Vallarta al redactar su proyecto de ley de 1930. Además de no mencionarlo entre sus fuentes[124], de cualquier modo, no era necesario su conocimiento, dado que ambos partían de principios ideológicos cercanos.

Velasco afirma entonces que, para elaborar su tesis, examinó el tema "con el ánimo abierto y con empeño", dada la importancia que le concedía la SEP, y también por el respeto que sentía hacia el Ing. Reygadas, director de Monumentos Arqueológicos, partidario del dominio nacional. No obstante, concluye que no existen sólidos argumentos para afirmar la propiedad de la nación sobre los monumentos del pasado en su proyecto, como lo había hecho su antecesora[125]. Aunque las leyes ulteriores y la vigente lo contradijeron, Velasco no cambió jamás de parecer sobre el tema.

---

119 *Ibid*., pp. 579-580 y 582.
120 *Ibid*., p. 567.
121 *Ibid*., pp. 578–595.
122 Fernández Delgado, Miguel Ángel, *Ignacio L. Vallarta, jurisconsulto de la república*, México, Secretaría de Educación Pública, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2012.
123 Velasco, "Los monumentos…", *cit*., pp. 578-579.
124 *Idem*, pp. 574-575.
125 *Ibid*., p. 575.

Su tesis la defiende, en primer lugar, a través de la historia del derecho patrio; luego, desde el derecho constitucional.

Tradicionalmente se considera que la corona española se reservó para sí la propiedad de la nación, de acuerdo con la *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias* (1681), según se lee en el libro III, título I, ley I[126], y el libro viii, título xii, ley ii[127], las cuales mencionan, respectivamente, una declaración general del señorío español sobre los territorios ultramarinos por donación papal y la prohibición de enajenarlos; y la obligación del pago del quinto real sobre bienes muebles considerados preciosos extraídos de estas tierras. Sin embargo, nada expresan con claridad sobre la materia ni valen como pruebas de la prohibición para transmitir dicha propiedad a los particulares, pues así lo permite el libro iv, título xii, ley i[128]. La única alusión expresa la halló en una instrucción dictada por Carlos IV, del 6 de julio de 1803[129]. Si bien en su primer párrafo expresa referirse a las antigüedades encontradas en la península Ibérica (púnicas, romanas, cristianas, godas, árabes y medievales), en el siguiente se refiere por igual a "las que se hallaren en territorio público o realengo (de que soy dueño)"[130], caso, este último, donde se ubicaba el reino de la Nueva España. Las encontradas en heredades o casas, y los descubiertos "a su costa y por su industria", serán de propiedad privada. En caso de los hallados en territorio público y de realengo, descubridores y poseedores deberán recogerlos y entregarlos a los magistrados y justicias de los distritos, con el requisito, para todos, de avisar a la Real Academia de la Historia, "a fin de que esta tome el correspondiente conocimiento, y determine su adquisición por medio de compra, gratificación, ó según se conviniese con el dueño"[131].

Por el derecho de reversión, al reconocer España la independencia, la nación mexicana sucedió a la corona española en el dominio de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio mexicano, como lo expresa el artículo 27 constitucional, como "reminiscencia histórica y no [como] una norma dispositiva", pero sin adquirir el dominio sobre los monumentos arqueológicos porque el rey tampoco se los reservó[132].

---

126 *Recopilación de leyes de los reynos de Las Indias. 1681. Tomo segundo*, México, Escuela Libre de Derecho, Miguel Ángel Porrúa, 1987, fol. I, "De el dominio y iurisdicion Real de las Indias. Ley primera. Que las Indias Occidentales estén siempre unidas a la Corona de Castilla, y no se puedan enagenar".

127 *Idem*, *tomo tercero*, fol. 63v., "Que de los tesoros hallados en sepulturas, oques, templos, adoratorios, o heredamientos de los Indios, sea la mitad para el Rey, haviendo sacado los derechos, y quintos".

128 *Idem*, *tomo segundo*, fol. 102, "Que a los nuevos pobladores se les den tierras, y solares, y encomienden Indios: y qué es peonía, y cavalleria".

129 "Instrucción sobre el modo de recoger y conservar los monumentos antiguos que se descubren en el reyno, baxo la inspección de la Real Academia de la historia (Carlos IV, por resolución de 24 de marzo de 1802, y cédula del consejo del 6 de julio de 1803)". *Los Códigos Españoles concordados y anotados. Tomo IX. Novísima Recopilación de las Leyes de España. Tomo III, que contiene los libros octavo, noveno, décimo y undécimo*, 2ª ed., Madrid, Antonio de San Martín, Editor, 1872, pp. 126–127.

130 *Idem*, p. 127.

131 *Ibid*., Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 581.

132 Velasco, *idem*.

No existe en nuestras constituciones decimonónicas disposición expresa para legislar sobre monumentos por parte del gobierno central. Los códigos civiles de los estados, en cuanto fueron promulgados, reiteraron el principio de que el propietario de un terreno también es dueño de lo que se halle en el subsuelo, como lo hicieron los códigos civiles federales de 1870 y 1884, salvo de los minerales declarados propiedad de la nación[133].

Por lo anterior, las leyes sobre monumentos de 1897 y 1934 fueron inconstitucionales al conceder al gobierno federal la propiedad de los monumentos arqueológicos, dado que: 1) la federación no tenía facultad para legislar sobre monumentos; y, 2) porque, siendo de propiedad privada los monumentos arqueológicos e históricos, como toda propiedad, no podían ser ocupados sino por causa de utilidad pública y previa o mediante indemnización[134]. A partir de las leyes de 1970 y 1972, desaparece la inconstitucionalidad en el primer supuesto, pero subsiste en el segundo[135]. La última legislación, que sigue en vigor, introdujo además la categoría de zonas de monumentos (arqueológicos, históricos y artísticos), que define como el área que comprende un conjunto de dichos monumentos o en donde se presume su existencia (arts. 39 a 41), para colocarlos bajo la jurisdicción federal, medida por la cual, sobre todo en el caso de circunscripciones municipales, disminuye también sus poblaciones a manera de expropiación[136]. Por otro lado, la facultad del Congreso se concedió para legislar en materia de monumentos y no de zonas donde se les hallara o presumiera encontrarlos[137].

Los monumentos, en opinión de Velasco, deben considerarse dentro de la categoría de bienes destinados al servicio público o uso común mencionados en el artículo 132 constitucional:

> Los fuertes, los cuarteles, almacenes de depósito y demás bienes inmuebles destinados por el Gobierno de la Unión al servicio público o al uso común, estarán sujetos a la jurisdicción de los Poderes Federales en los términos que establezca la ley que expedirá el Congreso de la Unión; más para que lo estén igualmente los que en lo sucesivo adquiera dentro del régimen de algún Estado, será necesario el consentimiento de la legislatura respectiva.

Así aparece en el artículo 8, primer párrafo, de su proyecto de ley de 1930, es decir, no son propiedad de la nación, pues solamente quedan bajo la jurisdicción federal. El artículo establece una excepción a la regla contenida en el art. 121–II, según la cual los bienes muebles e inmuebles se rigen por la ley del lugar donde se ubican, y el art. 132 exige que se pida consentimiento a la legislatura local correspondiente, algo que tampoco se cumple cuando se trata de monumentos[138].

---

133 *Ibid*., pp. 581–582.
134 *Ibid*., p. 582.
135 *Ibid.*
136 *Ibid*., p. 593.
137 *Ibid*., p. 594.
138 *Ibid.*

La Carta de Querétaro, en sus artículos 27–II[139] y 130, tornó en absoluta la prohibición de las asociaciones religiosas para ser propietarias de bienes raíces y muebles, pues todos los templos y lo que en ellos se encuentre fueron declarados propiedad de la nación[140]. Sin embargo, Velasco sostiene, como veremos, que, desde antes de su entrada en vigor, existían inmuebles religiosos de propiedad privada (templos, capillas, oratorios, etc.), que nunca fueron de dominio nacional al no destinarse al culto público y el mismo criterio aplica a los muebles encontrados en ellos.

La Ley de Nacionalización de Bienes, reglamentaria del art. 27 constitucional (31 de diciembre de 1940) fue más radical, al sugerir que —según la interpretación mayoritaria de la doctrina—, aunque un obispado o seminario perteneciera a un particular que haya concedido o permitido su uso —verbigracia, a través de un contrato o de comodato—, también debía nacionalizarse. Velasco afirma haber dudado sobre esto desde que trabajó en la dirección de Bienes Nacionales de la Secretaría de Hacienda. Si no lo expresó entonces, se debió a su carácter de servidor público que debía guardar sigilo, sobre todo en la época de la Guerra Cristera[141].

La anterior interpretación no le parece correcta, por varios motivos: 1) el artículo 27-II constitucional se refiere solamente a los obispados, casas curales, seminarios, asilos o colegios de asociaciones religiosas, conventos o cualesquiera otros destinados a la administración o evangelización que ya existían[142]; 2) porque afectaría la libertad religiosa, la cual puede manifestarse también en el domicilio particular, de acuerdo con la definición de culto público de la Ley reglamentaria del artículo 130 de la Constitución Federal (18 de enero de 1927); y, 3) puesto que "si un templo, capilla, oratorio, etcétera,

---

139 Dado que su texto actual ha sido reformado, copiamos su redacción original: "Las asociaciones religiosas denominadas iglesias, cualquiera que sea su credo, no podrán en ningún caso tener capacidad para adquirir, poseer o administrar bienes raíces, ni capitales impuestos sobre ellos; los que tuvieren actualmente, por sí o por interpósita persona, entrarán al dominio de la Nación, concediéndose acción popular para denunciar los bienes que se hallaren en tal caso. La prueba de presunción será bastante para declarar fundada la denuncia. Los templos destinados al culto público son de la propiedad de la Nación, representada por el Gobierno Federal, quien determinará los que deben continuar destinados a su objeto. Los obispados, casas curales, seminarios, asilos o colegios de asociaciones religiosas, conventos o cualquier otro edificio que hubiere sido construido o destinado a la administración, propaganda o enseñanza de un culto religioso, pasarán desde luego de pleno derecho al dominio directo de la Nación, para destinarse exclusivamente a los servicios públicos de la Federación o de los Estados en sus respectivas jurisdicciones. Los templos que en lo sucesivo se erigieren para el culto público, serán propiedad de la Nación".

140 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, pp. 585-587.

141 *Idem*, pp. 587-588.

142 El artículo en comento prescribe: "Los obispados, casas curales, seminarios, asilos o colegios de asociaciones religiosas, conventos o cualquier otro edificio que hubiere sido construido o destinado…"; pero su mala redacción, sostiene Velasco, dificulta su correcta interpretación, pues debió decir: "Los obispados, casas curales, seminarios, asilos o colegios de asociaciones religiosas, conventos o cualquier otro edificio que haya sido construido o destinado…". También añade: "Si no fuera así, no se entiende cómo pudo ordenar que 'pasarán desde luego, de pleno derecho, al dominio directo de la Nación'". *Ibid.*, p. 588.

no está abierto al público en general, no será propiedad de la Nación", como es el caso de iglesias, templos, capillas u oratorios existentes en haciendas, fábricas, escuelas, casas de beneficencia, de potentados o personas muy devotas[143].

Al tratar sobre la propiedad del patrimonio cultural mueble, añade nuevos argumentos para apuntalar esta tesis.

3.2.2. La propiedad de los bienes muebles en monumentos religiosos

Además de la declaración de la propiedad nacional sin distinciones del patrimonio cultural, a Velasco le disgustaba que la ley de 1972 pretendiera extender dicho régimen a los bienes muebles hallados en monumentos inmuebles, sobre todo los denominados históricos destinados al culto público, y que se castigara a sus poseedores sin tomar en cuenta las circunstancias de la adquisición.

De acuerdo con el artículo 36-I de la ley, son monumentos históricos por disposición de ley los inmuebles edificados entre los siglos XVI y XIX, destinados a templos y sus anexos; arzobispados, obispados, casas curales, seminarios, conventos y demás destinados a la evangelización, administración, enseñanza, educación o práctica religiosa; o a fines asistenciales o de beneficencia; y también los que ahora se dediquen al servicio y ornato públicos, o sean usados por autoridades civiles o militares. Asimismo, "[l] os muebles que se encuentren o se hayan encontrado en dichos inmuebles y las obras civiles relevantes de carácter privado realizadas de los siglos XVI al XIX inclusive".

Como derivación, el artículo 50 prescribe sancionar "al que ilegalmente tenga en su poder un monumento arqueológico o un monumento histórico mueble y que éste se haya encontrado en o que proceda de un inmueble a los que se refiere la fracción I del artículo 36, se le impondrá prisión de uno a seis años y multa de cien a cincuenta mil pesos"[144]. También le sorprende que la ley asuma que la posesión de dichos objetos sea considerada, *prima facie*, ilegal[145]:

> es posible que un monumento arqueológico o un monumento histórico mueble se encuentre legalmente en poder de un particular. Por ejemplo, si yo compro un objeto en el extranjero y lo traigo a México, lo tengo en mi poder legalmente. Lo mismo ocurrirá, si el Museo me lo ha entregado para que lo estudie o para que lo repare o restaure. Estoy seguro de que los especialistas en derecho penal encontrarán otros defectos en la disposición que comento y la reprobarán enérgicamente[146].

---

143 *Ibid*., pp. 587–590. En este último punto recuerda que está de acuerdo con él Herrera y Lasso, y remite a sus *Estudios Constitucionales. Primera serie*, México, Editorial Jus, 1983, pp. 87-91.

144 El 13 de junio de 2014 se reformó solamente la parte final del artículo, relativa a las penas, para endurecerlas, pasando la prisión de tres a nueve años y la pena pecuniaria de dos mil a tres mil días multa.

145 Velasco, "Los monumentos…", *cit*., pp. 580 y 583.

146 *Idem*, p. 583.

Por igual lamenta que se cuenten con los dedos de una mano los autores interesados en el tema de los monumentos muebles en general. Recuerda solamente los *Estudios de Derecho Constitucional*, de su "viejo profesor"[147] Manuel Herrera y Lasso; el *Derecho Constitucional*, de Ignacio Burgoa; y, *Los bienes de la Iglesia en México*, del historiador Jan Bazant[148].

Su razonamiento sobre los monumentos muebles o inmuebles por destino repite el mismo trayecto que antes. Primero los antecedentes históricos y después la crítica a la legislación vigente.

Parte de la misma idea de ambigüedad legislativa sobre la materia en general, y la primera ley que cita es la de desamortización de 25 de junio de 1856 (Ley Lerdo), responsable de "la transmisión más grande de la propiedad en la historia mexicana del siglo XIX", en palabras de Bazant[149], pero que, según Velasco, fue una medida de carácter económico y social la cual solamente transformó la riqueza eclesiástica de bienes raíces en capitales, pero que, sumada a las demás restricciones a la Iglesia contenidas en la misma norma (supresión del fuero eclesiástico, secularización de cementerios, creación del Registro Civil, y demás), se consideró un ataque frontal contra todos sus cimientos[150].

La llamada Ley Lerdo declaró bajo el dominio nacional todos los bienes que el clero, secular y regular, había administrado sin importar el título, la clase de predio, derecho o acción en que consistieran, su nombre o la aplicación que hubieran tenido, sin distinguir entre muebles e inmuebles, porque no era necesario hacerlo. Casi dos décadas más tarde, la Ley reglamentaria del 14 de diciembre de 1874, permitió a las instituciones religiosas el derecho de uso exclusivo, conservación y mejora de los bienes nacionales destinados al culto público, mientras no se decretara la consolidación de la propiedad[151]. Velasco apunta que, a partir de entonces, fue posible que las instituciones religiosas tuvieran en posesión iglesias, y la misma posibilidad se abrió a los particulares, "por lo cual la Nación tampoco tuvo derecho alguno sobre los objetos destinados al culto que se encontraran en ellos"[152].

Por si lo anterior no bastara, añade que la ley del 16 de noviembre de 1900[153], dio fin a la desamortización y nacionalización, gracias a un proyecto enviado dos meses antes al

147 *Ibid*., p. 589.

148 *Ibid*., p. 583. Aunque tampoco son abundantes el día de hoy, podemos añadir otros tres títulos: Martínez de Codes, Rosa María, *Los bienes nacionales de origen religioso en México, 1833–2003. Estudio histórico–jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007; Soberanes Fernández, José Luis, *Los bienes eclesiásticos en la historia constitucional de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Suprema Corte de Justicia y la cuestión religiosa, 1917–1940*, 2ª ed., México, SCJN, 2006, 2 vols.

149 Bazant, Jan, *Los bienes de la Iglesia en México, 1856–1875*, México, El Colegio de México, 1984, p, 103.

150 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 584.

151 *Idem*, p. 585.

152 *Ibid*., p. 591.

153 En su artículo, Velasco anota la fecha de dicha ley como del 13 de noviembre de 1900 (*ibid*., p. 591), pero en el *Diario Oficial* aparece dicha ley, sin título, en la fecha anotada. Ver: *Diario Oficial de la Federación*, 16 de noviembre de 1900, p. 9.

Congreso por el secretario de Hacienda, José Yves Limantour[154]. Dicha ley dispuso para siempre prescritos los derechos y las acciones fiscales para reclamar los bienes raíces que fueron administrados por el clero y debieron reducirse a dominio privado en virtud de la Ley de 25 de junio de 1856, e ingresaron después al dominio nacional por disposición de la Ley de 12 de julio de 1859, a menos que los expresados bienes se hallaran en poder de algunas instituciones religiosas, y por lo que expresa su artículo 5[155] [156].

Repite el cambio de régimen a partir de la Constitución de 1917, la radicalización del criterio de propiedad según la Ley de Nacionalización de Bienes de 1940, y se pregunta, "¿puede alguien dudar de que si la disposición de la Constitución relativa a los obispados, seminarios y otros edificios, se entiende como de aplicación permanente o recurrente, se estorba, impide y prohíbe, aunque sea indirectamente una religión?"[157]. Y luego continúa el argumento sobre los monumentos muebles.

Sin embargo, antes se seguir su artículo, es necesario anotar que su argumento se desmorona, como en un juego de *Jenga*, al haber ignorado un breve y apenas recordado decreto publicado en el *Diario Oficial* durante la Segunda Guerra Mundial, el Decreto por el cual se previene que la enajenación de bienes muebles de origen religioso, sólo podrá efectuarse mediante acuerdo presidencial expreso, del 23 de septiembre de 1942, es decir, apenas cuatro meses después de la declaración formal de guerra de nuestra nación contra los países del Eje, razón por la cual debió pasar casi desapercibido. El decreto se refiere, precisamente, al valor patrimonial y museístico de dichos objetos, y su texto puede consultarse en el apéndice.

De cualquier modo, se puede sostener el razonamiento sobre los bienes muebles procedentes de inmuebles religiosos de carácter privado, pues Velasco, buen conocedor de un tema que le apasionó toda su existencia, también acudió a la historia del arte. Apunta que no es necesario escarbar demasiado en nuestro pasado para descubrir la influencia de la religión en la totalidad de los aspectos de la vida en la época virreinal. Los particulares también encargaban pinturas, esculturas y otros objetos artísticos y artesanales religiosos para conservarlos en sus domicilios, sin necesidad de contar con capillas u oratorios en ellos, aunque fuera por simple ornato. Cita en su apoyo el *Arte Colonial en México* (1948) de Manuel Toussaint, como un ejemplo entre muchos posibles, para comprobar "que por un cuadro de un gobernante u otro personaje, hubo no

154 Martínez de Codes, *op. cit.*, p. 111; Bazant, Jan, "Reseña de Robert J. Knowlton: *Church property and the Mexican reform, 1856-1910*, De Kalb, Northern Illinois University Press, 1976, 265pp.", *Historia Mexicana*, vol. 26, no. 4 (104), abr.–jun., 1977, p. 632.

155 "Los demás bienes raíces y derechos reales procedentes de las leyes de nacionalización y redención prescribirán conforme a derecho en un plazo de veinte años que se computará desde la fecha del título para la prescripción positiva, y desde que la obligación se hizo exigible para la negativa". *Diario Oficial de la Federación*, *op. cit.*, *loc. cit.*

156 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, pp. 591–592.

157 *Idem*, p. 589.

diez sino probablemente noventa de índole religiosa", y dichos monumentos muebles, desde luego, no han pertenecido jamás a la nación[158].

4. REFLEXIONES FINALES

Para concluir su larga exposición, Velasco sostiene que todas las leyes sobre monumentos nacionales, incluyendo la que él redactó, contienen limitantes a la propiedad transformándola en un régimen especial, por lo que debería indemnizarse a los particulares al sufrir una expropiación, aunque no total, claramente parcial de lo que les pertenece[159].

Velasco exige una nueva ley de monumentos, y pide que la nueva sea encargada a personas competentes en materia legislativa, con experiencia en el cuidado de los bienes de marras, y con verdadero amor al arte, recomendando tener presentes los antecedentes legislativos nacionales y el derecho comparado, sin olvidar que el derecho, al tratarse de patrimonio cultural, debe ser la "*última ratio*"[160]:

> La obligación y la empresa de cuidar los monumentos del pasado no son exclusivas del Poder Público y la intervención y la acción de éste tampoco son lo más importante. Ello es deber de toda la sociedad, más aún, de todos y cada uno de nosotros… frente a los monumentos las normas jurídicas y sus sanciones resultarían innecesarias, si los mexicanos tuviéramos la convicción sincera y profunda de que las manifestaciones artísticas que nos legaron nuestros antepasados deben respetarse a fin de transmitirlas a las generaciones que nos sucederán en esta tierra. Como ya apunté, se trata de un problema de cultura. Empleo esta palabra, de la que bastante se ha abusado, en el sentido que le imprime Ortega y Gasset, de "sistema de ideas vivas que cada tiempo posee" o "sistema de ideas desde las cuales el tiempo vive"[161].

Añade que "[a]demás se requiere… cierto grado de posibilidad económica, porque la tarea exige dinero, gasto, y un país tan pobre que apenas logre subsistir, se verá imposibilitado para realizarla. En definitiva, conservar lo que nos ha dejado el pasado, importa un lujo, un adorno, y ya los antiguos sentenciaron que primero es vivir y después filosofar"[162].Tal ver por eso se muestra pesimista al final, pero sólo por un momento.

Aunque difícil no cree que la tarea se irrealizable; tampoco el autor de estas líneas lo cree así. Como no se puede amar lo que no se conoce, aunque los recursos económicos no sean abundantes, la labor de difusión conjunta de nuestro patrimonio cultural, tanto material como inmaterial, por parte del gobierno como de la iniciativa privada, escuelas, universidades e instituciones de enseñanza de toda especie, ayudaría mucho a que la sociedad mexicana cobrara conciencia y se sintiera orgullosa de vivir en el sép-

158 *Ibid*., p. 591.
159 *Ibid*., p. 594.
160 *Ibid*., pp. 594-595.
161 *Ibid*., p. 596.
162 *Ibid.*

timo país con mayor número de sitios declarados patrimonio de la humanidad por la UNESCO[163]. Sin duda, sólo es un indicio de nuestra riqueza cultural y, con el presente estudio, deseamos aportar algo en el sentido señalado por el rector honorario de la Libre de Derecho.

Por lo mismo, Velasco, recordando al Ingenioso Hidalgo imaginado por Cervantes, nos invita "a que montemos nuestros Rocinantes, empuñemos nuestras lanzas y macanas, y también salgamos por los campos que fueron de Anáhuac, después de la Nueva España, y ahora son de este México tan querido, a combatir por los monumentos o sea por algo de lo que más identifica y distingue nuestra Patria"[164].

Apéndice

DECRETO por el cual se previene que la enajenación de bienes muebles de origen religioso sólo podrá efectuarse mediante acuerdo presidencial expreso.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.—Presidencia de la República.

MANUEL ÁVILA CAMACHO, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed:

Que en uso de las facultades que confiere al Ejecutivo de mi cargo la fracción I del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

CONSIDERANDO:

I.—Que no existen actualmente disposiciones especiales que reglamenten el destino y enajenación de los bienes muebles de origen religioso que pertenecen a la Nación;

II.—Que tales bienes, entre los que se encuentran objetos de diverso valor artístico e histórico, nacionalizados por el imperio de lo mandado por la fracción II del artículo 27 constitucional, deben equipararse a los inmuebles por su inmovilización y destino;

III.—Que, para protejer [*sic*] ese tesoro artístico e histórico correspondiente a la República, procede dictar disposiciones de orden general para que se rijan por ellas las autoridades que lo tienen bajo su guarda; y, en esa virtud, he tenido a bien dictar el siguiente

DECRETO:

ARTÍCULO 1°.—La enajenación de los objetos muebles de origen religioso, altares, ornamentos, vasos sagrados, etc., sea que se encuentren coleccionados en Museos o en

163 Centro del Patrimonio Mundial, "Lista del Patrimonio Mundial", UNESCO. En línea: https://whc.unesco.org/es/list/. Consultado el 28–VI–23.

164 Velasco, "Los monumentos…", *cit.*, p. 596.

los templos abiertos al culto, sólo podrá hacerse mediante acuerdo presidencial expreso, en los términos de los artículos 53 y 58 de la ley de 18 de diciembre de 1902, sobre Clasificación y Régimen de los Bienes Inmuebles Federales.

ARTÍCULO 2°.—El cambio de destino de los bienes muebles a que alude el artículo anterior, se regirá por lo que disponen los artículos 20 y 21 del ordenamiento que en el mismo artículo precedente se invoca.

TRANSITORIO:

ÚNICO.—Este decreto entrará en vigor el día de su publicación en el "Diario Oficial" de la Federación.

Dado en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la ciudad de México, a los catorce días del mes de abril de mil novecientos cuarenta y dos.—Manuel Ávila Camacho.—Rúbrica.—El Secretario de Estado y del Despacho de Hacienda y Crédito Público, Eduardo Suárez.—Rúbrica.—Al C. Lic. Miguel Alemán, Secretario de Gobernación.—Presente.

OBRAS DE REFERENCIA

Aguilar Rivera, José Antonio, *La geometría y el mito. Un ensayo sobre la libertad y el liberalismo en México, 1821–1970*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

Álvarez Palma, Ilse Angélica (ed.), *Automotores y transporte público. Un acercamiento desde los estudios históricos*, Zinacantepec, El Colegio Mexiquense, 2017.

Anónimo, "Ignacio Soto Borja y Anda". En línea: ignaciosotoborjayanda.mx. Consultado el 3–V–23.

Anónimo, "Jorge Espinosa Chacón", En línea: http://www.geocities.ms/jorgeespn/. Consultado el 26–IV–23.

Arenal Fenochio, Jaime del, "Velasco Adalid, Gustavo R.", *Los juristas de la libertad. Bibliografía de abogados egresados de la Escuela Libre de Derecho (1913–2002)*, México, Escuela Libre de Derecho, 2002, pp. 251–253.

Arteaga Nava, Elisur, "El danzón *La Libre de Derecho*", Munive Páez, Manuel, y Pampillo Baliño, Juan Pablo (eds.), *Un siglo de aportaciones de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 399–402.

Bazant, Jan, *Los bienes de la Iglesia en México, 1856–1875*, México, El Colegio de México, 1984.

— "Reseña de Robert J. Knowlton: *Church property and the Mexican reform, 1856–1910*, De Kalb, Northern Illinois University Press, 1976, 265pp.", *Historia Mexicana*, vol. 26, no. 4 (104), abr.-jun., 1977, pp. 631-632.

Cacho, Luis Norberto, "Los abogados de la Escuela Libre de Derecho en el arte y la cultura", Munive Páez, Manuel, y Pampillo Baliño, Juan Pablo (eds.), *Un siglo de aportaciones de la Escuela Libre de Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 2013, pp. 383–398.

Cantucci, Michele, *La tutela giuridica delle cose d'interesse artistico o storico*, Padova, CEDAM, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1953.

Cottom, Bolfy, *Nación, patrimonio cultural y legislación. Los debates parlamentarios y la construcción del marco jurídico federal sobre monumentos en México, siglo XX*, México, Miguel Ángel Porrúa, Cámara de Diputados LX Legislatura, 2008.

Fernández Delgado, Miguel Ángel, *Carlos de Sigüenza y Góngora*, México, Planeta DeAgostini, 2002.

— *Ignacio L. Vallarta, jurisconsulto de la república*, México, Secretaría de Educación Pública, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, 2012.

Flores Flores, Óscar (ed.), *El clasicismo en la época de Pedro José Márquez (1741–1820). Arqueología, filología, historia, música y teoría arquitectónica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Estéticas, Real Academia de Bellas Artes de San Fernando, 2014.

Gómez Gordoa, José, "Discurso pronunciado por el Sr. Lic. Don José Gómez Gordoa", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, 1984, t. 1, pp. 283–285.

Grisolia, Mario, *La tutela delle cose d'arte*, Roma, Soc. Ed. del <<Foro Italiano>>, 1952.

Grunstein, Miriam, *Los arrebatos del arte. Los bienes culturales entre la pasión privada y el interés público*, México, Porrúa, 2006.

Guagnelli Núñez, Aldo A., "La antropología y el régimen jurídico de los monumentos arqueológicos hacia la Constitución de 1917", *Antropología. Revista interdisciplinaria del INAH*, nueva época, año 1, no. 3, jul.–dic., 2017, pp. 42–51.

Juvenal, "Nota de '*El Monitor Republicano*' sobre el proyecto para conservación de monumentos arqueológicos formulado por el licenciado Vallarta. Boletín de '*El Monitor*', 16 de noviembre de 1888", González Oropeza, Manuel (comp.), *Ignacio Luis Vallarta. Archivo Inédito*, México, Poder Judicial de la Federación, 1993, v. 3, pp. 302-304.

López Medina, Manuel (dir.), "Don Gustavo R. Velasco. Profesor de Derecho Administrativo", *Escuela Libre de Derecho. 70 Aniversario, 1912-1982*, México, Escuela Libre de Derecho, 1982, pp. 211–212.

Macedo, Miguel S., *Mi barrio: Ensayo histórico*, 2ª ed., México, Departamento del Distrito Federal, 1988.

Mansilla-Moya, Mateo, "Luis Cacho: Derecho y cultura", *Revista Abogacía*, 31 de octubre, 2022. En línea: revistaabogacia.com/luis-cacho-derecho-y-cultura/. Consultado el 5-V-23.

Maples Arce, Manuel, *Mi vida por el mundo (Memorias III)*, 2ª ed., Xalapa, Universidad Veracruzana, 2010.

Martínez Báez, Antonio, "Discurso pronunciado por el Sr. Lic. Don Antonio Martínez Báez", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, 1984, t. 1, pp. 279-281.

Martínez de Codes, Rosa María, *Los bienes nacionales de origen religioso en México, 1833–2003. Estudio histórico–jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Montanari, Tomaso, *Costituzione Italiana: Articolo 9*, Roma, Carocci editore, 2018.

Museo Nacional de Arte, "Donación de la familia Maples Arce Vermeersch, 16 de marzo, 2016-11 de febrero, 2017". En línea: https://www.munal.mx/en/exposicion/donacion-de-la-familia-maples-arce-vermeersch. Consultado el 21-III-23.

Puente, Judith, "Gonzalo Obregón y Pérez Siliceo (1916-1977)", *Anales del Instituto de Investigaciones Estéticas*. En línea: http://www.analesiie.unam.mx/index.php/analesiie/article/view/1077/1064. Consultado el 2-V-23.

Ramírez Aznar, Luis A., *El saqueo del cenote sagrado de Chichén Itzá*, Mérida, Editorial Dante, 2019.

Reynoso Jaime, Irving, "Manuel Gamio y las bases de la política indigenista en México", *Andamios*, vol. 10, no. 22, may.–ago., 2013. En línea: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870–00632013000200017. Consultado el 17–V–23.

Rodríguez Gómez, Jesús, "Discurso pronunciado por el Sr. Lic. Don Jesús Rodríguez Gómez", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, 1984, t. 1, pp. 273-277.

Saldaña, Juan José, y Luz Fernanda Azuela, "De amateurs a profesionales. Las sociedades científicas mexicanas en el siglo XIX", *Quipu. Revista Latinoamericana de Historia de las Ciencias y la Tecnología*, vol. 11, no. 2, may.–ago., 1994, pp. 163–171.

Sánchez Mejorada y Velasco, Rodrigo, "Licenciado Gustavo R. Velasco. Datos biográficos", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, 1984, t. 1, pp. 207-208.

Soberanes Fernández, José Luis, *Los bienes eclesiásticos en la historia constitucional de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Suprema Corte de Justicia y la cuestión religiosa, 1917–1940*, 2ª ed., México, SCJN, 2006, 2 vols.

Trabulse, Elías, "El erasmismo de un científico. Supervivencias del humanismo cristiano en la Nueva España de la Contrarreforma", *Historia Mexicana*, no. 110, oct.–dic., 1978, pp. 224–296.

Velasco, Gustavo R., "En defensa del tesoro artístico de México", *Artes de México*, año XXI, nos. 179-180, 1960, pp. 4-6.

— *Libertad y Abundancia*, México, Editorial Porrúa, 1958.

— "Los monumentos ante el derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. XXI, no. 119, mayo-agosto, 1981, pp. 567-596.

— Manuel Sáinz Larrañaga, y José Arce Cervantes, "La enseñanza del derecho en la Escuela Libre de Derecho", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 9, no. 9, 1985, pp. 451-462.

Villalpando, José Manuel, *Los Colores Lejanos del Recuerdo. Crónica de la Escuela Libre de Derecho, 1912-1933*, México, Porrúa, 2018.

Von Mises, Ludwig, "Prólogo", Gustavo R. Velasco, *Libertad y Abundancia*, México, Editorial Porrúa, 1958, pp. XV-XVIII.

REPLANTEANDO EL DERECHO PATRIMONIAL PARA LA PROTECCIÓN ARTESANAL

Manuel Fernández Morales*

Dedico esta voz a mis mentores egresados de esta honorable Escuela, especialmente al Maestro Ignacio Morales Lechuga y al abogado Arturo Zamora Urióstegui por su apoyo.

RESUMEN: El presente artículo sostiene que existe necesidad de tutelar la producción artesanal con un enfoque de derecho patrimonial clásico y no así del discurso de derechos humanos o de Derechos Intelectuales a fin de garantizar su integración y supervivencia dentro del sistema jurídico mexicano. A partir de lo anterior, analizando la naturaleza jurídica de la artesanía y el artesano como sujeto de derechos dentro de una relación patrimonial asistida de un derecho registral como ocurre en otros países que regulan con mayor eficacia estas figuras.

PALABRAS CLAVE: patrimonio, relación jurídica, artesanía, artesanos.

ABSTRACT: The following article asserts that there is a need to enforce artisan handcraftship through classic patrimonial law and not through Human Rights discourses or IP Law in order to guarantee its integration and survival within the mexican legal system. Hence, analyzing the legal nature of handcrafts and artisans as subjects of law within a legal relationship that should be assisted by registry law, as other countries which successfully regulate this phenomenon do.

KEY WORDS: Patrimony, legal relationship, handcraft, artisans.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. I.1. Los derechos sobre las artesanías. II. ESTADO DEL ARTE DE LA PROTECCIÓN ARTESANAL MEXICANA. II.1. El problema con la dogmática jurídica mexicana. II.2. Derechos subjetivos esenciales para el artesanado. a) Reconocimiento estatal o etiquetado. b) Posibilidad de asociación. c) Protección esencial a sus diseños. d) Transversalidad presupuestaria. e) Ventajas tributarias. f) Protección aduanera. g) Sistema procesal para la protección del artesanado. h) Protecciones adicionales. III. CONCLUSIONES. FUENTES DE CONSULTA. 1. INTRODUCCIÓN. 2. UN CONFLICTO EN SUCESIVAS OLEADAS. 3. EL MODELO ESPAÑOL DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. 4. LA PROYECCIÓN DE LA CONVENCIONALIDAD SOBRE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE DESPIDO. 5. LA RATIFICACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA (REVISADA) Y LA VALORACIÓN DE LOS EFECTOS DEL DESPIDO INJUSTO. 6. ¿Y AHORA QUÉ?. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

* Maestro en Derecho y profesor del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Zona Centro. Agradezco a mis alumnos Iván Ortiz y María Fernanda García por su ojo atento y comentarios.

I. INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo la doctrina jurídica se ha ocupado poco o nada de la cultura en México. La cultura puede ser definida como un conjunto de rasgos distintivos, espirituales, materiales, intelectuales y emocionales que caracterizan a los grupos humanos y que comprende, más allá de las artes y las letras, modos de vida, derechos humanos, sistemas de valores, tradiciones y creencias. Esto conlleva una carga axiológica importante que es inexpugnable metodológicamente para entender el lugar que la cultura ocupa en el sistema jurídico de muchas naciones.

En el fondo, los propios Estados son expresiones culturales. En México no existe —por lo general— un gusto por las monarquías, o por un estado de libre mercado. Y así como en Estados Unidos miran horrorizados un derecho universal de acceso a la salud, lo mismo le parece raro a los creyentes en las monarquías que una República sea un modelo de Estado sostenible. Por ello es fácil afirmar que los Estados son también reproducciones de la cultura de una sociedad.

Tener bien claro que los Estados son reproducción cultural nos permitirá avanzar hacia una verdad innegable: que la cultura es indispensable para el sentido de pertenencia, y la misma resulta tan obvia que por siglos se ha tratado su identidad como un derecho —sí— pero de forma somera e indirecta. En general, el derecho no construye un entramado que proteja la cultura de forma específica en muchos países en tanto son simbióticos en la existencia de la misma.

Entonces pues, podemos asentir que la cultura es digna de una tutela especial para cualquier Estado porque también es un elemento definitorio del mismo. No se pretende hacer una afirmación radical diciendo lo anterior para presumir que exista una sola cultura por Estado, si no que, por el contrario, las identidades culturales que convergen para la creación de un Estado matizan de forma profunda el itinerario de sus políticas públicas y también de las preferencias ciudadanas al momento de construir un modelo de Estado sobre otro. La cultura se expresa en la cocina, en la religión, en la arquitectura, y en el arte de una nación. Las expresiones más nuevas de hoy pueden conformar el elemento de una nación en el futuro. Seguramente antes de la Revolución Mexicana el muralismo no figuraba como parte fundamental del arte mexicano: hoy en inseparable hablar de dicho movimiento y sus ponentes al relatar la historia de México. Indudablemente, las identidades más distintivas del mundo acompañan una riqueza cultural profunda en su vida diaria.

Para la mayoría de los estados modernos, existe un consenso general de que la cultura es importante, y por supuesto que las formas de reproducción cultural son motivo nacional de orgullo y de pertenencia. Pero al mismo tiempo, la cultura, invariablemente enraizada en la repetición, padece de un problema ya que legisladores y juristas, a menudo cegados por la falta de transdisciplinariedad o derecho comparado, no entienden cómo legislar o protegerla de forma eficaz. Dicha opacidad ha llevado al Estado mexicano y a colectivos de defensa cultural a litigar de forma torpe y dañina la protección

de las identidades culturales, porque simplemente se cae en una trampa conceptual: el pensar que "la cultura es de todos" o bien, que los derechos culturales siguen la misma suerte que la propiedad intelectual.

Para avanzar dentro de este artículo tenemos que rechazar categóricamente dos aseveraciones favoritas de los intentos de protección jurídica en materia de derechos culturales patrimoniales: la primera es el afirmar que la cultura nos pertenece a todos, porque de alguna forma resultaría obvio que la Virgen de Guadalupe es más de los católicos que de los ateos, o bien que el día de muertos es más michoacano que neoleonés o la Guelaguetza oaxaqueña que sinaloense. En esa misma vena, es más de un mexicano su cocina que de un extranjero, aunque ambos la disfrutasen muchísimo. Y esto no es excluyente que dicho foráneo o el neoleonés contemple con asombro y belleza esta repetición y expresión creativa.

A la par deviene lo que el artículo sostiene como la segunda gran falacia en los derechos culturales y es que el titular último de los derechos culturales son los Estados. Es fútil pensar que estos dogmas suman a la existencia de una protección cultural como se demostrará más adelante. El tenedor último de la cultura es por supuesto, el sujeto preservador de la misma. Allá donde, por ejemplo, se construye un altar de muertos fuera de México, está la repetición para la preservación cultural. De ese modo existe un primer atisbo de lo que debería ser una propuesta jurídica: la cultura es de quien la preserva y de quien la reproduce.

Ahora bien, habrá que distinguir la estructura de un derecho cultural, que es colectivo, que es repetitivo y que suele ser ancestral, en oposición a la propiedad intelectual que tiene corte individual, creativo y original. El presente artículo esboza una de las expresiones más olvidadas y sin embargo de mayor relevancia económica para el estado mexicano: la producción artesanal. La producción artesanal depende directamente de un individuo llamado artesano quien normalmente añade a sus procesos de producción dos elementos profundamente subjetivos y cualitativos que son el valor artístico y popular, además de sostener normalmente una tradición de repetición y transmisión cognoscitiva y empírica por medio de aprendizajes estandarizados que se transmiten de forma directa.

El arte popular de México es una de las facetas de nuestra cultura con mayores significados de identidad, motivo de orgullo para la mayoría mexicanos y del que nos sentimos satisfechos al compararlo con el creado por otras naciones y culturas del mundo.

De acuerdo con Alfonso Caso *"Hemos de entender entonces, por arte popular, aquellas manifestaciones estéticas que sean producto espontáneo de la vida cultural del pueblo mexicano, de las obras de arte en las que el artista manifiesta por su inspiración y por su técnica, que es un portavoz del espíritu artístico del pueblo."*

El oficio del artesano rara vez se aprende o se ejerce fuera del ámbito familiar y doméstico. Las más de las veces, las técnicas y los procedimientos, los diseños y los matices se transmiten de generación en generación y se reproducen en el interior de la casa.

El vestido, la alfarería, herrería, carpintería, la gastronomía, las herramientas que utilizan y la forma en la que se transforma la naturaleza apareja un vínculo enraizado e indiscutible con la manera de percibir la realidad de una sociedad y en México es testimonio de una riqueza histórica que se mira con asombro desde fuera y que peligra constantemente de cara a un mundo globalizado y a condiciones económicas poco competitivas asociadas al estigma del falso binomio artesano-indígena y la falta de derechos básicos o protecciones para ejercer la profesión de forma libre contra la producción industrializada.

Por ello, tutelar esta actividad conlleva dificultad intrínseca ya que surge una problemática de quien tiene la potestad de reclamo en un derecho cultural patrimonial, como la elaboración de un producto con procesos ancestrales. Hay que reconocer que existen derechos patrimoniales culturales emanados de los procesos artesanales, lo que desencadena una discusión amplísima en diversas preguntas como: ¿Quién detenta la facultad de exigir el cumplimiento de una prestación, ¿Quién es la autoridad competente para la tutela de un derecho difuso como este? ¿Quién detenta los derechos intelectuales sobre la producción artesanal? ¿Es condición sine qua non ser indígena para hacer un proceso artesanal? Veremos que al menos en México, la discusión no está abordada ni zanjada pues esta se ha detenido desafortunadamente por problemas como el rezago económico del sector artesanal, pugnas internas, y el desvío de atención de este problema medular.

De acuerdo con el Fondo Nacional para el Fomento de las Artesanías (Fonart), en México existen más de un millón de artesanos. A pesar de realizar contribuciones al PIB, el sector artesanal no ha recibido ayuda clara por parte del gobierno mexicano para salvaguardar sus obras y aumentar su valor. Sin importar que la UNESCO los considere como un tesoro vivo, este no se está protegiendo.

Síntoma claro de la poca atención al sector es el hecho de que a la fecha no se cuenta con la existencia de padrones detallados que registren de manera fehaciente a los productores que siguen puntualmente los métodos de elaboración artesanal en la amplia gama géneros distintivos de nuestra Ciudad, o que documente si estos procesos son efectivamente parte de una calidad singular o de un conocimiento ancestral. Es cuestionable si existe una percepción colectiva acerca de quiénes pueden ser reputados con esta calidad y si vale la pena su salvaguarda y revitalización; acaso en este contexto es una idea común que los productos artesanales no tienen la protección y certificación de un autor determinado o conocido, lo que se traduciría en el menosprecio tanto a nivel económico como a nivel social.

Irónicamente y de acuerdo con el INEGI, prácticamente el 10% del PIB nacional proviene de la venta de artesanías, por lo que la inexistencia de derechos de los artesanos en el territorio nacional mexicano es preocupante. Habitualmente cualquier turista que visita el territorio nacional de forma obligada compra una bebida alcohólica como el mezcal o el tequila, usa un sombrero de arraigo español o se pone una máscara de luchador de origen mexicano, la imagen de México es simbiótica al producto artesanal,

y en vez de ser objeto de protección legislativa, la misma no pasa del momento chusco en el ideario nacional.

De cara a la globalización, derivado de una investigación propia, gran parte de los productos que menciono actualmente se manufacturan en países ajenos al nuestro. Por supuesto, de lo anterior deriva una crítica que trata de asumir que si un Estado es exitoso, debe de procurar medidas que fortalezcan a sus sectores de producción estratégica, no con discursos nacionalistas o con el desgastado modelo de las nacionalizaciones que atribuyen al estado el dominio originario si no con la incentivación de modelos económicos que permitan el comercio justo —*fair trade*— o simplemente que otorguen al consumidor la posibilidad de conocer y diferenciar los productos que adquiere para su valorización subjetiva.

Lo anterior no es un modelo jurídico novedoso en cuanto a etiquetados, basta con ver el éxito mundial del etiquetado "orgánico" como etiquetado diferenciador que genera preferencia de consumo. En el discurso colectivo de este capitalismo tardío, ya asociamos orgánico a un estilo de vida, a una calidad de producto y es enteramente viable proponer lo mismo como alternativa sencilla al sector artesanal.

Si se ha tenido el placer de viajar por el mundo, en especial en el continente Europeo, el valor de ciertos productos no se encuentra acotado exclusivamente a las Denominaciones de Origen, si no que a menudo se asocia o se acompaña del manufacturante. Si bien Ribera del Duero es una región que se asocia al vino, no es lo mismo beber cualquier botella que una del viñedo Vega Sicilia por su fama y procesos de producción. Así las cosas, con un poco de imaginación legislativa sería sensato reconocer ciertos productores, por la distinción, excelencia y calidad en el producto en los sectores artesanales del país.

Algo que habría que dejar de manifiesto y que es menester en la es que este artículo está contrapuesto al derecho de la propiedad industrial y la propiedad intelectual. Esto no es un comentario derivado de la versión al mismo tema sino que se trata de una postura científica y práctica por la cual se critica este modelo para intentar tropicalizar o adecuarlo a la defensa de derechos de producción cultural artesanal, sin embargo, es imperante hablar del mismo para poder entender de qué se trata.

Durante los 1700 apareció una profunda necesidad derivado de los vertiginosos cambios derivados de la revolución industrial de poder proteger o patentar las formas e inventos que se llevaban a cabo durante las revoluciones industriales. Esto devino en una cultura de protección de derechos individuales que aunada al sentimiento individualista que había cambiado a partir de La Declaración De los Derechos del Hombre y del Ciudadano se convirtió y concibió la generación de derechos conocidos como de propiedad industrial o inmaterial, donde existe el consenso generalizada de que un sujeto en tanto inventor de una obra debe de beneficiarse de ella en una doble vía: en un reconocimiento como autor a lo que se le llama derechos morales y a la explotación de sus derechos patrimoniales. Los últimos derechos son netamente patrimoniales,

puesto que la misma puede ser cedible, gravable o licenciable de acuerdo a los cánones del derecho moderno.

De tal suerte que debemos de rechazar de pleno que la propiedad industrial o la propiedad intelectual en las modalidades que existen que a saber son las marcas *Y* patentes secretos comerciales licencias obras por encargo o denominaciones de origen son suficientes para proteger la producción cultural artesanal.

Actualmente, las llamadas denominaciones de origen simplemente se tratan un certificado de un producto casi enfocado en alimentos que no cubre con atender la protección patrimonial de los sujetos que fabrican los distintos bienes que son susceptibles de entrar en esta categoría.

Por causa de lo anterior hemos de concluir que lo mismo no es suficiente para tutelar la producción cultural artesanal y se necesitan nuevas formas de explotación.

I.1. Los derechos sobre las artesanías.

Para afirmar que existe un derecho sobre el sector, habremos de definir artesanía como: *Toda actividad económica con ánimo de creación, producción, transformación o de bienes y servicios, mediante sistemas singulares de manufactura en los que la intervención personal es determinante para el control del proceso de elaboración y acabado. Esta actividad estará basada en el dominio o conocimiento de técnicas tradicionales o especiales en la selección y tratamiento de materias primas o en el sentido estético de su combinación, y tendrá como resultado final un producto individualizado, no susceptible de producción totalmente mecanizada, susceptible de crear un sentimiento de pertenencia cultural,* y obligatoriamente se deberán analizar los elementos principales que componen esta definición.

La artesanía es fundamentalmente actividad económica donde la mano de obra no industrializada e individualizada es fundamental para calificarse como tal. La misma ampara un proceso de repetición basado en tradición y sentimiento de pertenencia cultural.

Por otra parte, el resultado material de las artesanías de bienes toma la forma de productos artesanales, que *son aquellos producidos por las personas artesanas, ya sea totalmente a mano, o con la ayuda de herramientas manuales o incluso de medios mecánicos, siempre que la contribución manual directa de la persona artesana siga siendo el componente más importante del producto acabado. Poseen características distintivas, vinculadas a la cultura del pueblo al que pertenece el artesano, estéticas, artísticas, creativas, decorativas, funcionales, tradicionales, alimentarios, simbólicas y significativas religiosa o socialmente.* De la misma forma, la existencia de un producto preeminentemente elaborado a mano resalta la labor del artesano en su manufactura con características semi utilitarias con valor cultural. Si hubiéramos de optar

por una clasificación, encontramos la propuesta por Cándida Fernández de Calderón. La autora separó en nueve las ramas de la genealogía artesanal.

Dicho proceso normalmente ata a la artesanía a su ubicación geográfica y a una identidad regional, pero pocas veces se enfoca en los modelos de producción técnica por no ser los mismos estandarizados. Si bien el oficio de artesano no necesariamente está atado a una zona regional, pero la región moldea la forma de la artesanía.

1. Barro: Acabado de altas temperaturas, bruñido, modelado, moldeado, pastillaje policromado y vidriado.
2. Madera, talla, maque y laca, taracea y elaboración de instrumentos musicales
3. Piedra, por cantera, piedra volcánica y alabastro.
4. Textiles, tejidos de lana, tintes naturales, brocados, tejidos de algodón, seda en telar de cintura e hilados.
5. Metales, forja de cobre, figura de hojalata y figura de plomo, filigrana de oro y plata, hierro forjado, cuchillería.
6. Papel, cartonería, papel picado y papel amate
7. Piel, piteado cincelado y bordado
8. Fibras vegetales, que comprenden el tejido de reata, sombrerería, la canastería, tejido de hamacas, petates y similares.
9. Materiales varios, ámbar, chaquira, caracol, cuerno hueso, cera, porcelana, vitrería, obsidiana y otros.

Esta útil clasificación, sirve para desregionalizar el producto, situación conveniente en un país donde pueden coincidir expresiones en regiones que abarcan diversos estados, aunque a nuestro juicio obvia el que hacer gastronómico que este artículo sostiene debe estar incluido en este proceso y la artesanía mecánica existente en países como Suiza, Japón o Italia.

Es por lo anterior que cerramos con una claridad supina que existen elementos objetivos y subjetivos que son traducibles al ámbito de lo jurídico y que engloban los siguientes puntos:

- La participación activa del sujeto artesano.
- El arraigo repetitivo de la actividad en oposición a la originalidad de las propiedades intelectuales o industriales.
- El regionalismo del producto y su sentido de pertenencia.

II. ESTADO DEL ARTE DE LA PROTECCIÓN ARTESANAL MEXICANA.

La protección mexicana actual del derecho artesanal es prácticamente inexistente de no ser, por los denominados apoyos que se otorgan a través de programas de ayuda estatales y federales que cambian conforme cambia el gobierno en turno. En lo sucesivo analizaremos que el marco legislativo del derecho cultural obvia esta actividad y resulta regulada residualmente con derechos como el del trabajo o el de los pueblos originarios.

Los intentos burdos del Estado mexicano de promover una ley de artesanías o una ley dirigida hacia los artesanos han fracasado en todas sus vertientes por razones histórico-políticas, que tienen que ver con una enorme falta de consenso en el sector, la injerencia de operadores políticos en el mismo y la imposibilidad de construir condiciones inmediatas para sus reclamos sociales.

La principal problemática que atisbo a nivel fáctico y no jurídico es que tradicionalmente en México el otorgamiento de fuerza gremial a los sectores económicos productivos ha ocasionado que las organizaciones titulares sean utilizadas con fines políticos, como sucede con los sindicatos, las uniones de trabajadores o las uniones de campesinos. En ese sentido este artículo presume que al gobierno federal, no le interesa producir una ley de artesanos que los pueda coordinar y agrupar, ya que esto les dotaría de un poder político relevante y que debido las exigencias que históricamente tienen, pudiera suscitar una situación de ingobernabilidad por la cantidad de personas que aglomeraría en estos sectores tanto como a la posible fuerza económica que algunos podrían manifestar a través de este proyecto. Pero pasando de la condición fáctica, el costo beneficio económico de seguir siendo un país que no defiende a sus artesanos puede ser hipotéticamente mayor para la riqueza nacional.

Hemos de reiterar que ni la Ley Federal del Derecho de Autor ni la Ley Federal de Protección a La Propiedad Industrial, son insuficientes para regular los elementos necesarios para un derecho de la artesanía o de los artesanos. Ello es así pues los derechos de propiedad industrial y los derechos de autor son derechos individuales, atribuibles a un sujeto, que regularmente premian la originalidad o la distinción de una obra, mientras que, por el contrario, las artesanías se tratan de repeticiones ancestrales, hechas por colectividades o comunidades que expresan un sentido regional estético y tienen naturaleza serial.

De la misma forma, conceder que la regulación a las artes y a los derechos culturales que goza actualmente el marco jurídico nacional es grave, cuando las propias leyes orgánicas que integran a la Secretaría de Cultura y a sus desconcentrados no tienen siquiera la mención de la palabra artesanía en su normatividad. Tenemos como único organismo federal especializado al Fondo Nacional para el fomento de las Artesanías —FONART— y el mismo es un fideicomiso estatal, es decir, ni siquiera es una institución si no una operación económica que está sujeta a lineamientos que son susceptibles de cambio a capricho del ejecutivo en turno, lo cual es peligrosísimo para el sector.

Derivado de lo anterior es afirmable que de existir una protección actual, la misma es nimia y está acotada a esfuerzos que tienen que ver con apoyos gubernamentales, progra-

mas para acceso a créditos o iniciativas paliativas como son la apertura de espacios temporales para exhibición de sus artesanías en mercados y ferias nacionales. Sin menospreciar el esfuerzo de lo anterior, la falta de estandarización legislativa del sector afecta la posibilidad de una entrada en el comercio en condiciones competitivas y transversales contra la industria de manufactura y hasta contra artesanos de otros países latinoamericanos. Por ello se aborda la propuesta de un sistema integral de protección artesanal.

Para que exista una protección plena en los sistemas artesanos se necesita una ley sustantiva que separe a los artesanos de otros productores económicos y que les permita fluir sin requisitos administrativos en la realización de sus actividades. Definir quién es artesano en una ley es importante porque existen sujetos que desarrollan funciones similares pero en definitiva no cuentan con los elementos teóricos distintivos necesarios para reconocer a un sujeto como persona artesana.

Si partimos de la base que la denominada Ley de Derechos Culturales es una ley que no establece obligaciones positivas siquiera y no existe un *corpus* alineado al derecho cultural, es seguro asumir que precisamente la creación de categorías que amparen al artesanado en una ley especial es menester.

El derecho es de una lógica única, donde la inexistencia conceptual conlleva a una invisibilización en la práctica. De tal guisa que la inexistencia de una ley sustantiva o un concepto contemplado en ley implica que, de cara al aparato legal no existe un punto claro de qué es una artesanía sin recurrir a categorías transdisciplinarias, ni mucho menos quién es un artesano o cuáles son los derechos que son inherentes a su persona o su actividad.

Adicionalmente, lo que encontramos en el marco jurídico actual es que la artesanía está sujeta a restricciones presupuestales. Resulta muy curioso que un volumen económico tan importante como es la producción artesanal no encuentre una transversalidad presupuestaria a nivel federal o local que garantice que las personas artesanas reciban recursos o bien reciban ventajas competitivas para poder mantener su producción. Esto implica un problema adicional, consistente en que los artesanos están sujetos a la potestad de las fuerzas políticas. De allí la necesidad de articular una ley que independice y separe la función artesanal de la potestad gubernamental ejecutiva y legislativa. Se antoja uno de los elementos más importantes para generar una protección artesanal dentro de todo el territorio mexicano.

Finalmente, el asumir que el derecho cultural no menciona de forma alguna los derechos artesanales constituye un problema fundamental que no exista estructuralmente una adecuada positivización de este derecho.

II.1. El problema con la dogmática jurídica mexicana.

Existe un presunto problema con la lógica administrativa mexicana y la dogmática jurídica para la protección artesanal que tenemos que explicar a detalle en función del presente artículo.

El primer reto surge porque el operador jurídico mexicano promedio es de corte formalista, es decir, que no realiza interpretaciones hermenéuticas o abandera filosofía alguna de cara a su actividad profesional. Esto, acompañado de un legislador precoz y activo en exceso resulta en el peligro de generar leyes sobre específicas y reglamentos interminables para la regulación de aquellos bienes que considera valiosos. Esto puede resultar contraproducente, ya que podría en un principio podría impedir el desarrollo pleno de las artesanías dentro del país si para ejercer la actividad se establecen candados, se sindicaliza o se otorga un aparato jurídico inflexible y sobre específico para llegar a una protección extrema que requerirá de una autorización administrativa para poder ejercer la artesanía, que sería plenamente contrario al espíritu de cualquier ley de protección de un sujeto vulnerable.

Asimismo, el ideario colectivo no auxilia tampoco porque la mayoría asocia al artesano con pobreza, con indigenismo y con asistencialismo, lo cual dista de generar una actitud que en el espíritu legal conceda la posibilidad de tratar sin paternalismo y con empoderamiento a un sector que incluso le molesta llamarse a sí mismo artesano por pensar que de alguna forma el autodenominarse artistas los consolida como una categoría superior.

> En otra inteligencia, el sistema legal también está plagado de expresiones indirectas de entender que "la cultura es de todos". El arraigo de este ideario en el sistema legal mexicano ha restringido —de forma irónica— que recibamos piezas de arte y de museos que son indudablemente nuestro patrimonio, o que por ejemplo las personas locales puedan explotar y recibir dinero por la conservación o mantenimiento de monumentos y zonas arqueológicas. La máxima de la cultura de todos ha convertido al gobierno federal en un protector a medias de estas zonas, pues frecuentemente son sus propios funcionarios los que usufructúan estos bienes en perjuicio de la ciudadanía que repite sin cesar esta máxima de forma acrítica y sin considerar que sí existen titulares directos de los derechos culturales como son los artesanos y podrían ser, de existir, sus asociaciones y colectivos.

De alguna forma, la falta de contenidos educativos en materia del derecho a la cultura se resiente en la práctica e interés del foro. Usualmente, a nivel licenciatura los planes de estudio solamente contemplan al derecho cultural de una forma accidental dentro de los programas de derechos humanos o derechos fundamentales, ya que la atención del foro está centrada en el desarrollo de otro tipo de derechos que sin lugar a dudas tienen mayor boga dentro de la academia así como los temas relevantes para el derecho en el siglo XXI en México. Incluso, asumiendo que ocurriese la articulación de una materia de derecho Cultural dentro de un *syllabus* universitario ni siquiera sería suficiente para atender el tema de investigación toda vez que no existe un entramado legal fuera del especulativo de lo que podría constituir una teoría jurídica enfocada al desarrollo de la artesanía y de ese modo abordar un estudio técnico del derecho.

Así las cosas, la dificultad dogmática de la delimitación del derecho cultural y el derecho a la cultura con las diversas aristas que se traslapan en esta materia que, como ya dijimos puede abarcar desde el derecho a la educación, la propiedad intelectual y las

telecomunicaciones implican que el acotamiento metodológico del tema se torne en suma complicado.

Para finalizar la reflexión dogmática se habrá de reiterar la diferencia del derecho a la cultura como una expresión de la protección a la transformación y disfrute creativo y lúdico de la misma, y que la misma ampara varias subramas entre las que deberemos localizar al derecho artesanal, que por su naturaleza específica debiera seguir reglas especiales.

II.2. Derechos subjetivos esenciales para el artesanado.

Un foco de estudio debería ser el entender los requerimientos mínimos de derechos transversales y específicos para la población artesana. Los derechos subjetivos son las facultades emanadas de una norma jurídica cualquiera. En inteligencia de lo anterior, en este apartado se propone la consideración de los más relevantes derechos exigibles que hipotéticamente debería tener la población de personas artesanas dentro de lo que sería un proyecto legislativo específico en la materia.

a) Reconocimiento estatal o etiquetado.

Uno de los puntos medulares para poder tener una distinción sobre la manufactura artesanal es que los Estados y las entidades a encargadas de la regulación artesana puedan otorgar un certificado distintivo a las personas artesanas, así como un etiquetado a sus productos que los distinga de otros elaborados en serie o de forma manufacturada industrialmente.

El etiquetado, permite distinguir la seriación de lotes atribuibles a un sujeto e implica que sus artesanías sean reconocidas por posibles consumidores como artesanías mexicanas auténticas, dando tranquilidad al comprador consciente o al coleccionista en cuanto a la autenticidad de su producto.

Si se tiene este un mínimo reconocimiento donde podamos contar con un distintivo visible colocado en los productos artesanos o en las tiendas y talleres de manufactura se puede volver un sello de calidad apropiado como sucede con el caso suizo.88

En caso de admitir que el etiquetado fuera exitoso, probablemente el mismo debería obrar en una Ley Reglamentaria o una Norma Oficial Mexicana específica sobre criterios de etiquetado artesanal, estableciendo cómo se llevan a cabo estos etiquetados-considerando que probablemente se deberían comprar por parte de la persona artesana— y deberían de tener como menos los siguientes elementos:

a. La mención de ser artesanía mexicana.

b. El Estado y región de procedencia, pudiendo ser la misma conjuntos de municipios, zonas o similares.

c. Nombre de la persona o colectivo artesanal que producen.

d. Número serial en caso de que el artesano considere que en su producto es viable hacer esta colocación.

b) Posibilidad de asociación

En segundo término, uno de los pasos que se consideran medulares para las personas artesanas es la facultad de establecer gremios o colectivos reconocidos. En México ya existe la libertad de asociación y probablemente no se requiera un tipo societario especial para operar, pero es de sumo importante que se conozca y delimite perfectamente que estas sociedades reciben el distintivo de producción artesanal. Probablemente uno de los requisitos de la asociación debiera ser que las personas socias de la misma sean consideradas artesanas y que el domicilio societario se encuentre en la zona de producción pero quizás afirmar esto fuera restrictivo en demasía para las condiciones geográficas de las personas que las articulan, situación que sin duda sería materia de otro estudio.

El derecho de asociación puede ser un baluarte en la protección de los derechos culturales, artesanales y del derecho patrimonial mexicano en general.

c) Protección esencial a sus diseños

Existe un elemento semiótico fundamental en la producción artesanal, la semiótica, entendida como la ciencia o la rama del conocimiento encargada de la interpretación de los símbolos, que de alguna manera constituye un método de verificación jurídica en la práctica, sería esencial para entender que existe definitivamente un conjunto de formas patrones o diseños que son distintivamente mexicanos.

Para articular una protección a diseños, bastaría con que el catálogo de los mismos se realice por estado y se genere la suficiente evidencia para considerar en qué forma se debe tutelar la artesanía. La estandarización de patrones debe ser lo suficientemente cerrada para garantizar elementos identitarios esenciales sin restringir la libertad creativa de las personas artesanas, ya que de lo contrario se puede estancar en muchos casos la producción creativa de las mismas. Así las cosas, sería conveniente generar un catálogo visual de referencia a las autoridades registrales y jurisdiccionales que facilitase conocer casos de imitación o plagio de forma sencilla como sucede con el registro de marcas.

d) Transversalidad presupuestaria

Un derecho subjetivo a un sector que históricamente ha sido utilizado como prebenda electoral debe ser la garantía de transversalidad presupuestaria. Creo que la posibilidad de que los Estados y la Federación otorguen recursos suficientes para la formación, revitalización, promoción y difusión de las artesanías mexicanas puede resultar

un incentivo económico útil especialmente en campañas orientadas a la economía y el turismo.

La posibilidad de que el presupuesto sea destinado de forma más específica a las comunidades de artesanos o a las personas artesanas dentro de la República sería uno de los grandes éxitos para fortalecer a este sector que tiene una relevancia muy importante dentro de la vida económica del Estado y que más que requerir recursos directos se debe encaminar al empoderamiento económico con el aumento de su fuerza de venta y exposición al mundo.

e) Ventajas tributarias

En México los impuestos son preeminentemente de orden federal, sin contar los impuestos sobre nóminas que son de orden local para contratar mano de obra, afirmamos que se debería de contar con un marco preferencial para integrar a las personas artesanas a la economía formal para su inscripción al registro federal de contribuyentes. Sería importante que los mismos puedan gozar de un tratamiento fiscal diferenciado que les permita integrarse a la economía formal, pero al mismo tiempo ser sujetos que tengan la menor tasación posible, debido a que su producción está vinculada profundamente a la creación de riqueza dentro de sus comunidades y al turismo a nivel nacional y muchos de ellos se encuentran en condiciones precarizadas que les impiden cumplir con sus necesidades esenciales y la incorporación debe ser una planeación progresiva.

f) Protección aduanera

Un punto que debe de ser fundamental es la coordinación con la política aduanera del país para la protección de personas artesanas. Uno de los grandes aciertos que debería de tener la protección de este sector es que el Estado mexicano debe impedir el ingreso de productos que sean copias o réplicas de las artesanías mexicanas y que se vendan en serie dentro del territorio nacional. Esto obligaría a los compradores a que paguen precios justos por los productos que elaboran personas artesanas y que esta mercancía sea destruida y tenga el mismo tratamiento que la piratería.

Es allí donde nace la necesidad que se establezcan dentro de los tratados internacionales en materia de libre comercio y la ley aduanera restricciones a la reproducción de bienes que simulan ser provenientes de artesanos y limitar las importaciones en serie que puedan violentar la soberanía patrimonial mexicana.

g) Sistema procesal para la protección del artesanado

A partir de las protecciones que ya explicamos dentro de este apartado se requiere una protección jurídica procesal única que permita a los artesanos reclamar sus derechos de forma expedita, veloz y económica por lo que se propone en estas líneas una

composición de un procedimiento sumario y abreviado para el reclamo de derechos subjetivos, sin que él mismo se encuentre separado de la Ley General para homologar al mismo en todos los niveles.

El procedimiento debiera ser conocido por la autoridad competente —Secretaría de Cultura— y debiera establecer un mecanismo de coordinación con las autoridades aduaneras y estatales locales para establecer medidas cautelares.

En principio detectamos los siguientes problemas:

1) Reproducción extranjera de artesanías registradas.

2) Reproducción indebida de distintivos en productos apócrifos.

3) Apropiación indebida de diseños por terceros.

4) Ubicación de un sistema procesal único contenido en la propia ley

Por ello, debiera bastar un formulario escrito o en línea del reclamante, quien debiera poder ser cualquier persona que así lo advierta, adjuntando evidencia fotográfica o visual a manera de denuncia para que la autoridad cumpliere con el establecimiento de medidas cautelares bajo análisis de dicha denuncia:

- Aseguramiento de la mercancía que presuntamente incumple con la normativa.
- Verificación del establecimiento o zona de venta, y en su caso, suspensión de actividades de la misma.
- Derecho de defensa del presunto infractor.

Posteriormente escuchadas las partes y ponderada la evidencia resolución que:

- Sancione al infractor.
- Destruya la mercancía.
- Otorgue pago de daños en beneficio de tercero, pudiendo ser este uno o varios artesanos contenidos en el registro por la manufactura específica, es decir, no a uno solo como regla general y como excepción en artesanías únicas sí.
- Clausura del punto de venta en caso de reincidencia.

Por supuesto, se deberá contemplar que la resolución sería combatida por medio del juicio contencioso administrativo pero las medidas cautelares seguramente desincentivarían a la violación de estas normas.

El caso interesante sería en materia internacional, donde si una persona sustentare una apropiación cultural por medio de una marca se permita que se repita en contra de la razón social en domicilio mexicano verbigracia:

- Una empresa de moda replica un diseño sin pagar regalías a un colectivo de artesanos y sin su consentimiento.
- La empresa tiene presencia internacional por medio de marca o holding.
- Las licenciatarias, filiales o subsidiarias mexicanas debieran responder por la aplicación de esta sanción.

Seguramente, la promoción de un tratado internacional en la materia facilitaría que se estableciera un proceso internacional y esto se antoja bueno.

h) Protecciones adicionales

Si se establece un modelo de protección estrictamente jurídico, caemos en la falacia y el mismo tiende a fracasar cuando se afronta a la realidad. Existen elementos metajurídicos que son fundamentales para cambiar el problema en la falta de regulación por el sector, y tienen que ver con la eficacia, entendida como el cumplimiento de la norma y la eficiencia como la modalidad en qué tan bien se cumple.

El derecho por sí solo siempre debe aparejar un cambio actitudinal porque de otro modo, la norma tiende a no obedecer o a no cumplirse, por ello, aunque en estricto sentido quedarían fuera de una conceptualización formalista, dentro de la escuela realista, duramente criticada por su corte sociológico, hemos de sostener que se necesita hablar de reivindicaciones actitudinales para en cambio construir un sistema pleno de protección artesanal.

A lo largo de la investigación detectamos dos grandes problemas que tienen que ver con la actitud social hacia las personas artesanas donde se crea un binomio de artesano/pobrecito

A continuación, analizaremos cómo el derecho comparado regula el mismo fenómeno.

III. CONCLUSIONES

Es por lo anterior que debemos afirmar que urge una nueva protección patrimonial al artesanado mexicano, más cercana al derecho privado que al estatismo característico de la legislación mexicana y reconocemos la necesidad de un nuevo modelo legal de protección artesanal que si bien no puede recaer directamente en los bienes producidos por el riesgo de generar dificultades en la producción y diversidad creativa, sí puede tutelarse por medio del sujeto y construir dicha protección, y que la misma no puede ser solamente jurídica sino actitudinal para su plenitud.

La artesanía es un bien que puede resultar de necesidad de tutela jurídica por su carácter diferenciado y único así como su relevancia jurídica, al igual que su operador y productor, el artesano, en modalidad colectiva o individual es un sujeto que requiere una

tutela particular de derechos por la naturaleza diferenciada y culturalmente relevante de la actividad que realiza. Confirmamos también que los derechos de Producción artesanal no pueden ser solucionados por figuras afines a las existentes de la Propiedad Industrial, por ser opuestos a los mismos y articular un sistema procesal eficaz para remediar los problemas del sector. El panorama es esperanzador.

FUENTES DE CONSULTA

Adame Goddard, Jorge (coordinador), *Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.

Adamson, Glenn, *CRAFT an American History*, Estados Unidos, Bloomsbury Publishing, 2021.

Bravo Ramírez, Francisco J. *El Artesano en México.* México, Editorial Porrúa 1976.

Brokmann Haro Carlos *Orígenes del Pluralismo Jurídico en México.—México,* Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2014.

Campuzano Jaime Allier D*erecho Patrimonial Cultural Mexicano Crítica a la Normatividad Vigente* México.

Colina, Verónica, *Análisis de los Derechos Culturales*, México, TESIUNAM, 2022.

Flores Déleon Erika, El Nuevo Paradigma Constitucional de los Derechos Culturales, Atelier Libros Jurídicos, España 2019.

Flores Déleon Erika, Introducción al Cultural, Atelier Libros Jurídicos, España 2019.

Karl Otto Apel *Pueblos Indígenas, Derechos Humanos e Interdependencia Global*. México: Siglo XXI, 2001.

Millán Saúl *Las Culturas Indígenas de México*. México Instituto Nacional de Antropología e Historia,2018.

Narváez, José Ramón, *Cultura jurídica, ideas e imágenes*, México, ed. Porrúa, 2010.

Ramón Torres, Galarza. *Derechos de los pueblos indígenas: situación jurídica y políticas de Estado,* CONAIE, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador Abya-Yala, Quito, 2000.

Varios, *Revelaciones del arte popular mexicano.* Colección Artes de México, México Smithsonian Books(2014)

Watson, Peter, *A history of thought and invention, from Fire to Freud*, 3 e., New York, Harper Perennial, 2006.

Hemerografía

Hernández Gonzalez Lennin *Droits autochtones, savoir traditionnel et propriété intellectuelle au Mexique* // Droit et Cultures. – 2013.

Narváez Hernández José Ramón *Exclusión Legal del Indígena en el Proceso de Codificación en México* [Publicación periódica] / ed. Michoacán Colegio de. México: Relaciones, 2005.

Legisgrafía

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Código Civil Federal*, México, Ciudad de México.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Código de Comercio*, México, Ciudad de México.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Ley Federal del Derecho de Autor*, México, Ciudad de México.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Ley Federal de Protección a La Propiedad Industrial*, México, Ciudad de México.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Ley General de Cultura y Derechos Culturales*, México, Ciudad de México.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,* México, Ciudad de México.

Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, *Ley que crea El Instituto Nacional de Bellas Artes y Literatura,* México, Ciudad de México.

Congreso Constituyente, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Querétaro de Arteaga.

Poder Ejecutivo Federal de los Estados Unidos Mexicanos, *Reglamento Interior de la Secretaría de Cultura,* México, Ciudad de México.

Secretaría de Gobernación de los Estados Unidos Mexicanos. *ACUERDO General por el que se da a conocer el Manual de Organización General del Programa del Fondo Nacional de Fomento a las Artesanías (FONART),* México Ciudad de México.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y REGULACIÓN DEL DESPIDO EN ESPAÑA

José María Goerlich Peset*

RESUMEN: La tutela frente al despido es un aspecto básico para el derecho del trabajo por cuanto que sobre ella descansa la efectividad de sus normas. Por ello, aparte de las normas internas, se han establecido estándares internacionales que pueden ser vinculantes para los Estados que han ratificado los correspondientes convenios o tratados. En España, como en otros países europeos, hemos asistido en los últimos años a un creciente debate, tanto teórico como judicial, sobre la adecuación de nuestras normas internas a los indicados estándares. Resulta interesante, por tanto, reconstruir brevemente este debate así como profundizar en las razones que lo explican y los principales problemas jurídicos y político-jurídicos que suscitan las diferentes posiciones.

PALABAS CLAVE: despido, derecho internacional, control de convencionalidad

ABSTRACT: Protection against dismissal is a basic aspect of labor law since it is the basis for the effectiveness of its rules. For this reason, apart from the internal norms, international standards have been established which can be binding for the States that have ratified the corresponding conventions or treaties. In Spain, as in other European countries, we have witnessed in recent years a growing debate, both theoretical and judicial, on the adequacy of our internal rules to the aforementioned standards. It is interesting, therefore, to briefly reconstruct this debate as well as to delve into the reasons that explain it and the main legal and political-legal problems raised by the different positions.

KEY WORDS: dismissal, international law, conventionality control.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. UN CONFLICTO EN SUCESIVAS OLEADAS. 3. EL MODELO ESPAÑOL DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. 4. LA PROYECCIÓN DE LA CONVENCIONALIDAD SOBRE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE DESPIDO. 5. LA RATIFICACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA (REVISADA) Y LA VALORACIÓN DE LOS EFECTOS DEL DESPIDO INJUSTO. 6. ¿Y AHORA QUÉ? BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. INTRODUCCIÓN

El tristemente desaparecido profesor Valdés Dal-Ré (2016, p. 174) destacaba la importancia de la regulación laboral del despido recurriendo a una metáfora de Dupeyroux que representa el Derecho del Trabajo como "una enorme peonza tripuda" que gira sobre "un punto minúsculo", constituido precisamente por aquella. La entera efectividad de las normas laborales descansa, en este sentido, sobre la existencia de una adecuada

* Catedrático de Derecho del Trabajo. *Universitat de València (Estudi General).*

protección frente a la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del trabajador pues, en su defecto, la parte débil de la relación no puede exigir su cumplimiento sin poner en riesgo su empleo.

Esta idea forma parte del acervo común de las normas internacionales desde tiempo atrás, tanto a nivel global como en el ámbito europeo. Es verdad que los grandes textos sobre derechos humanos adoptados en el marco de las Naciones Unidas no contienen un expreso reconocimiento del derecho a la protección frente al despido injusto. Tanto la Declaración Universal de 1948 como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 se detienen en el reconocimiento del derecho al trabajo, así como a unas condiciones de trabajo "equitativas y satisfactorias" (art. 23.1 DUDH), entre las que no se incluyen expresamente, ni siquiera en el más minucioso texto del PIDESC (arts. 6 ss.), las relacionadas con la terminación de la relación de trabajo. Sin embargo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado por el Consejo Económico y Social de la ONU a quien corresponden las funciones de vigilancia de los derechos reconocidos por el PIDESC, aprobó en 2005 la Observación General núm. 18, sobre el derecho al trabajo, en la que se "el derecho a no ser injustamente privado del trabajo" se incluye en el derecho al trabajo (§ 4). Por ello, las obligaciones de protección del derecho al trabajo que deben ser adoptadas por los Estados firmantes se incumplen cuando "no toman todas las medidas necesarias para salvaguardar a las personas dentro de su jurisdicción frente a infracciones del derecho al trabajo por terceros", lo que incluye, entre otras cosas, "la falta de protección de los trabajadores frente al despido injustificado" (§ 35). El CDESC hace referencia, en fin, el Convenio 158 de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo (1982) —en adelante, COIT-158—. Aunque el contenido de este instrumento internacional es mucho más amplio —algo tendremos ocasión de ver en las consideraciones que siguen—, la alusión que se le hace permite entender que, para el Comité, la protección frente al despido incluye, al menos, su justificación en motivos válidos así como la posibilidad de obtener reparación en caso de despido injustificado (§ 11).

En el ámbito europeo, la protección frente al despido se mueve en coordenadas parecidas. Aunque ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) ni sus sucesivos protocolos adicionales incluyen el derecho al trabajo entre los que reconocen, en el marco del Consejo de Europa se promovió un acuerdo multilateral sobre derechos de carácter social, la Carta Social Europea. Es verdad que, en su primera versión (1961), la terminación del contrato de trabajo por voluntad del empresario es solo aludida de forma marginal: si bien se reconocía el derecho al trabajo (parte I.1; parte II, art. 1), aquella sola era contemplada dentro del "derecho a una remuneración equitativa", una de cuyas concreciones es la de "reconocer el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo" (art. 4.4, parte II). Sin embargo, en su posterior revisión (1996), en la parte I se reconoce, además, que "todos los trabajadores tienen derecho a protección en caso de despido", cuyos elementos clave vienen detallados en la parte II, art. 24:

> *Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores a protección en caso de despido, las Partes se comprometen a reconocer:*
>
> *a) el derecho de todos los trabajadores a no ser despedidos sin que existan razones válidas para ello relacionadas con sus aptitudes o su conducta, o basadas en las necesidades de funcionamiento de la empresa, del establecimiento o del servicio;*
>
> *b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.*
>
> *A tal fin, las Partes se comprometen a garantizar que un trabajador que estime que se le ha despedido sin una razón válida tenga derecho a recurrir ante un organismo imparcial.*

Asimismo, en el ámbito de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, además de reconocer "libertad profesional y derecho a trabajar" (art. 15), establece garantiza en su art. 30 la "protección en caso de despido injustificado" afirmando que "todo trabajador tiene derecho a una protección en caso de despido injustificado, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales".

España, vinculada por todos estos tratados internacionales, cuenta, por supuesto, con una normativa interna que protege a los trabajadores frente al despido. El vigente Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, sujeta las decisiones extintivas empresariales al principio de casualidad y las somete a determinadas reglas procedimentales que varían en función de las situaciones (arts. 49 ss.). Se admite, por supuesto, la revisión del cumplimiento de los requisitos causales y formales ante jueces y tribunales de la jurisdicción social (cfr. arts. 103 ss. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social [LRJS]). En fin, para el caso de que el despido resulte antijurídico, se prevén diferentes efectos. Como regla general, se abre al empleador la opción entre la readmisión de la persona despedida, con el abono de los salarios correspondientes al período de tramitación de la acción judicial, o abonarle una indemnización cuyo importe se determina de forma objetiva en función de la antigüedad del trabajador en la empresa (cfr. arts. 56 ET y 110 LRJS). Excepcionalmente, esta opción se atribuye al trabajador, como ocurre con los representantes unitarios o sindicales (cfr. art. 56.4 ET), y, sobre todo, la readmisión forzosa se establece para ciertos casos de despido antijurídico. Así se prevé para ciertos defectos formales —en los casos de despido colectivo, en los que la decisión empresarial de despedir ha de ir precedida de un período de consultas (art. 51 ET)—, para los despidos injustificados que afectan a mujeres embarazadas o a personas que ejercitan sus derechos de conciliación de la vida laboral y familiar y, en fin, en los casos en los que el despido se considera lesivo de los derechos fundamentales. En este último supuesto, se prevé asimismo la compensación de los daños, incluso morales, derivados de su vulneración (cfr. art. 183 LRJS).

2. UN CONFLICTO EN SUCESIVAS OLEADAS

A pesar de que la normativa española sobre despido parece encajar en los parámetros trazados por los estándares internacionales que acabamos de comentar, se detecta en

los últimos años un intenso cuestionamiento de aquella a la luz de estos. No se trata de un tema estrictamente novedoso, aunque entiendo que adquiere ahora específicos perfiles. En efecto, la cuestión de la adecuación entre ambos se planteó ya en los años 80, cuando España procedió a ratificar el convenio 158 de la OIT. Se prevé en su art. 7 que "no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad". Sin embargo, las normas españolas posibilitan, como regla general, que el despido sea efectivo por la sola voluntad empresarial, que no queda condicionada a la audiencia previa de la persona afectada por la extinción. En este contexto, tras la ratificación y publicación del convenio en 1985, se planteó la posibilidad de declarar antijurídico el despido en caso de que la persona despedida no hubiera sido escuchada con carácter previo a la decisión empresarial. La división doctrinal y en las aulas judiciales fue cerrada a finales de la década por el Tribunal Supremo, que concluyó que nuestra legislación se adecuaba en este punto a las exigencias del convenio (para un análisis de síntesis de este episodio, véase Goerlich Peset, 2021a).

Treinta años después asistimos a un recrudecimiento de la cuestión, que afecta además a otros aspectos de la ordenación de la extinción del contrato de trabajo. En el ámbito de los órganos de la jurisdicción social, fundamentalmente en el escalón intermedio constituido por las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia autonómicos, se ha comenzado a discutir si algunas de las normas internas sobre protección frente al despido se ajustan o no a la legalidad internacional. Hace un par de años sinteticé los diferentes episodios interpretativos a los que se ha extendido esta discusión. El elenco incluye, además de la utilización del convenio 158 de la OIT para evitar la interpretación literal de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que permiten recurrir al despido (art. 51.1 ET), el cuestionamiento de las especialidades extintivas del llamado contrato de emprendedores (art. 4 Ley 13/2012), la discusión de la viabilidad del despido por absentismo (art. 52.d] ET), la revisión de las criterios interpretativos sobre legitimación individual en la impugnación del despido colectivo (art. 124 LRJS) y, en fin, los efectos del despido injustificado y, en concreto, la reparación mediante una indemnización tasada, calculada en función de la antigüedad (art. 56 ET). En la actualidad la situación es más o menos la misma que describí a principios de 2021. Es verdad que estos asuntos en los que las normas legales españolas sobre despido son enjuiciadas desde la perspectiva de la normativa internacional han seguido su camino por las aulas judiciales, de modo que algunos han sido cerrados al máximo nivel por el Tribunal Supremo y otros han desembocado ya en el de los Tribunales Superiores de Justicia de ámbito regional. Es interesante asimismo poner de relieve que se ha reabierto algún tema que parecía definitivamente cerrado, en concreto, la necesidad de audiencia al afectado antes de proceder a su despido sobre la base de las previsiones del art. 7 COIT-158 (cfr. STSJ Baleares 68/2023, de 13 de febrero; en sentido diferente, STSJ Madrid 425/2023, de 28 de abril).

Sin perjuicio de comentar alguno de estos asuntos más adelante, no entraré ahora en detalles sobre cada uno de ellos (para referencias doctrinales y jurisprudenciales adicionales, Goerlich Peset, 2021b, p. 8 ss.). Creo que lo interesante es más bien preguntarse por las razones que pueden explicar el sobredimensionamiento de los conflictos que se detecta en los últimos tiempos. En este terreno, diría que se relaciona, de un lado, con un aspecto formal, la clarificación a finales de la década pasada de los mecanismos a través de los que resultan de aplicación las normas internacionales; y, de otro, con el descubrimiento de la ductilidad de las normas internacionales en los procesos argumentativos, lo que las hace aptas para alcanzar soluciones que difícilmente podrían ser justificadas utilizando tópicos interpretativos de corte tradicional.

3. EL MODELO ESPAÑOL DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Por lo que se refiere al primer aspecto, no han existido dudas, al menos desde 1974 cuando se modificó el título preliminar del Código Civil, sobre la directa aplicabilidad en el derecho interno de las normas contenidas en convenios y tratados internacionales, una vez ratificadas y publicadas en España. De acuerdo con su art. 1.5, "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el «Boletín Oficial del Estado»"; lo que, leído en positivo implica que, tras ratificación y publicación, sí lo son.

Poco tiempo después, en 1978, la Constitución española (CE) clarificó que las normas internacionales ocupan un lugar privilegiado en la jerarquía de las fuentes. En este sentido, resultan clave las previsiones del art. 96.1 que, por un lado, reitera la idea de que "los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno", y, por otro lado, los sitúa bien cerca de la cúspide de la jerarquía normativa al estar que las disposiciones de estos tratados "sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional". De este modo, una vez incorporadas al ordenamiento interno, las normas internacionales no puedan quedar afectadas por las internas, con la única salvedad de las contenidas en la propia Constitución, puesto que no se admite la celebración de tratados que contengan "estipulaciones contrarias" a ella (art. 95.1 CE). Estas conclusiones vienen claramente avaladas por las reglas que la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, dedica a esta cuestión: la incorporación de las normas internacionales ratificadas al ordenamiento interno tras su publicación se recoge en su art. 28.2; su prevalencia "sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional", en el art. 31.

La cuestión más peliaguda se relaciona, en todo caso, con el modo en que ha de hacerse efectiva esta preeminencia de las normas internacionales sobre las internas. Obsérvese que el hecho de que se proyecte sobre "cualquier otra norma del ordenamiento

interno" implica poner en cuestión el principio de legalidad y el llamado "monopolio del rechazo" de las normas con rango de ley, que, en modelos como el español, corresponde a la jurisdicción constitucional. Los jueces y tribunales, en este sentido, quedan "sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley" (art. 1 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial [LOPJ]) lo que dificulta aceptar que puedan evitar la aplicación de una ley por su contradicción con una norma superior. De hecho, el art. 5.2 LOPJ les obliga, en caso de que este conflicto se plantee con la Constitución, a suscitarlo ante el Tribunal Constitucional planteando la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. No es de extrañar, por ello, que históricamente se haya pensado que el control de convencionalidad se habría de resolver a través una suerte de control mediato de constitucionalidad por vulneración del art. 96 CE (por ejemplo, Galiana Moreno, 1980).

Sin embargo, todo apunta en un sentido diferente. Varias disposiciones de la citada Ley 25/2014 se mueven en la línea de entender que cabe una aplicación de los tratados por los jueces y tribunales que desplace a cualquier norma interna, excepto las constitucionales. La previsión de sus efectos "desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor" (art. 28.2), la obligación de "observancia" que se impone al conjunto de los poderes públicos (art. 29), la previsión de su "aplicación directa" (art. 30.1) y el taxativo "prevalecerán" que emplea el ya citado art. 31 son claros indicios de ello. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha ido evolucionando claramente en esta línea. Destaca en este sentido la STC 140/2018, de 20 de diciembre. La argumentación de los recurrentes ante el Tribunal Constitucional se basaba en que una determinada reforma de la LOPJ contradecía las previsiones de determinados tratados suscritos por España y, por tanto, vulneraba el art. 96 CE. Sin embargo, con extensa cita de precedentes anteriores, el TC descarta que el control de convencionalidad forme parte de sus competencias exclusivas. Sobre la base de la literalidad del precepto, entiende que "la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad". De este modo, el "control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria". Así pues, "queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional", con la salvedad de las aplicaciones manifiestamente irrazonables que pudieran entrar en colisión con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Por lo demás, esta reconstrucción del control de convencionalidad difuso, no concentrado, esto es, en un determinado órgano, el Tribunal Constitucional, sino atribuido a todos los que componen la jurisdicción ordinaria, ha sido reiterada en posteriores pronunciamientos (por ejemplo, SSTC 120/2021, de 31 de mayo, y 156/2021, de 16 de septiembre), alguno de los cuales referido específicamente a la materia laboral, y precisamente a uno de los casos de cuestionamiento de la normativa interna a la luz de los estándares internacionales (STC 118/2019, de 16 de octubre, en relación con el despido objetivo por absentismo).

4. LA PROYECCIÓN DE LA CONVENCIONALIDAD SOBRE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE DESPIDO

La superación de una visión más tradicional, basada en "el imperio de la ley" al que se refiere el art. 1 LOPJ, y la atribución a jueces y tribunales del formidable poder de imponer su criterio sobre la voluntad expresada por el legislador, les abre amplias posibilidades de actuación, sobre todo si tenemos en cuenta las peculiaridades que presentan las normas internacionales, fundamentalmente cuando los particulares son sus destinatarios últimos. Las normas internas tienen habitualmente una formulación mucho más cerrada que estas, puesto que derivan de un acto de imperio, la decisión legislativa o reglamentaria, y están pensadas para delimitar directamente derechos y obligaciones de particulares y/o poderes públicos. Frente a ello, las internacionales se originan a través del consenso entre los Estados que las firman; y, aunque formalmente todos ocupan la misma posición, integran sociedades profundamente diversas en aspectos económicos, culturales, etc. A la postre, el principio de consenso en la génesis de la norma tiene como consecuencia que, en muchos casos, los enunciados normativos sean principios genéricos que dejan espacios de libertad a la posterior concreción interna.

Cualquiera que haya llegado hasta este punto en la lectura, tendrá en la cabeza ejemplos de estas diferencias de textura entre las normas internas y las internacionales. A pesar de ello, no me resisto a poner uno relacionado precisamente con el tema que nos ocupa. Cuando el Estatuto de los Trabajadores delimita los efectos del despido improcedente, los detalla de la siguiente manera:

> ***Artículo 56. Despido improcedente.***
>
> *1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.*
>
> *2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.*
>
> *3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera.*

Por su parte, las normas internacionales sobre este particular tienen una formulación mucho más difusa. El art. 10 COIT-158 establece al respecto

> *Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en*

> *virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.*

Por su parte, la Carta Social Europea (revisada) [CSE(r)] se limita a prever para estos casos

> *b) el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada.*

Si obviamos las diferencias referidas más arriba y procedemos a aplicar estos dos conjuntos normativos de forma directa, como aparentemente permite la reconstrucción del control de convencionalidad, es fácil caer en la tentación de tratar a la norma internacional como si se tratara de una norma interna, esto es con un contenido perfectamente delimitado puesto que ha de permitir resolver todos los problemas que se planteen. De esta manera, los conceptos que utiliza ("indemnización adecuada", "reparación apropiada") se transforman en conceptos jurídicos indeterminados que, según la reconstrucción asentada, únicamente disponen de una solución justa. De este modo, posibilitan que el juez llamado a aplicarla quede obligado a determinar si una readmisión que se deja en manos de la empresa constituye "reparación apropiada" o si una indemnización "equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio… hasta un máximo de veinticuatro mensualidades" es o no adecuada.

Una aproximación de este tipo, basada en la atribución de significados completos a las expresiones utilizadas en las normas internacionales, incrementa extraordinariamente las facultades judiciales de enjuiciamiento de las decisiones legislativas internas. Y ello es lo que ha posibilitado que se hayan utilizado para contener los efectos de las reformas laborales introducidas a principios de la pasada década como reacción a la gran crisis financiera de los años 2007/2008. A mi juicio, en efecto, la proliferación de episodios de conflicto entre legislación interna y estándares internaciones en relación con el régimen de la terminación del contrato de trabajo puede ser relacionada con la exportación a las aulas judiciales de las intensas críticas que suscitaron estas reformas, sobre todo la de 2012, introducida durante la mayoría parlamentaria del Partido Popular, del lado sindical y para un sector doctrinal. Los diferentes aspectos a los que he hecho referencia más arriba mostrarían, en este sentido, un cambio en la valoración del uso de las normas internacionales: si tradicionalmente se había partido de su escasa influencia en el derecho interno que superaría ampliamente los mínimos que garantizaban, se ha visto en ellas una garantía frente a una legislación interna sujeta a un proceso de degradación como consecuencia de las reformas (por ejemplo, Falguera i Baró, 2016, p. 70 ss.; referencias adicionales en Goerlich Peset, 2021b, p. 7 y 8).

Por otro lado, la laxa formulación de los estándares internacionales ha posibilitado alcanzar en los niveles jurisdiccionales inferiores soluciones que habían sido rechazadas

por los superiores. Aunque podría traer a colación otros ejemplos de esta particular «guerra entre cortes», en las que no han interactuado, como es habitual, tribunales situados en la cúspide de órdenes competenciales diferentes, sino estos con los ubicados en niveles inferiores, haré referencia a dos. El primero se relaciona con el contrato de emprendedores, introducido en la reforma de 2012 (art. 4 Ley 3/2012), y cuya principal especialidad era la existencia de un período de prueba de un año de duración, mucho más largo del establecido con carácter general en el art. 14 ET. El TC rechazó los recursos de inconstitucionalidad formulados contra este contrato (sentencias 119/2014, de 19 de julio, y 8/2015, de 22 de enero). Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) rechazó después la cuestión prejudicial suscitada respecto a su admisibilidad (sentencia de 5 de febrero de 2015, C117/14). Sin embargo, una parte de los Tribunales Superiores de Justicia procedió a aplicar directamente el control de convencionalidad, con base en las normas internacionales ratificadas por España. Y esta aproximación ha sido parcialmente acogida por nuestro Tribunal Supremo: aunque no se haya acogido el planteamiento de máximos, que postulaba que el extenso período de prueba vulneraba las reglas del art. 2.2.b) COIT-158, sí que se ha aceptado la necesidad de que su extensión vaya precedida de un preaviso, sobre la base de las previsiones del art. 4.4 CSE, en su versión original de 1961 (SSTS 268/2022, de 28 de marzo, y 421/2022, de 11 de mayo; véase Nogueira Guastavino, 2022).

Un trayecto paralelo ha recorrido el despido por absentismo establecido en el art. 52.d) ET. Aunque esta causa de extinción existía desde 1977, había tenido un uso muy limitado hasta las reformas de 2010 y, sobre todo, de 2012. Pese a todo, el Tribunal Supremo la aplicó con toda normalidad y, lo que es más importante, fueron rechazadas las dos cuestiones prejudiciales que se plantearon frente a ella, en el ámbito comunitario (STJUE 18 enero 2018, C-270/16) e interno (STC 118/2019, de 16 de octubre). A pesar de ello, con base en el control de convencionalidad, el TSJ Cataluña (sentencias de 17 de enero y 28 de febrero de 2020, recs. 5532/2019 y 5885/2019) procedió a entender que vulneraba diferentes normas internacionales —entre ellas, el art. 6 COIT-158, que se puso en relación con el por entonces no ratificado art. 24 CSE(r)— y que por tanto no resultaba aplicable. Con posterioridad, el TS ha vuelto a reconducir la situación (sentencias 270/2022, de 29 de marzo, 888/2022, de 2 de noviembre, y 489/2023, de 6 de julio; cfr. García Murcia, 2022).

Se trata de dos asuntos muy vistosos, pero que carecen hoy de importancia real, toda vez que han sido derogadas las normas legales que los motivaron: el contrato de emprendedores desapareció como consecuencia del Real Decreto-ley (RDL) 28/2018, de 28 de diciembre; por su parte, el art. 52.d) ET fue derogado por RDL 4/2020, de 18 de febrero, posteriormente tramitado como Ley 1/2020, de 15 de julio. Con todo, son muy ilustrativos de las posibilidades de actuación judicial que abre la convencionalidad y, si se me apura, de las turbulencias que puede generar. De hecho, estas parecen llamadas a incrementarse como consecuencia de la entrada en vigor en España de la Carta Social Europea (revisada) de 1996.

5. LA RATIFICACIÓN DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA (REVISADA) Y LA VALORACIÓN DE LOS EFECTOS DEL DESPIDO INJUSTO

Aunque, como he indicado, ya se había planteado con anterioridad, la cuestión de si la regulación española del despido improcedente se ajusta o no a las exigencias de los estándares internacionales se ha reactivado intensamente como consecuencia de la reciente ratificación y publicación de la Carta Social Europea (revisada) de 1996. Aunque nuestro país la había firmado poco después de su aprobación, en octubre de 2000, los indicados trámites para su efectiva entrada en vigor en el ordenamiento se han demorado hasta 2021 (BOE 11 de junio). Y, a raíz de su vigencia plena en España, la garantía de una "indemnización adecuada" a la que se refiere el art. 24 CSE(r) así como el art. 10 COIT-158 ha permitido replantear el sistema de indemnizaciones tasadas delimitado en el art. 56 ET, a pesar de que este había venido siendo pacíficamente aplicado hasta la fecha por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y que ha sido declarado adecuado a la Constitución por el Tribunal Constitucional (autos 43/2014, de 12 de febrero, y 35/2015, de 17 de febrero).

Aunque no de forma pacífica —puesto que existen salas que lo han rechazado (cfr. STSJ Galicia 2729/2022, de 8 de junio, o Madrid 3195/2022, de 26 de mayo)—, se va abriendo paso en la doctrina judicial sentada por los Tribunales Superiores de Justicia la idea de que en los casos en los que "la indemnización legal y tasada resulte notoriamente insuficiente, podrá fijarse otra superior que alcance a compensar los totales daños y perjuicios (daño emergente, lucro cesante, daño moral...) que el ilícito acto del despido haya podido causar para eliminar así del mundo jurídico sus totales perniciosos efectos". Eso sí, la apertura de esta posibilidad queda procesalmente condicionada puesto que

> *para evitar cualquier atisbo de arbitrariedad sobre la posibilidad de ampliación de la indemnización legal o sobre la concreta fijación de su* quantum, *preservando así la igualdad de partes y toda posible situación de indefensión que en el petitum de la demanda del trabajador despedido se concrete los daños y perjuicios que necesitan de compensación y la prueba contradictoria de su* quantum.

Estas ideas, extraídas de la STSJ Cataluña 469/2023, de 30 de enero, con cita de varias anteriores de la misma Sala —por ejemplo, STSJ Cataluña 3195/2022, de 30 de mayo— están en la base de los pronunciamientos de otros Tribunales Superiores —Galicia 4819/2022, de 21 de octubre, Aragón 974/2022, de 23 de diciembre, o Baleares 350/2023, de 22 de junio—.

Que el art. 24 CSE(r) pueda desplegar este efecto no deja de ser llamativo. De un lado, las expresiones que utiliza son las mismas como las que emplea el art. 10 COIT-158; y, por tanto, igual de vagas. Y no podemos olvidar que la modificación de los efectos del despido injusto fue uno de los puntos de la reforma laboral española de 2012 que fue denunciado ante la OIT por las confederaciones sindicales mayoritarias, sin que se produjera reacción sustancial alguna a este respecto puesto que el precepto indicado dejaría amplio margen a los estados signatarios para su concreción (Gutiérrez Pérez,

2014, en especial, p. 298 ss.). De otro lado, y sobre todo, la lectura completa de la CSE(r) dificulta entender que las nociones de "indemnización adecuada" u "otra reparación apropiada" que emplea su art. 24. En este sentido, el art. 24.4 del Anexo —que, conforme al art. N de su Parte VI "forma parte integrante" de la Carta—, establece que

> *Se entiende que la indemnización o cualquier otra reparación apropiada en caso de despido sin que medien razones válidas deberá ser fijada por las leyes o reglamentos nacionales, por los convenios colectivos o por cualquier otro procedimiento adecuado a las circunstancias nacionales.*

La decisión, en definitiva, de si una indemnización ha de reputarse "adecuada" o "apropiada" cualquier otra forma de reparación podría descansar exclusivamente sobre la voluntad del legislador interno, lo que permitiría concluir que las normas españolas no entran en colisión con la CSE(r) (Díaz Rodríguez, 2022, p. 71 ss.; Lahera Forteza, 2023).

La cuestión es, sin embargo, algo más compleja en la medida en que España también está obligada por el Protocolo adicional sobre reclamaciones colectivas (1995). En efecto, el proceso de ratificación de la Carta ha ido acompañado de la del Protocolo: declarado aplicable provisionalmente en España desde 1 julio 2021 (cfr. BOE de 28 de junio de 2021), su ratificación formal ha culminado a mediados de 2022, estando en vigor desde 1 de diciembre (BOE 2 de noviembre de 2022). De hecho, los pronunciamientos dictados por los Tribunales Superiores de Justicia en los que se rechaza la aplicación del sistema legal español de indemnizaciones tasadas se fundamentan de forma explícita en la doctrina sentada por el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), uno de los órganos que participa en los procedimientos derivados de la Carta.

En efecto, de acuerdo con el art. C, parte IV, CSE(r), la "supervisión del cumplimiento de las obligaciones" que derivan de ella se reenvía a las reglas establecidas para la Carta Social Europea original. Se basa en informes emitidos por los Estados firmantes, tanto para las obligaciones aceptadas como para las que no lo hayan sido (arts. 21 ss.). Estos informes son objeto de análisis por el inicialmente denominado Comité de Expertos Independientes, y, en la actualidad, Comité Europeo de Derechos Sociales (arts. 24 ss.), al que compete la valoración del cumplimiento o no de las obligaciones asumidas. Los informes de este Comité son objeto de análisis posteriormente por una serie de Comités, el Gubernamental y el de Ministros, y la propia Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (arts. 27 ss.). Por su parte, el art. D, parte IV, CSE(r), prevé la existencia de un "sistema de reclamaciones colectivas" que se aplicará "a las obligaciones contraídas en aplicación de la presente Carta" para los Estados que hayan ratificado el Protocolo adicional que lo regula. Conforme al protocolo, pueden acceder a este sistema las organizaciones representativas de empleadores o trabajadores, internacionales o nacionales (arts. 1 ss.). Presentada la reclamación, se abre un procedimiento contradictorio ante el CEDS, en el que intervienen el Estado afectado y las demás partes contratantes (arts. 4 ss.). La tramitación ante este Comité culmina con el informe al que se refiere el art. 8.1, "en el que expondrá las medidas adoptadas para examinar la

reclamación y presentará sus conclusiones sobre si la Parte Contratante afectada ha garantizado o no la aplicación satisfactoria de la disposición de la Carta a que se refiere la reclamación". El informe se remite, entre otros, al Comité de Ministros que, en los casos en los que el CEDS haya concluido que la Carta "no se ha aplicado de forma satisfactoria", puede adoptar con una cierta mayoría "una recomendación dirigida a la Parte Contratante afectada" (art. 9). En este caso, el Estado afectado queda sujeto a la obligación de informar sobre las medidas que haya adoptado para ponerla en práctica" (art. 10).

La doctrina del CEDS en relación con alcance del derecho reconocido en el art. 24.b) CSE(r) es, a estas alturas, bastante firme, como consecuencia de haber resuelto varias reclamaciones colectivas sobre el tema; la última, el año pasado. Se trata de las acumuladas con los números 160/2018 y 171/2018, que fueron presentadas por las organizaciones sindicales *Confédération Générale du Travail Force Ouvrière* (CGT-FO) y *Confédération générale du travail* (CGT) contra Francia. El Comité aprobó su informe el 23 de marzo de 2022, llegando a la conclusión de que existía vulneración del art. 24.b). La argumentación que se utiliza para alcanzar esta conclusión, en la que se citan varios precedentes del propio CEDS, es la siguiente:

> *153. Se considera que los sistemas de reparación se ajustan a la Carta cuando cumplen las siguientes condiciones:*
>
> *a. Prevén el reembolso de las pérdidas económicas sufridas entre la fecha del despido y la decisión del órgano de recurso;*
>
> *b. Prevén la posibilidad de readmisión del trabajador; y/o*
>
> *c. Prevén una indemnización de un nivel suficientemente elevado para disuadir al empleador y reparar el perjuicio sufrido por la víctima (Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales c. Finlandia, reclamación núm. 106/2014, decisión sobre la admisibilidad y el fondo de 8 de septiembre de 2016, §45; Confederazione Generale Italiana del Lavoro CGIL c. Italia, reclamación núm. 158/2017, decisión sobre el fondo de 11 de septiembre de 2019, §87). La indemnización por despido ilegal debe ser a la vez proporcionada al perjuicio sufrido por la víctima y suficientemente disuasoria para los empleadores (véanse las Conclusiones de 2016, Macedonia del Norte, artículo 24). Cualquier límite máximo a la indemnización que pueda impedir que los daños y perjuicios a reparar sean proporcionales a la pérdida sufrida y suficientemente disuasorios infringe el artículo 24 de la Carta (Sociedad Finlandesa de Derechos Sociales contra Finlandia, op. cit.). Si existe un límite máximo de indemnización por daños y perjuicios pecuniarios, la víctima debe poder solicitar una indemnización por daños y perjuicios no pecuniarios a través de otras vías legales, y los tribunales competentes para conceder una indemnización por daños y perjuicios pecuniarios y no pecuniarios deben decidir en un plazo razonable (Conclusiones 2012, Eslovenia; Conclusiones 2012, Finlandia).*

No es fácil aceptar que el sistema español de indemnización por despido, en los casos en los que este resulte declarado improcedente por falta de causa, pueda ser considerado adecuado a las exigencias de la CSE(r) en los términos en los que su art. 24.b) es

interpretado por el Comité Europeo de Derechos Sociales. De un lado, al haber desaparecido los salarios de tramitación en la mayor parte de los casos como consecuencia de sucesivas reformas, no se cumple la primera de las exigencias requeridas por el CEDS. De otro, la indemnización legalmente establecida en el art. 56 ET presenta serias dudas desde la perspectiva de la exigencia *sub* c): al depender de la antigüedad, pueden aparecer supuestos en los que quepa dudar de que tenga el efecto disuasorio requerido; adicionalmente la indemnización tasada y limitada cierra las posibilidades de individualizar los daños sufridos y repararlos. En todo caso, pronto tendremos una respuesta definitiva a esta cuestión en la medida en que las dos grandes centrales sindicales españolas, han iniciado el procedimiento de reclamación colectiva en relación con este tema. La primera reclamación (núm. 207/2022) fue presentada en marzo de 2022 por UGT y ha sido admitida a trámite por el CEDS el 14 de septiembre siguiente. Por su parte, CCOO registró su propia reclamación (núm. 218/2022) en noviembre de 2022, habiendo sido admitida a trámite en julio de 2023.

6. ¿Y AHORA QUÉ?

El tema que nos ocupa abre, en definitiva, una compleja cuestión que habrá de resolver el Tribunal Supremo, en su función de órgano unificador de la interpretación de la legalidad ordinaria. Desde 2022, como antes comenté, se ha pronunciado hasta en cinco ocasiones sobre dos problemas en los que estaba implicado el control de convencionalidad. Contamos, pues, con una doctrina relativamente sólida al respecto incluso si las dos cuestiones resueltas por el TS lo han sido en sentido diferente, su doctrina en relación con la aplicación del control de convencionalidad es la misma. Es irrelevante, en este sentido, que el grupo de sentencias encabezadas por la 268/2022, de 28 de marzo, haya considerado que las reglas españolas sobre el contrato de emprendedores requerían ser integradas por la exigencia de preaviso establecida en art. 4.4 CSE, mientras que el liderado por la 270/2022, de 29 de marzo, haya rechazado que el despido por absentismo vulnerara las normas internacionales aplicables en España. Y lo es porque no se debe a una dispar interpretación del control de convencionalidad sino solo a las diferencias existentes entre las normas internacionales e internas que entraban en conflicto en cada caso, y en concreto a la valoración de su contenido normativo y de su autosuficiencia aplicativa. En efecto, ambos pronunciamientos sostienen la necesidad de desarrollar un cuidadoso análisis de las normas internacionales que presuntamente entran en conflicto con las internas para determinar si son o no aplicables directamente. La literalidad del art. 30.1 Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, íntegramente reproducida en la STS 268/2022, de 28 de marzo, es clara en este sentido: "los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes". De este modo, antes de desplazar una norma interna, es preciso determinar si la norma internacional tiene contenido suficiente que necesariamente conduzca a aquel efecto. En palabras de la sentencia 270/2022, de 29 de marzo, "el ejercicio del control de convencionalidad

por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica".

Este planteamiento apunta, a mi entender, en la línea de descartar que nuestro sistema de indemnizaciones por despido injusto infrinja la legalidad internacional. Con toda probabilidad, los conceptos que utilizan las normas internacionales no son tanto indeterminados sino susceptibles de integración discrecional. De este modo, admiten diferentes posibilidades de concreción por los Estados parte. No es fácil, por tanto, que entren en conflicto con la legalidad interna en materia de despido. Seguramente en esta clave pueden ser interpretados algunos pasajes de la jurisprudencia del TS que, sin embargo, no terminan de ser concluyentes. En primer lugar, llama la atención el interés que se advierte en la STS 268/2022, de 28 de marzo, que procede a aplicar directamente la Carta Social Europea, en constreñir el alcance del pronunciamiento al supuesto resuelto, sin incurrir en generalizaciones injustificadas. En este sentido, el TS indica que "puesto que el contenido de la CSE es muy heterogéneo, no es seguro que todo él posea la misma aplicabilidad directa en el ámbito de una relación de Derecho Privado como es el contrato de trabajo. Más bien creemos, incluso tras la vigencia de la versión revisada, solo a la vista de cada una de las prescripciones que alberga cabe una decisión sobre ese particular. En tal sentido, la solución que ahora adoptamos no prejuzga lo que proceda en otras materias". En segundo lugar, cabe traer a colación la STS 841/2022, de 19 de octubre, en relación con los efectos aplicables en los casos de vulneración de la prohibición de despedir durante la pandemia:

> *La legislación española cumple con la reparación alternativa del artículo 10 del Convenio 158 de la OIT ("Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada") pues contempla la indemnización como consecuencia posible del incumplimiento del principio de causalidad del despido.*

En todo caso, en relación con los efectos del despido injusto, existe un factor adicional que hace que el alto Tribunal se enfrente a una cuestión inédita. La doctrina previa del CEDS permite entender que, a corto plazo, se habrá emitido un informe sobre las reclamaciones de UGT y CCOO en el sentido de que la legislación española no se ajusta a las exigencias del art. 24.b) CSE(r). Y no es fácil saber cómo ha de incidir esta circunstancia en la futura decisión del TS. Desde luego, el análisis teórico español se encuentra dividido. Aparte de que, como he indicado más arriba, existen tomas de posición que entienden que nuestro ordenamiento se ajusta a las exigencias de la Carta Social, un sector doctrinal ha excluido el carácter vinculante de las decisiones adoptadas por el Comité Europeo de Derechos Sociales (Lahera Forteza, 2023). De este modo, un resultado de las reclamaciones en el que se constatara el incumplimiento de la CSE(r)

por España únicamente desplegaría efectos en el ámbito del derecho internacional pero no podría aplicarse de forma directa a los particulares. Pero existen otras aproximaciones que postulan la necesidad de una inmediata adaptación de nuestras normas a la interpretación que realice el Comité (en general, Jimena Quesada, 2022, p. 86 ss., y Salcedo Beltrán, 2021; en relación con el despido injustificado, Ballester Pastor, 2023, Molina Navarrete, 2022, y Salcedo Beltrán, 2023).

En esta polémica, y si mi opinión fuera relevante, yo me decantaría por la primera solución. Ya he dicho que, a mi juicio, normas internacionales como las que nos ocupan, por su naturaleza, no pueden ser interpretadas como normas cerradas, llamadas a resolver todos los conflictos con una única solución, sino que, por el contrario, admiten múltiples desarrollos. No es fácil, por tanto, aceptar que el derecho interno pueda ser desplazado por ellas. En este contexto, la cuestión se desplaza al valor de las resoluciones del CEDS, pero en este terreno todos los datos apuntan a que sus decisiones se resuelven en terreno exclusivo del derecho internacional. Las reglas que he descrito más arriba son ilustrativas de ello: sus acuerdos, según el Protocolo, despliegan sus efectos en el ámbito internacional, de modo que el Estado que haya sido afectado tiene que informar sobre las medidas que va tomando para ajustar su derecho interno a las reglas de la CSE (cfr. arts. 8 ss. CSE). Prueba de que esto es así, es que los informes del CEDS no tienen un tratamiento paralelo al que disponen otros organismos supranacionales e internacionales que toman decisiones referentes a conflictos entre particulares.

El análisis doctrinal los ha separado claramente de las sentencias emitidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), incluso aunque este último, al igual que el Comité, forme parte del sistema del Consejo de Europa. Aparte las diferencias estructurales que presenta el procedimiento ante el CEDS de los procesos verdaderamente judiciales (San Cristóbal Villanueva, 2021, p. 190), hay que tener en cuenta que no ha sido fácil llegar a admitir que las sentencias del TEDH pueden afectar a las jurídicas internas, más allá de la "satisfacción equitativa" prevista en el 41 CEDH, ni tampoco que puedan ser consideradas formalmente jurisprudencia a efectos internos. Una cosa y otra han requerido específicas modificaciones legislativas (cfr. arts. 5 bis LOPJ y 219 LRJS). En este contexto, no es de extrañar que, hasta la fecha, los informes emitidos por el CEDS no hayan sido tratados como precedentes jurisprudenciales ni en la reflexión teórica (San Cristóbal Villanueva, 2021, p. 197 ss.) ni en la propia casuística judicial (cfr. ATSS 7 de febrero de 2017, rec. 1942/2016, 20 de abril 2017, rec. 3358/2016, y 21 de noviembre de 2018, rec. 2065/2018, que rechazan que puedan ser utilizados para acceder a la casación por unificación de doctrina). Por último, aunque no por ello menos importante, el legislador, como no podía ser de otra manera, ha confirmado que no toda la documentación producida por los diferentes comités u otros órganos existentes en las organizaciones internacionales para supervisar la aplicación de convenios y tratados ha de tener el mismo tratamiento en el derecho interno. Llamo la atención al respecto sobre el art. 7 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discrimina-

ción, que establece criterios para la interpretación por los tribunales de las cuestiones vinculadas al tema que la motiva:

> *La interpretación del contenido de esta ley, así como la actuación de los poderes públicos, se ajustará con los instrumentos internacionales aplicables de los que el Estado sea parte en materia de derechos humanos, así como con la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales y demás legislación aplicable, y tendrá en cuenta las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales.*

Nuestra jurisdicción queda vinculada por "la jurisprudencia emitida por los órganos jurisdiccionales internacionales", pues «ajustarse», según el Diccionario de la Lengua, no es sino "hacer y poner algo de modo que case y venga justo con otra cosa" o "conformar, acomodar algo a otra cosa, de suerte que no haya discrepancia entre ellas". Pero solo ha de «tener en cuenta» "las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos internacionales multilaterales y regionales". Dado que esto último implica, según el propio Diccionario, que tenerlas presentes o considerarlas, habría que pensar que, a diferencia de las sentencias emitidas por el TEDH se integrarían forzosamente en el control de convencionalidad, informes y decisiones del CEDS solo serían un elemento más a ponderar con otros aspectos, fundamentalmente, el imperio de la ley.

Ahora bien, pase lo que pase en el debate judicial, la polémica a la que estamos asistiendo no debería caer en saco roto. Desde mi punto de vista, tanto si finalmente el Tribunal Supremo entiende que los efectos del despido injusto establecidos en el art. 56 ET constituyen "indemnización adecuada" o "reparación apropiada", conforme a las previsiones de los arts. 24 CSE(r) y 10 COIT-158, como si abre la posibilidad de que jueces y tribunales los valoren a la luz de estas nociones y acuerden efectos adicionales a los legalmente establecidos, sería conveniente, si no necesario, que el debate se cierre mediante una intervención legislativa específica.

En este segundo caso, diría que una intervención normativa vendría justificada por la necesidad de garantizar un tratamiento uniforme a una realidad que, en el fondo, lo es. Podemos aceptar que el sistema de indemnizaciones tasado no es adecuado para compensar los daños derivados de la pérdida injustificada del empleo y entender que es preciso superarlo. Pero esto solo nos dice que es posible desbordar los criterios legales; a continuación, se abren una serie de problemas extraordinariamente delicados relacionados con la delimitación de los daños a reparar que no pueden quedar en manos del decisionismo judicial, por la enorme dosis de inseguridad o, si prefiere, de "ruido", en la expresión utilizada recientemente por Ignasi Beltran en un excelente trabajo. Por supuesto, la reducción del "ruido", que "debería ser un objetivo prioritario de todo sistema jurídico que aspire a la seguridad jurídica y a la satisfacción equilibrada de los intereses de los ciudadanos" (Beltrán de Heredia Ruiz, 2023, p. 63), puede afrontarse también mediante la sedimentación jurisprudencial de la tipología de daños contractuales que deben ser reparados y la forma de cuantificarlos. Pero seguramente es más

sencillo y rápido intervenir mediante una disposición legislativa que clarifique de una vez el problema; y atienda de forma ponderada los distintos intereses en juego.

Pero incluso si el alto Tribunal posibilitara, con base en la sujeción de la jurisdicción ordinaria al imperio de la ley, la continuidad del sistema español de indemnización tasada habría que prestar atención a la cuestión en vía legislativa. Dejando al margen que el sistema de supervisión de la CSE(r) habría puesto al descubierto un incumplimiento de la legalidad internacional que habría de ser reparado, lo cierto es que en las reformas de los efectos del despido improcedente que se han sucedido desde 1994 su impacto reparador y disuasorio ha disminuido extraordinariamente y podría haberse deslizado hacia la inutilidad. Podría ser el momento de reconsiderar estos fenómenos, mediante los correspondientes ajustes del sistema —posible establecimiento de un mínimo indemnizatorio; reajuste de la escala o de los máximos—. Eso sí, en cualquiera de ambos casos, sería necesario que la nueva regulación fuera resultado de un acuerdo previo entre los interlocutores sociales, del estilo del que propició la última gran reforma laboral.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Ballester Pastor, M. A. (2023, March 1). Sobre el precio del despido y otras perversiones: reflexiones en torno a la indemnización por despido *contra legem*. *Briefs de la Asociación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (https://www.aedtss.com/coleccion-brief-aedtss/).

Beltrán de Heredia Ruiz, I. (2023). Decisiones judiciales y "ruido": el caso de la indemnización complementaria a la legal tasada en el despido improcedente. *Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, *166*, 39–64.

Díaz Rodríguez, J. M. (2022). La interpretación y aplicación de la Carta Social Europea, en particular, en materia de extinción del contrato de trabajo. *Documentación Laboral*, *125*, 57–74.

Falguera i Baró, M. À. (2016). La normativa de la OIT y su translación en el ordenamiento interno por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Algunas reflexiones de futuro tras la última reforma laboral. *Lex Social: Revista de los Derechos Sociales*, *6*(1), 33–71.

Galiana Moreno, J. M. (1980). La vigencia en España de los tratados internacionales de carácter laboral. In *Derecho del trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución: ponencias revisadas presentadas al Simposio sobre este tema celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales en mayo-junio 1979* (pp. 161–184).

García Murcia, J. (2022). Despido por absentismo y control de convencionalidad. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, *5*.

Goerlich Peset, J. M. (2021a). Aplicación de las normas internacionales del trabajo: el caso del convenio 158 OIT. A. V. (dir.) Sempere Navarro & Y. (coor.) Cano Galán (Eds.), *La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete* (pp. 439–443). Madrid : Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021.

Goerlich Peset, J. M. (2021b). (Re)descubriendo el control de convencionalidad: ¿activismo o autocontención judicial? *Labos: Revista de Derecho Del Trabajo y Protección Social*, *2*(1), 4–17.

Gutiérrez Pérez, M. (2014). Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *39*.

Jimena Quesada, L. (2022). El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones. *Documentación Laboral*, *125*, 75–90.

Lahera Forteza, J. (2023, June 5). Adecuación jurídica internacional y defensa de la indemnización tasada en el despido improcedente. *Briefs de la Asociación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (https://www.aedtss.com/coleccion-brief-aedtss/).

Lahera Forteza, J. (2023, April 20). *La indemnización y reparación del despido injustificado en las normas internacionales: adecuación de la norma española. Briefs de la Asociación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (https://www.aedtss.com/coleccion-brief-aedtss/).

Molina Navarrete, C. (2022). Despido y control de convencionalidad: ¿el Tribunal Supremo «abre la veda» de la indemnización disuasoria? A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo 268/2022, de 28 de marzo, y 270/2022, de 29 de marzo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *469*, 241–252.

Nogueira Guastavino, M. (2022). Contrato de apoyo a emprendedores: el empresario puede desistir libremente durante el periodo de prueba, pero debe preavisar con 15 días de antelación. Aplicación y límites del control difuso de convencionalidad. *Revista de Jurisprudencia Laboral (RJL)*, *4*.

Salcedo Beltrán, C. (2021). El Comité Europeo de derechos sociales: legis interpretatio legis vim obtinet en su máxima esencia y resistencia. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *460*, 73–123.

Salcedo Beltrán, C. (2023, April 24). *Indemnización adecuada, reparación apropiada y función disuasoria del despido injustificado según la Carta Social Europea Revisada: los árboles no deben impedir ver el bosque. Briefs de la Asociación de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (https://www.aedtss.com/coleccion-brief-aedtss/).

San Cristóbal Villanueva, J. M. (2021). La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales españoles: reflexiones desde la perspectiva de la regulación de los recursos de casación laboral. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, *460*, 175–204.

Valdés Dal-Ré, F. (2016). Teoría e Ideología de los Debates sobre el Despido en España. *Revista Derecho&Sociedad*, *46*, 173–188.

ARBITRAJE FAMILIAR

Francisco González de Cossío*

SUMARIO: I. CUESTIONES INICIALES. A. ¿Por qué usar mecanismos de solución de controversias?. B. ¿Por qué usar arbitraje?. C. Aplicabilidad. II. LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES. A. Matrimonio. B. Concubinato. C. Patrimonio. D. Tutela. E. Alimentos. F. Sucesión. 1. Arbitrabilidad. 2. Pacto arbitral sucesorio. 3. Precauciones. 4. Proceso. III. CONCLUSIÓN. A. El papel de la voluntad en el derecho familiar. B. Lo sensible de la materia es premisa de permisión, no prohibición. C. Utilidad de MSC en disputas familiares.

El aspecto más valioso de la vida es la familia. Como toda relación humana, en la familia hay diferencias. A veces graves. A veces dolorosas. Los mecanismos de solución de controversias ("*MSC*") ofrecen un acervo de instrumentos jurídicos y destrezas que ayudan a resolver problemas de una manera que maximizan las posibilidades de encontrar solución adecuada a los problemas, tanto por su contenido, como por su tiempo, manejo y costo. Es por ende una buena idea explorar cómo y hasta dónde pueden usarse los MSC en esta materia. Ello para cerciorar que no estamos dejando de explorar formas de ayudar a manejar y resolver problemas de la mejor manera posible.

I. CUESTIONES INICIALES

Previo a entrar en materia, existen tres temas dignos de ser abordados en forma preliminar.

A. ¿Por qué usar mecanismos de solución de controversias?

Los mecanismos de solución de controversias son herramientas jurídicas para gestionar de mejor manera el riesgo jurídico. Siendo que los problemas no son unifacéticos —tienen características distintas—, su manejo no puede ser uniforme. Hacerlo necesariamente implica que algunos de los problemas no están siendo idóneamente manejados. No cuestionarlo implica más suponer una cuestión, que una conclusión ponderada. Existe un acervo de instrumentos jurídicos con características diversas que los tornan herramientas idóneas para cierto tipo de problemas, pero no adecuados para

* Árbitro, abogado de parte, miembro de *Dispute Boards*, y mediador (www.gdca.com.mx). Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx. Deseo reconocer la ayuda que recibí de la Maestra Gemma Naveja Romero al elaborar este ensayo, que incluyó deliberación ponderada que refinó las ideas. Cualquier error es sin embargo responsabilidad exclusiva del autor.

otros. Vistos conjuntamente, conforman un *continuum* de opciones que, dependiendo del reto enfrentado, ofrecen un valor diverso. Son:

— Mediación

— Conciliación

— Peritaje

— Litigio

— Arbitraje

— *Dispute Boards*

Lo que hace un buen abogado que busca ayudar a sus clientes a enfrentar y resolver el problema vivido de la mejor manera posible es reconocer la variedad de herramientas disponibles para de entre ellas escoger la más adecuada *in casu*. Es por ello que existe una transición del entendimiento del acrónimo "MASC" del término "mecanismos *alternativos* de solución de controversias" a "mecanismos *apropiados* de solución de controversias": por que, más que una *opción*, son una *mejor* forma de manejar problemas.

Aceptado entonces que el Derecho nos ofrece alternativas diversas para enfrentar problemas con características diversas, el corolario que de ello surge es que éstos *permiten el mejor manejo de los problemas*. Tanto por su *resultado* como su *proceso*. Y ambos pueden ser importantes. Mejoran las posibilidades de un resultado positivo. Es por ello que se justifica llevarlos a un área que arroja problemas delicados: los problemas familiares.

B. ¿Por qué usar arbitraje?

Dentro del *continuum* de mecanismos apropiados de solución de controversias está el arbitraje. El arbitraje es litigio privado. El árbitro es un juez privado. Actúa como juez, emite un fallo equivalente a una sentencia: el laudo, que tiene fuerza de cosa juzgada. Y el beneficio que da a este tipo de problemas es que permite escoger a la persona que evaluará y resolverá el problema enfrentado. La persona que se escoja puede ser elegida en base a criterios diversos: especialidad, confianza, reputación, su buen juicio, por ejemplo. Y cualquiera que sea, lo digno de enfatizar es que permite a las partes cerciorar que su problema acabará en las manos correctas. La opción no solo no garantiza ello, sino que genera riesgo. Aunque existen jueces destacados intelectual y moralmente, no hay manera de saber si el caso acabará en sus dignas manos. El arbitraje permite que las partes gerencien dicho riesgo. Que, lejos de esperar a ver dónde acabó su caso, se cerciore que acaba en las manos correctas.

Además del perfil del juzgador, el arbitraje es *flexible*: permite diseñar el proceso como traje a la medida de las necesidades del caso. Siendo los problemas diversos, puede

ocurrir que un problema requiera de atención particular: velocidad, confidencialidad o tecnicidad: versar sobre un aspecto difícil, que requiere ya sea especialización, ponderación detenida, o sencillamente buen juicio.

Finalmente, el *resultado*: el arbitraje es *final*. Ello quiere decir que no existe una segunda instancia. Lo resuelto es *definitivo*. Por consiguiente, la característica tantas veces vista —y repudiada por los clientes— consistente en el tiempo de solución del problema, aparejada al número de instancias (que se presta a trucos y abusos) que toma arribar a una decisión definitiva es obviado: en arbitraje la decisión es final *a la primera*. Y siendo que el proceso puede confeccionarse como traje a la medida de las necesidades del caso, las partes tendrán control sobre este aspecto del problema, acomodándolo a lo que necesitan o prefieren.[1]

C. Aplicabilidad

El arbitraje civil está sujeto al régimen civil: los códigos civiles y códigos de procedimientos civiles que resulten aplicables. El arbitraje comercial aplicará cuando ante comerciantes o actos de comercio. El artículo 1415 del Código de Comercio establece que el derecho arbitral (título IV, Libro V del Código de Comercio; artículos 1415 a 1480) aplica al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional.[2]

Una conclusión de lo citado es que —siendo que el derecho aplicable es civil, no se involucran actos de comercio, y los protagonistas no son comerciantes— las disputas en materia familiar no están sujetas a derecho arbitral comercial.

¿Pero pueden estarlo? ¿Podrá, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactarse que aplique?

Un motivo para hacerlo es que, mientras que el régimen civil puede (y con frecuencia suele) no ser acorde a los cánones y paradigmas arbitrales más aceptados,[3] el régimen de derecho arbitral del Código de Comercio lo es.[4] Por consiguiente, la interrogante

---

1 Existen virtudes adicionales del arbitraje. Me ciño a las más relevantes atento al tema de este ensayo.

2 El "lugar del arbitraje" en dicho precepto significa lo que el derecho arbitral conoce como "sede" del arbitraje. El vínculo jurídico entre un tribunal arbitral y un derecho arbitral. Se trata de una norma que fija cuál es el punto de conexidad que determina el derecho arbitral aplicable. La utilización de la palabra "lugar" ha invitado confusión con el lugar de la audiencia, algo irrelevante para la cuestión: lo que fija la aplicabilidad de un derecho arbitral no es el lugar *físico* de la audiencia sino el vínculo *jurídico* conocido como "sede".

3 Existen muchos regímenes civiles anacrónicos, tanto sustantivos como procesales. Ello ha invitado diferencias y problemas en casos en que podrían concebirse como aplicables. Y han existido casos en que la parte que recibe un laudo en contra esgrime tal cuestión en el juicio de nulidad, aduciendo que el caso estaba sujeto al régimen civil, que no fue acatado. Aunque nunca ha prosperado el argumento, es de utilidad crear una forma de concebir tal cuestión: redundará en menos tácticas obstructivas.

4 Por ejemplo, el artículo 748 del Código de Procedimientos Civiles de Yucatán exige acuerdos arbitrales en escritura pública y exige una serie de cosas que no son ni útiles ni necesarias. Contrástese con la regla

tiene una implicación pragmática: la posibilidad de pactar un régimen sofisticado y útil para encausar y resolver disputas familiares, lo cual es deseable: maximizará las probabilidades de éxito—además de reducir formalismos y costos innecesarios.

No existe una respuesta tajante a la interrogante planteada.[5] De ocurrir sin embargo, el resultado estará abierto a cuestionamientos que serán probablemente aprovechados por una parte que desee sabotear las consecuencias de lo pactado, si es que el laudo no le conviene.

Ante lo discutible de la legalidad del paso propongo al lector que evite tal discusión en aras de blindar su acto jurídico. Que, en ejercicio de la libertad contractual que el derecho civil suele reconocer,[6] pacte la aplicabilidad del arbitraje regido por el Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México[7] o el del CNPCF[8] Ello pues dicho derecho procesal arbitral, aunque no idéntico, está bastante apegado a los paradigmas del arbitraje moderno. De esta manera, de ser aplicable un código civil procesal que no contemple derecho arbitral moderno, puede soslayarse su aplicación mediante dicho pacto, que se asemeja a un pacto de foro prorrogando.

II. LAS RELACIONES JURÍDICAS FAMILIARES

¿Cómo utilizar los mecanismos de solución de controversias para manejar y resolver problemas en las relaciones familiares? Contestaré la pregunta tema por tema.

A. Matrimonio

Todos los aspectos del matrimonio pueden mediarse o conciliarse. Y dada la sensibilidad de dichos problemas, y lo doloroso que puede ser una sentencia o laudo,[9] puede ser conveniente usar dichos instrumentos para resolver estos problemas.

---

de derecho arbitral, que se inspira del consensualismo (artículo 1423 del Código de Comercio).

5 Existen elementos para defender el paso, y no solo de principio (la postura contraria es paternalista), sino de derecho escrito. El artículo 542 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares ("CNPCF") contempla como reglamento arbitral supletorio precisamente un reglamento de derecho arbitral comercial. ¿Si dicha norma lo establece supletoriamente, por qué no podría hacerse expresamente?

6 Por ejemplo, el artículo 1796 del Código Civil Federal y del Código Civil de la Ciudad de México contemplan tal libertad. El paso podría también encontrar asidero en el artículo 149, 151 y 152 del Código Federal de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México (que permite el pacto de foro prorrogando) y el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia que ha calificado la libertad contractual como un derecho constitucional (ver criterio en Registro 2008086 con rubro "AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ES UN PRINCIPIO DE RANGO CONSTITUCIONAL").

7 Artículos 609 a 635 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México (*CPC*).

8 Artículos 533 al 545 del CNPCF.

9 Piénsese por ejemplo en un problema derivado de alcoholismo o maltrato de un cónyuge a otro; o una infidelidad; o incumplimiento del débito conyugal. Estos son tan solo algunos ejemplos de problemas

La utilización de mediación en estas disputas permite canalizar más humana y diestramente problemas que suelen ser delicados, cargados de emoción, y que con frecuencia se prefiere mantener confidenciales. El que la solución pueda ser lograda mediante una mediación abona al respeto de la misma, y su observancia: las personas suelen estar más dispuestas a cumplir las soluciones que acordaron cuando provienen de ellas mismas, que soluciones impuestas por un tercero. El mediador empleará el (enorme) acervo de destrezas que la mediación ofrece para avenir a las partes para que logren una solución que sea aceptable. Ello contrasta con una decisión impuesta por un tercero, que puede ser dolorosa, que con probabilidad será imperfecta,[10] y que por ende su observancia requerirá actos de monitoreo y coacción constantes—caldo de cultivo de inefectividad de la materia, especialmente ante el hastío que suele observarse que sienten los involucrados.[11]

La conciliación ofrece un valor diverso digno a ser entendido.[12] Se distingue de la mediación en cuanto al papel del tercero y el resultado: el *papel* del conciliador es evaluar, no avenir (lo cual hace el mediador). El *resultado*: el conciliador puede recomendar una solución. Ambas características pueden ofrecer beneficios diversos. Avenir es útil (y digno de ser intentado) para que sean las partes mismas las que lleguen a un resultado que les sea mutuamente aceptable. Pero ello puede tener límites. Llegados dichos límites, puede ser conveniente que el tercero mude de *avenir* a *evaluar*, y utilice las técnicas que de ello brotan para lograr encontrar una solución al problema de las partes. En cuanto a resultado, puede ser conveniente que en algún punto del ejercicio conciliatorio el tercero haga alguna sugerencia. El conciliador puede —con frecuencia *suele*— ver cosas que las partes conjuntamente no ven por el sencillo hecho que el conciliador tiene información que las partes no tienen.[13] Así, gracias al uso diestro de este MSC surgen soluciones posibles que no estarían disponibles en un contexto adversarial, pero que podrían servir de espacio de solución para el problema de las partes. No olvidemos que las sentencias no buscan soluciones, aplican derechos. La diferencia es enorme: con frecuencia lo que las partes necesitan y el derecho que tienen es distinto. Solo por esto, usar MSC es una buena idea: procura espacios de entendimiento que de otra manera no se lograrían. Solo por esto, usar MSC mejora las posibilidades de que la solución a la que se llegue sea superior a la que provendría de un litigio o arbitraje.

---

delicados y (lamentablemente) no infrecuentes que surgen en esta materia, y que es frecuente que se busque discreción.

10 Si se compara con lo que pudo haberse logrado de haber las partes hecho un esfuerzo para encontrar una solución que se acomoda a las características del caso, y las necesidades de las partes.

11 No es infrecuente observar que, con tal de evitar más dolor, las partes evadan. Al hacerlo, con frecuencia dejan de ejercer derechos.

12 Para abundar sobre la diferencia entre la mediación y la conciliación, véase González de Cossío, Francisco, *Análisis Económico de los Mecanismos Alternativos (Rectius: Apropiados) de Solución de Controversias*, Spain Arbitration Review, Club Español e Iberoamericano del Arbitraje, Vol. 38, Año 2020, p. 121.

13 Me refiero a que las partes pueden confiarle información que desean mantener como confidencial, y que conjuntamente sirve para encontrar soluciones que no son evidentes a las partes por el sencillo hecho que la desconocen.

El arbitraje también puede ser de utilidad. Algunos aspectos del matrimonio son arbitrables, y otros no. Ejemplifican los primeros la situación de los bienes en el matrimonio;[14] la creación, cumplimiento, la extinción y disolución de la sociedad conyugal;[15] las cuestiones relacionadas con la separación de bienes;[16] las donaciones antenupciales. Ejemplifican los segundos la validez del matrimonio,[17] el divorcio,[18] y la situación de los hijos como resultado del divorcio.[19]

Las controversias en las áreas disponibles del matrimonio pueden ser de mejor manejo si se encausan a un árbitro por el sencillo hecho que se puede elegir a una persona especializada o en cuyo juicio se confía. La solución además será veloz, lo cual contrasta con los tiempos judiciales. Y será confidencial, lo cual puede ser muy útil en casos delicados. La experiencia enseña que la realidad supera la imaginación: los retos intelectuales que la experiencia nos pone suelen rebasar lo que conceptual o académicamente pudo preverse. Para todo esto, la especialidad, flexibilidad y finalidad del arbitraje puede ser ideal para resolver problemas de esta materia.

B. Concubinato

¿Serán arbitrables las disputas relacionadas con el concubinato? Si se medita sobre la interrogante, es más sutil de lo que a primera impresión parece. Y la diferencia puede residir en algo no tan mecánico como si se ha cumplido el tiempo de cohabitación,[20] puede involucrar una determinación más ponderada—del género que las partes pueden desear contar con una apreciación especializada, o de una persona en cuyo juicio confían.[21] Ello pues no siempre versa sobre cuestiones sencillas. Piénsese por ejemplo en los siguientes ejemplos:

(1) La situación de los bienes de los concubinos, una cuestión que puede invitar diferencias de opinión dado que el régimen de los bienes no es algo abordado —

14 Artículos 178 a 182 del Código Civil de la Ciudad de México. (En lo sucesivo, "*Código Civil*".)
15 Artículo 540.II del CNPCF.
16 Por ejemplo, diferencias sobre el alcance, el inventario, las deudas de los consortes y su pago, los salarios, sueldos y emolumentos y ganancias de los consortes, los bienes adquiridos por donación, la forma de dividir el usufructo de los bienes.
17 Artículo 540.III del CNPCF. Artículo 254 del Código Civil: "Los cónyuges no pueden celebrar transacción ni compromiso en árbitros, acerca de la nulidad del matrimonio."
18 Ver por ejemplo criterio en tesis con rubro "ARBITROS, NULIDAD Y CADUCIDAD DEL COMPROMISO EN" (Registro 356622) cuya parte relevante razona "…materia no compromisoria, como la relativa al divorcio o a la nulidad del matrimonio…".
19 Artículo 283 del Código Civil.
20 El cual no es uniforme. Por ejemplo, mientras que en el Estado de México el plazo es un año (art. 4.403 del Código Civil del Estado de México) en la Ciudad de México es de dos años (art. 291 BIS del Código Civil).
21 Por ejemplo el Código Civil del Estado de Querétaro contempla que la unión sea "con el propósito de integrar una familia y realizar una comunidad de vida" (art. 273 del Código Civil del Estado de Querétaro).

mucho menos resuelto— por dicho concepto jurídico. Y el razonamiento visible en criterios judiciales invita diferencias de opinión.[22]

(2) El alcance del deber de alimentos una vez concluida una relación de hecho, que puede calificar como sociedad de convivencia o concubinato—una cuestión que está en vías de definirse dada la forma en que gradualmente se aceptan y asimilan socialmente estas instituciones jurídicas.[23]

(3) Problemas que involucren relaciones poliamorosas (aquellas entre personas que, con el consentimiento de todos los involucrados, mantienen relaciones afectivas con varias personas de forma simultánea), las cuales se ha recientemente sostenido que pueden crear el vínculo de concubinato.[24] La pluralidad de personas en una misma relación amorosa es caldo de cultivo de problemas que pueden justificar ser sometidos a MSC.

Respecto a su arbitrabilidad, existen elementos tanto para decidir en contra como a favor de su arbitrabilidad. En contra: involucra una cuestión de estado civil, y tiene un componente tutelar. A favor: la consecuencia es por definición una que recae en personas que tienen libertad de disposición. Y su consecuencia es del género que podría entenderse como una materia transigible, y por ende arbitrable: si es que se deben obligaciones a la concubina o al concubinario. Y si la diferencia es sobre los bienes en el concubinato, ¿por qué no sería posible someter al arbitraje? Se trata de cuestiones meramente pecuniarias.

---

22 Existen criterios judiciales con razonamiento que puede traslaparse o generar discusiones. Ver por ejemplo lo razonado por el criterio cuyo rubro dice "CONCUBINATO. NO ORIGINA UNA POSESIÓN DE LOS BIENES DE LA CONCUBINA O DEL CONCUBINARIO ..." que razona que "no existe disposición legal alguna que establezca que la forma de regular las relaciones patrimoniales entre cónyuges rige para el concubinato, menos aún en el caso de sociedad conyugal" (Registro 169129). Compárese con el pensar del criterio con rubro "CONCUBINATO. LA INEXISTENCIA DE UN RÉGIMEN PATRIMONIAL, NO IMPIDE LA LIQUIDACIÓN DE LOS BIENES Y DERECHOS ADQUIRIDOS POR EL TRABAJO COMÚN DE LOS CONCUBINOS, MEDIANTE LAS REGLAS DE LA SOCIEDAD CIVIL" que razona que las liquidaciones de los bienes surgidos durante el concubinato pueden seguir las reglas de la sociedad civil (registro 168971).

23 Ver por ejemplo criterio "SOCIEDAD DE CONVIVENCIA EN EL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 21 DE LA LEY RELATIVA VULNERA EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN" (Registro 2007803) que razona que el precepto que establece que, en caso de terminación de la sociedad de convivencia, el conviviente que carezca de ingresos tendrá derecho a una pensión alimenticia solo por la mitad del tiempo que duró aquella implica un trato desigual entre conviviente, cónyuge y concubinario en lo relativo a su derecho a recibir alimentos una vez terminado el vínculo con su respectiva pareja.

24 Existen precedentes que sostienen la posibilidad de concubinato en estas relaciones, incluyendo entre personas y del mismo sexo. Véase por ejemplo la Sentencia derivada del Amparo 1227/2020 (21 de mayo de 2021) del Juzgado Octavo de Distrito en Materia de Amparo Civil, Administrativa y de Trabajo y Juicios Federales en el Estado de Puebla, que sostuvo que la norma que prevé que el concubinato solo puede ser entre dos personas es inconstitucional: discrimina por motivos de sexo entre personas que tienen otras preferencias sexuales.

Al margen de lo anterior, cualquier disputa entre los concubinos (incluyendo poliamorosos) puede ser mediada o conciliada con los beneficios descritos en la sección sobre matrimonio. Destaca el que, si la relación es plural, es de preverse que existan más problemas y más complejas cuestiones a resolver, de tal manera que puede requerir las destrezas de la mediación y la conciliación.

C. Patrimonio

En esta materia hay una enorme cantidad de temas que pueden ser canalizados a mediación. Los motivos son los mismos que se indicaron en la sección de matrimonio.

Lo mismo ocurre con la conciliación, con el añadido que si lo que se desea es una separación limpia o súbita, una propuesta del conciliador después de seguido un ejercicio de intercambio de perspectivas puede tener como resultado encontrar una solución que no solo no se habría logrado mediante mediación ni litigio, sino además uno que sea exactamente lo que las partes necesitan para lograr lo más rápido posible el corte limpio que su separación necesita. Contrástese ello con un litigio: el tiempo que toma puede ser lo contrario a lo que la relación necesita.

El arbitraje es también idóneo en esta materia. Hay mucho que puede lograrse con la ayuda del mismo en las materias patrimoniales. Citemos algunos ejemplos:

(1) La situación de los bienes en el matrimonio. Su régimen y criterios judiciales invita diferencias que pueden ser idóneamente canalizadas al arbitraje.

(2) Casos particulares de ello pueden ser diferencias respecto del manejo de los bienes dada la existencia de sociedad conyugal.[25]

(3) Diferencias sobre cómo cuantificar el valor de la contribución económica del cónyuge que realiza labores caseras[26] ante un régimen mixto (cuando las capitulaciones optan por separación de ciertos bienes —por ejemplo adquiridos

25 Ver por ejemplo criterio en tesis con rubro "SOCIEDAD LEGAL. SI SE OMITE DESIGNAR ADMINISTRADOR, AMBOS CÓNYUGES TENDRÁN TAL CARÁCTER…" (Registro 2010874) que razona "…la administración del patrimonio común de ese régimen corresponde a ambos cónyuges indistintamente, cuando no se indica cuál la ejercerá…". La pluralidad de administradores que dicho criterio contempla no incluye un mecanismo para resolver diferencias que pueden naturalmente surgir entre dichos administradores.

26 Ver por ejemplo el (loable) criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis con rubro "MATRIMONIO CELEBRADO BAJO EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. LAS ACTIVIDADES QUE REALIZA UNO DE LOS CÓNYUGES EN EL HOGAR DEBEN CONSIDERARSE COMO UNA CONTRIBUCIÓN ECONÓMICA A SU SOSTENIMIENTO, PARA EFECTOS DE UNA POSIBLE MODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD DE LOS BIENES ADQUIRIDOS." (Registro 2018326)

antes del matrimonio— pero sociedad conyugal de bienes adquiridos durante el mismo[27]).

(4) Diferencias respecto de si un bien adquirido con fondos diversos forma parte del 'fondo común' de la sociedad conyugal cuando ante un régimen mixto.[28]

(5) La discusión frecuente sobre la división de bienes logrados a través de esfuerzo de los cónyuges que fue diverso en proporción o monto.

(6) La división de bienes que no admiten cómoda división.

(7) La distribución de un patrimonio con activos de valores diversos entre personas diversas.

(8) Qué hacer ante donaciones entre consortes cuando ante sociedad conyugal sin capitulaciones.[29]

(9) Todas las diferencias de naturaleza pecuniaria derivadas de los divorcios.[30]

Y aunque es evidente, lo diré: la lista de temas es ejemplificativa, no exhaustiva. Este tipo de disputas pueden ser mejor manejadas mediante arbitraje que mediante litigio, que tarda, se presta a tácticas y que puede involucrar cuestiones cuya solución requiere tiempo de análisis.

D. Tutela

La utilidad que los MSC pueden conferir en la tutela es enorme. No es extraño vivir situaciones en que una persona desea encausar el futuro de las personas bajo su patria potestad a un tercero, confiando recursos para ello. Y una persona con una condición médica cuyo resultado será que perderá facultades (por ejemplo, la demencia

---

27 Lo cual invita el artículo 208 del Código Civil Federal al indicar que "La separación de bienes puede ser absoluta o parcial. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos." Ello es consistente con las fracciones IV, V, VI y VII del artículo 189 del Código Civil Federal, que hablan de la posibilidad de comprender ciertos bienes o todos los bienes de los consortes.

28 Los criterios existentes que resuelven sobre ello suponen la existencia de sociedad conyugal. Si el régimen es mixto, ello invita duda. (Ver por ejemplo criterio en Registro 206674 con rubro "SOCIEDAD LEGAL ... BIENES QUE LA INTEGRAN." Y aquél en Registro 223067 "SOCIEDAD LEGAL... " que razona "...es necesario precisar si un determinado bien pertenece o no al patrimonio común, o si corresponde a uno de los consortes.")

29 Dado lo que resuelve el siguiente criterio "SOCIEDAD LEGAL. CUANDO NO EXISTEN CAPITULACIONES MATRIMONIALES NO PUEDE DARSE LA DONACIÓN ENTRE CONSORTES..." (Registro 209168) que razona "...cónyuges casados bajo el régimen de sociedad legal y no existiendo capitulaciones matrimoniales, es jurídicamente imposible que uno de los consortes celebre donación gratuita, pura y simple respecto de bienes que formen el caudal común...".

30 Artículo 540.II del CNPCF.

senil o condiciones semejantes) puede querer planear su futuro de una manera tal que confíe en alguien su bienestar, así como la toma de ciertas decisiones. Para ello, puede utilizar la figura de la tutela y curatela atada a un mecanismo de solución de controversias: eligiendo no solo al tutor y curador, sino a la persona que decida diferencias que surjan entre ellos. Esto tiene un enorme contenido práctico. La experiencia está plagada de historias sorprendentes y lamentables de personas que fueron depositarios de confianza (ya sea *inter vivos* o *mortis causa*) y que actuaron indebidamente, ya sea porque no siguieron las instrucciones, no se desempeñaron con el profesionalismo que se esperaba, que priorizaron en sus decisiones intereses diversos a los de la persona sujeta a la tutela, o abiertamente actuaron indebidamente—por ejemplo, distrayendo para sí o para terceros bienes que formaban parte del acervo que se les confió con otra finalidad. Para manejar dicho riesgo puede ser útil contemplar MSC en el contexto de la tutela y curatela en aras de cerciorar que los objetivos de la protección del autor del acto o el menor o incapaz sea la deseada, y pueda ser sujeta a resguardo y revisión por personas que tienen la confianza de quien la constituye.[31]

Siendo un área sujeta a regulación detallada y con objetivos protectores, el espacio para el arbitraje es digno de análisis pues, aunque pudiera a primera impresión parecer estrecho, no lo es: hay un espacio enorme de actuación. Y dentro la misma, puede ser de enorme utilidad. Quien desee cerciorar que el menor o incapaz reciban los cuidados deseados,[32] incluyendo que el patrimonio destinado a su resguardo sea utilizado de la manera deseada, podría utilizar los MSC para cerciorar que el régimen y actuación de resguardo sea efectivamente logrado. Por ejemplo, al constituir la tutela, el autor del acto podría designar tutor y curador,[33] solicitando que queden sujetos a MSC y al arbitraje.[34] Así, tanto el cuidado del menor o incapaz, como la administración de sus bienes y rendimiento de cuentas,[35] serán monitoreados mediante estos mecanismos—lo cual cerciorará que sean acordes a lo deseado por el autor del acto. Y que, en caso de diferencia, exista quien decida en consecuencia—el árbitro elegido.[36] Ello brindaría la tranquilidad al autor del acto que su voluntad se observará tal como ella lo desea.[37]

---

31 En este contexto me ciño a analizar la tutela testamentaria y cautelar. No abordo la tutela necesaria ni dativa, que por definición estarían excluidas.

32 Artículos 469 Bis y 470 del Código Civil.

33 Artículo 535 del Código Civil.

34 Se sugiere establecer que tengan que someterse al régimen arbitral como condición del investimento del encargo.

35 Artículo 590 del Código Civil.

36 Artículo 567 del Código Civil.

37 Lo dispuesto en el artículo 537 del CNPCF no es óbice para esto. Dice "Las personas tutoras no pueden comprometer los negocios de personas sobre quienes ejercen la tutela, ni nombrar árbitros, sino con aprobación judicial, a menos que éstas fueren personas herederas de quien celebró el acuerdo de arbitraje." La autorización no versa sobre la tutela y su régimen, sino los negocios de la persona sujeta a tutela.

Hay actos que estarían fuera del alcance del arbitraje por tener que ser realizados por un juez.[38] Pero despejados estos, hay una enorme cantidad de actos que pueden ser decididos por un árbitro. Y el que la ley aluda a "juez" no necesariamente significa que no es arbitrable. Existen casos en que la participación del juez está pensada para decidir una cuestión, pero ello no significa que no sea arbitrable. En dichos casos, no es evidente —y tampoco obligado— concluir que la participación del juez significa jurisdicción exclusiva, sino que la ley contempla que alguien tiene que decidir la cuestión, incluyendo por ejemplo diferencias que pueden existir entre el tutor y curador derivadas de los objetivos que la ley les confirió. Pero ello no significa que la alusión del juez es imperativa; puede entenderse como dispositiva (es decir, que admite pacto en contrario). Es por ende conveniente no brincar rápidamente a la conclusión de que el que la ley contemple la participación de un juez implica *ipso iure* que no puede arbitrarse. Ejemplifica la aseveración:

(1) La determinación del monto de alimentos del menor y su actualización.[39]

(2) El desempeño de la obligación de brindar la educación atento a la capacidad económica, en caso de que el curador difiera.[40]

(3) Las decisiones sobre medidas a tomar en caso de que los ingresos sean insuficientes para cubrir los gastos de la persona sujeta a tutela.[41]

(4) La obligación de informar sobre el desempeño de la tutela.[42]

(5) La facultad del juez de tomar medidas que considere convenientes para mejorar la condición de la persona sujeta a tutela.[43]

(6) La autorización para tomar las medidas que se juzguen oportunas, oyendo al curador, para mejorar la condición de la persona sujeta a tutela, incluyendo el rendimiento de cuentas de las medidas que se hayan tomado por ser urgentes.[44]

(7) La decisión sobre la petición del curador de que se incluyan bienes omitidos en el inventario de los bienes a favor de la persona sujeta a tutela.[45]

---

38 Por ejemplo, la designación del tutor en ciertas circunstancias (art. 497 del Código Civil), decisión de separación de la tutela (art. 507), decisión de inaptitud para ser tutor (art. 511.VIII), designación del tutor interino (art. 515), decisión sobre garantía del tutor (arts. 521, 523, 527, 528.III, lo cual exceptuaría si así lo estableció el autor de la tutela testamentaria), la tutela dativa (art. 495).

39 Artículo 539 del Código Civil.

40 Artículo 540 del Código Civil.

41 Artículo 542 del Código Civil.

42 Artículo 546 del Código Civil.

43 Artículo 546 párrafo tercero del Código Civil.

44 Artículo 547 del Código Civil.

45 Artículo 553 del Código Civil.

(8) La decisión sobre los montos que deben invertirse en gastos de administración y otros egresos, así como su actualización.[46]

(9) La decisión sobre la continuación el negocio de los padres del menor.[47]

(10) La inversión de los montos sobrantes de los gastos de la tutela.[48]

(11) La decisión sobre si el producto de la enajenación de un activo usado en beneficio del menor ha sido debidamente invertido.[49]

(12) La decisión sobre la conveniencia de la venta de un bien raíz.[50]

(13) La decisión sobre el precio y los términos de enajenaciones o gravamen sobre bienes que pertenezcan al incapacitado.[51]

(14) La decisión sobre los gastos extraordinarios de los bienes de la persona sujeta a tutela.[52]

(15) La decisión sobre someter al arbitraje alguna cuestión.[53] El régimen a este respecto del CNPCF[54] puede ser interpretado en el sentido como que admite pacto en contrario: la exigencia de permisión del juez busca un contrapeso al tutor. Ello puede lograrse mejor con la autorización de la persona que se elija por el autor de la tutela testamentaria.

(16) La decisión sobre la retribución del tutor[55] así como su incremento en caso de manejo exitoso.[56]

(17) El rendimiento de cuentas por el tutor,[57] así como su prórroga.[58]

(18) La indemnización del tutor.[59]

---

46 Artículo 554 del Código Civil.
47 Artículo 556 del Código Civil.
48 Artículo 558 del Código Civil.
49 Artículos 561 y 562 del Código Civil.
50 Artículo 563 del Código Civil.
51 Artículo 564 del Código Civil.
52 Artículo 565 del Código Civil.
53 Artículo 567 del Código Civil.
54 Artículo 537 del CNPCF que exige que el (*sic*) "nombramiento de árbitros" sea con autorización judicial. El precepto es ambiguo. Si lo que se refiere es al sometimiento al arbitraje de los negocios de las personas sorbe quienes se ejerce la tutela, no hay motivo para interpretar que dicha permisión no puede ser exigida de la persona que al respecto exija el autor de la tutela testamentaria.
55 Artículo 585 del Código Civil.
56 Artículo 587 del Código Civil.
57 Artículo 590 del Código Civil.
58 Artículo 602 del Código Civil.
59 Artículo 599 del Código Civil.

Hay otros sin embargo que son discutibles. Por ejemplo, la decisión sobre la institucionalización de un menor o incapaz (que la ley establece que el juez debe realizar después de escuchar tanto al tutor como curador).[60] Si bien podría argumentarse que es un acto de resguardo del género que puede ser entendido como tutelar y por ende corresponde sólo al juez, podría aceptarse que, ante tutela testamentaria, este es precisamente el tipo de decisiones delicadas que el autor de la tutela quiso que fueran realizadas por *cierta* persona. Podría también establecerse que ante diferencia entre el tutor y curador, el árbitro decida una vez escuchadas las perspectivas del tutor y el curador. Ello brindaría una capa de protección especializada y sensible que mejoraría las posibilidades de que la voluntad del autor se cumpla.

Al ponderar sobre esto, se invita al lector a considerar qué pasa en la actualidad con estas cuestiones. Cómo son manejadas y resueltas, particularmente ante la congestión judicial. La respuesta que le merezca invito que se coteje con esta posibilidad: que la suerte de la persona sujeta a tutela no dependa de la calidad, entrega, seriedad o disponibilidad del juez de turno, sino que el autor de la tutela pueda encomendar dicha tarea a personas de su confianza, estableciendo contrapesos que cercioren buen manejo vía no solo la existencia del curador, sino una persona que decida en consecuencia. De aceptarse, ello daría un enorme valor a quienes enfrentan la difícil interrogante planteada al principio de esta sección: a quién confiar el cuidado de un menor o el autor de la tutela que vive un problema médico.

Cualquiera que sea la postura sobre arbitrabilidad, no hay motivo para sostener que no podrían estar sujetos a mediación o conciliación. Los motivos son los mismos explicados en la sección de matrimonio.

La experiencia internacional ofrece un ejemplo ilustrativo. En *Baz v Bba*[61] un laudo de más de 720 millones de dólares de Singapur involucró (entre muchos otros) a menores con motivo de la operación del fondo que dio lugar al arbitraje. Ello pues su padre y guardián natural celebró a su nombre una operación. El laudo sostuvo que los menores eran solidariamente responsables. Durante el arbitraje, su representante adujo que el laudo era contrario a los intereses del menor, [62] pues sus intereses no habían sido protegidos, y que el laudo era desproporcional en su perjuicio.[63] Al analizar la ejecución del laudo, la juez de Singapur dedicó toda una sección del laudo a analizar la protección de menores como parte del orden público.[64] Haciendo alusión a principios diversos que protegen al menor,[65] concluyó que se justificaba no ejecutar el laudo.

---

60 Artículo 544 del Código Civil.
61 High Court of the Republic of Singapore, [2018] SGHC 275. Sentencia de 21 de diciembre de 2018.
62 Id. ¶155.
63 Aunque eran propietarios del 0.0015% de las acciones, el laudo los hacía solidariamente responsables de la totalidad del monto condenado.
64 Id. ¶169 *et seq*.
65 "a natural guardian is incapable of and has no power to carry out a fraud for and on behalf of a minor so as to jeopardize the estate of the minor. Any such act done by the natural guardian cannot bind or fas-

El motivo, en sus palabras: "*...the principle of protecting the interests of minors in commercial transactions is part of the public policy of Singapore*"[66] ("...el principio de protección de los intereses de menores en transacciones comerciales es parte del orden público de Singapur..."). Al hacer responsables a los menores por declaraciones fraudulentas (como partes solidarias de las demás partes del arbitraje), se viola el principio de protección del menor.[67]

E. Alimentos

Los alimentos son un área que podría ser útil someter a MSC cuando ante un problema. Son claramente mediables o conciliables. Pero además, tratándose de una cuestión meramente dineraria, no debe existir motivo para no permitir la arbitrabilidad de su *monto*[68] —a diferencia del *derecho* a recibirlos.[69] Ello no cambia porque el derecho a recibir alimentos no es renunciable,[70] pues es transigible.[71]

Su utilidad es triple:

(1) **Contenido**: ante una diferencia sobre el contenido o alcance del deber de dar alimentos, puede ser útil recurrir a una persona cuyo juicio se respeta para que resuelva esta diferencia. Ello repercutirá no solo en la inteligencia de la decisión, sino su aceptabilidad. Y conforme pasa el tiempo la necesidad de ajustar puede ser materia de consulta específica con respuesta inmediata.

(2) **Velocidad**: el laudo será emitido en forma veloz, lo cual contrasta con los tiempos del litigio. Ello abona no solo en el cumplimiento (que puede ser delicado: el deber de sufragar alimentos suele ser urgente), sino la catarsis del problema.

(3) **Finalidad**: siendo definitiva, la decisión no estaría sujeta a recursos. Y sería inmediatamente ejecutable. Ello evita que se lastime a una de las partes (o los menores) por recursos demorados.[72] O que el riesgo de ello tenga por efecto que un cónyuge acepte un monto menor con tal de ya contar con él.

---

ten any damages or liability on the estate of the minor. It is fundamental policy of Indian law to protect a minor..." (Id. ¶172(b)). "As a matter of Singapore law, in the commercial context, a minor is in general not bound by a contract that he enters into, but may ratify the contract upon attaining majority..." (Id. ¶178).

66 Id. ¶179.

67 Id. ¶180.

68 Artículos 309, 311, 312 del Código Civil. Artículo 540.I del CNPCF.

69 Artículos 302 a 308 y 311 Bis, del Código Civil.

70 Artículos 312 y 1372 del Código Civil.

71 Artículo 2951 Código Civil Federal.

72 Aunque la pensión alimenticia provisional podría servir para resolver esta cuestión (art. 943 del CPC), ello a su vez está sujeto a recursos y plazos judiciales. Puede por ende preferirse que se canalice mediante arbitraje.

F. Sucesión

1. Arbitrabilidad

Las controversias de derecho sucesorio son arbitrables.[73] Si bien solía existir diferencia de opinión al respecto, todo parece indicar que ha quedado superada. No repetiré todo el debate,[74] sólo sus puntos centrales:

(1) **No existe prohibición**. Y en esta materia, la regla es permisión. Esta cuestión es parte del género de materias que, acorde a la autonomía de la voluntad, pueden disponerse como mejor estime el titular del derecho. Lo expresado, de sí suficiente para así concluir, se robustece con la naturaleza jurídica del arbitraje, que es contractual. El Poder Judicial mexicano ha hablado con una sola voz en esta materia, y lo ha hecho con tino desde la quinta época.[75]

(2) **Existe permisión expresa**. Existen tres normas cuyo sentido justifica concluir que la materia puede arbitrarse: artículo 1720 del Código Civil; artículo 613 del CPC; artículo 538 del CNPCF. Al requerir permisión de todos los herederos además del albacea para someter al arbitraje, la implicación necesaria de la norma es que la materia es en sí arbitrable. Lo único que pide es consentimiento de los interesados o involucrados.[76]

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares es especialmente atinado a este respecto. La última oración del artículo 538 dice que los albaceas necesitan consentimiento unánime para pactar arbitraje "salvo que se tratara de cumplimentar los acuerdos de arbitraje pactados por el autor de la sucesión". Esta oración tiene un triple impacto. Primero, dejar claro que no hay nada *en sí* en la materia que veda su arbitrabilidad. Segundo, la conclusión es especialmente cierta dado que se trata de un régimen más reciente (dicha ley es de junio 2023) que el resto de las normas interpretadas, lo cual es reflectivo de la visión moderna de la materia. Tercero, valida expresamente que el autor de la sucesión puede contemplar acuerdos arbitrales en el testamento—tal como lo he propuesto en *Arbitraje*[77] y reitero en este ensayo.

---

73 En *Arbitraje* (Porrúa, 5ª ed., 2018, p. 1349 *et seq*.) abordo con detalle la cuestión, incluyendo la forma de arbitrar controversias sucesorias. En este contexto toco los aspectos medulares, continuando —no repitiendo— reflexiones iniciadas en la obra citada.

74 Puede ser consultado en *Arbitraje*, *ob. cit*., pp. 1349-1364.

75 Registro: 361915 cuyo rubro es "**ARBITRAJE**". Para abundar, veáse *Arbitraje,* capítulo sobre naturaleza jurídica del arbitraje (*ob. cit*., p. 145).

76 Los preceptos citados se refieren a las disputas de los negocios de la herencia lo cual puede distinguirse de las diferencias respecto de los derechos y obligaciones de los herederos o legatarios conforme a derecho sucesorio. Pero el punto a considerar es que lo que exige la norma para arbitrar es consentimiento. No hay una inarbitrabilidad *per se*. Y tratándose de derechos que versan sobre cosas (dinero o bienes) no hay motivo para concluir que la materia es inarbitrable.

77 Porrua, 5ª ed., 2018, p. 1349 *et seq*.

(3) **La materia es disponible**: No se trata de una materia que en términos generales tenga algo que pueda justificar concluir algo diverso.[78] Ello, de sí cierto en general, es especialmente cierto en una jurisdicción que sigue la visión más liberal del régimen sucesorio: México, que, a diferencia de otras jurisdicciones, reconoce la libertad total del *de cuius* de disponer de su patrimonio *post-mortem*. La única limitante es la oficiosidad, pero ello no es motivo para concluir que la materia es indisponible o de imposible arbitramento, sino un límite a observar dentro del sentido del laudo arbitral, lo cual no es novedad: el derecho contractual contiene límites a la libertad contractual (las normas de orden público) y no por ello decidimos que no es arbitrable. Hacerlo sería malentender no solo lo que *es* la arbitrabilidad, sino la concepción correcta del orden público como sinónimo de normas imperativas —límites a la libertad contractual.

2. Pacto arbitral sucesorio

Habiendo establecido su arbitrabilidad, hablemos de su practicidad.

Podría utilizarse la cláusula modelo de las instituciones arbitrales, estoy convencido de ello. Pero siendo éstas provenientes del mundo comercial, *podrían*[79] despertar diferencia sobre cómo llevarlas con efectividad al mundo civil. En dicho caso, comunico una cláusula que refleja el primer testamento privado en la historia de México que contempla un acuerdo arbitral (el de este autor y su esposa), que dice:

> Todas las desavenencias de orden patrimonial que deriven de este testamento o que guarden relación con el mismo, serán resueltas de manera definitiva mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento [nombre del reglamento escogido]. La sede del arbitraje será el de la Ciudad de México. El derecho aplicable a la controversia será el de la Ciudad de México.

Dicha norma fue producto de (literalmente) horas de discusión con el notario en cuestión. Dicho profesional merece reconocimiento en que, aunque reticente de incluirlo en el testamento que estaba en vías de formalizar, fue respetuoso de la voluntad de mi esposa y mía.[80] Ambos queríamos contar con arbitraje para resolver nuestros problemas; ambos insistimos en contar con ello. Pero ello pone en una situación difícil a los notarios, lo admito. Siendo el testamento un acto jurídico delicado, que inclusive puede poner en riesgo la patente del notario, existe una (entendible) reticencia de muchos fedatarios de otorgar un acto con una cláusula extraña. De hecho, no me extrañaría

78 Pueden existir aspectos específicos que sí veden su arbitrabilidad subjetiva, más no objetiva. Por ejemplo, el hijo supérstite, precauciones de la viuda encinta, la inoficiosidad. Pero inclusive ello no veda que éstos puedan pactarlo, logrando así los beneficios de usar este instrumento.

79 El punto no es obligado, sin embargo. Las palabras del universo mercantil pueden servir para el civil por el sencillo hecho que comunican voluntad contractual en una y sucesoria en otra, pero voluntad al fin.

80 Deseo en este acto deslindar a dicho profesional de cualquier crítica o responsabilidad. Fui yo y solo yo quien optó por dicha opción.

que la psicología de grupo invitara crítica o burla. De ocurrir, invitaría a dichos distinguidos colegas a revalorar. Propongo tres motivos para hacerlo:

(1) Las innovaciones no deben ser vistas con desdeño; son formas de mejorar. Si bien esta materia tiene un componente protector y tradicional importante, nada impide pensar en nuevas formas de dar valor a nuestros clientes. De permitirles manejar mejor sus problemas.

(2) Las controversias sucesorias son delicadas. Y demoradas. No es inusual escuchar de casos que duran más de una década en resolver.[81] Y dichos problemas suelen estar rodeados de dolor. Entre más demoramos la solución de un problema, más extendemos el tiempo en que se sufre dicho dolor, demorando la etapa de catarsis. Al hacerlo, lastimamos a sus participantes. Solo por esto se justifica ponderar sobre la opción que propongo en este ensayo: porque aborda una asignatura pendiente que lastima—y mucho.

Hablemos con franqueza, a los únicos que beneficia el litigio sucesorio es a los litigantes. El estado de la cuestión —que recuerda la novela de Dickens *Bleak House*[82]— es deplorable.

(3) Es una forma de imbuir un mensaje en la sucesión. Esta es una idea que he comunicado a alumnos y a tres clientes, con éxito. No agotaré la idea, pues lo hago en otro contexto.[83] Lo que en este foro deseo compartir es que la sucesión es una oportunidad para transmitir un mensaje a la siguiente generación. Dada la importancia del evento que la detonará, la delación, y la reflexión y emocional introspección que ello invita, es una ocasión ideal para sembrar una idea que el difunto quiera dejar a la siguiente generación.

Las más de las veces, la cuestión de la sucesión es ignorada.[84] Y cuando algo se hace al respecto, se cae en el patrón dominante de simplemente hacer un testamento que no es más que una copia *verbatim* de otros: no hacen más que usar el 'machote' que el notario elegido tiene en su cajón o computadora, llenando los espacios. Ello, de sí no errado, es una forma no-universalizable de manejar la cuestión. Sobre todo, cae en un patrón poco ponderado. A algunos les queda chico el modelo. Algunas personas quieren hacer *algo* interesante de su sucesión, como lo hicieron de su vida. Desean cerrar un círculo, esclarecer un mal-entendido, amarrar un cabo suelto. *Dejar un mensaje*. El machote visible en la práctica cotidiana mexicana sencillamente no sirve para ello.

---

81 Un amigo litigante me platicó de una sucesión que manejó que duró 47 años (¡!). Irónicamente, la heredó de su papá y la continuó litigando durante muchos años de su práctica profesional.

82 En dicha novela, Charles Dickens habla de la sucesión *Jarndyce v Jarndyce*. Y su corolario fue que a los únicos que benefició fue a los *barristers* que la manejaron.

83 Desarrollo la idea en *Arbitraje, ob. cit*., p. 1349.

84 Llevo años preguntándome porqué las personas descuidan tan importante tema. Especulo que tiene que ver con que planear nuestra muerte es difícil. Inconscientemente, solemos evitarlo.

Algunos hacen una carta en forma paralela. ¡Ello es una gran idea! Permite imbuir de filosofía el acto que se vivirá. (No hay nada más estéril que hacer sin motivo. En la medida que sea sobre algo tan trascendente como la sucesión, se habrá perdido una oportunidad de oro para hacerlo.) Pero si la carta tiene algún tipo de petición, exigencia, condición u obligación, será necesario contar con un mecanismo para hacerlo cumplir. Sencillamente no se puede confiar en que se hará solo. Y los casos de abuso abundan.[85] Si se usa el mecanismo habitual (el litigio), es probable que el tiempo y características del litigio hagan que el mensaje se diluya o pierda. Si se encausa en arbitraje, podrá cerciorarse que la voluntad plasmada será observada.

3. Precauciones

De optarse por lo propuesto, mucho dependerá de cómo se haga.

Un primer reflejo suele ser establecer en la cláusula quién actuará como mediador o árbitro. Lo ideal es no hacerlo, pues ello puede abrir discusiones en caso de que la persona identificada falte o no pueda tomar el caso.[86] Sin embargo, en esta materia se observa que con frecuencia se desea depositar confianza en alguien en particular para implementar la última voluntad. Y ello puede ser importante. En dicho caso, deseo proponer una forma de concebir dicha designación que evita problemas, o que logre una solución menos problemática en caso de surgir un problema.

En caso de que se designe a una persona en la cláusula arbitral, de mediación o escalonada, propongo que la elección se entienda como un elemento separado y secundario de la cláusula, no consustancial a la voluntad expresada de contar con arbitraje o mediación, de tal manera que, si la persona identificada falta o no toma el caso, ello no se entienda en el sentido que el acuerdo arbitral es ineficaz. Que el acuerdo arbitral se conciba como una manifestación de la voluntad *independiente* del deseo de contar con *cierta* persona. Ello busca desplazar la línea de opinión que considera que, en caso de que la cláusula arbitral contemple la identidad del árbitro, de no estar posibilitado de tomar el caso, el acto se torna ineficaz: la voluntad de contar con arbitraje ha fenecido pues estaba ligada a la persona. Propongo que dicha lectura no es obligada. Que la voluntad de arbitrar y la voluntad de contar con cierta persona son dos elementos separados,[87] de tal forma que si uno se torna en imposible, la cláusula arbitral *qua* acto

85 He sabido de varias sucesiones en que el albacea no hace lo que se le encomendó; a veces apropia para sí o los suyos cosas que eran entendidas para otros. Y un par de ellos han tenido resultados graves. Un caso implicó dejar sin protección a una persona mayor que carecía recursos y de capacidad de generarlos, y que la albacea —hija del primer matrimonio del *de cuius*— implementó a su favor. Ello ocurrió por una ambigüedad que invitó el testamento.

86 En caso de hacerlo, se recomienda previamente obtener aceptación de la persona.

87 A menos que se haya indicado expresamente que ante cualquier diferencia, será X persona, y sólo X persona, quien decidirá como árbitro. Ello es posible, pero debe verse como producto de pacto expreso, no la regla o voluntad expresada *sotto voce*.

jurídico sigue existiendo; solo es necesario suplir un elemento de la misma: la identidad del árbitro. Ello sería consistente con el principio de las obligaciones de efecto útil (*effet útil*).[88] Y evitará que la *precaución* de haber designado a *una* persona en la cláusula se torne en la semilla de la destrucción de la voluntad expresada por el *de cuius*.

Una opción es envestir al albacea con la facultad de ser mediador o árbitro, inclusive ambos. Ello invita algunas reflexiones.

Primero, ¿es posible? ¿Es compatible el papel de albacea con el de mediador o árbitro. La experiencia y doctrina al respecto está desierta.[89] Casi nadie lo ha explorado. Por ende, al hacerlo, me topo con una *tabula rasa*.[90] Propongo que es incuestionable que el albacea puede también ser mediador o conciliador. No veo por qué no sería posible. Suele además ser el idóneo: el encargo de albacea es de confianza; el o la *de cuius* lo habrá nombrado porque confía en él o ella. Querrá decir que esa persona tiene el encargo de hacer cumplir su voluntad, lo cual puede ser logrado mediando o conciliando diferencias. Anticipo además que *de facto* ya ocurre: los casos en que, abierta una sucesión, el albacea tiene que enfrentar problemas con los herederos, legatarios y otras personas que no figuran en el testamento pero que claman por algo es frecuente—especialmente cuando existen imprevistos o dificultades en la última voluntad del *de cuius*.

¿Pero podrá ser árbitro?

En principio, propongo que sí. No hay nada *en principio* que vede que el mismo personaje que actúa como albacea sea también árbitro. Pero pueden surgir eventualidades casuistas que generen problemas o incompatibilidades.

---

88 Artículo 1853 del Código Civil.

89 En un caso que este autor vivió, fui designado tanto albacea como árbitro. Después de que la *de cuius* pasó a mejor vida, con el consentimiento de todos los herederos, medié a los herederos, que tenían diferencias serias entre ellos. Ello resultó en un acuerdo de transacción en el cual acordaron dividir la sucesión de cierta manera. Siendo que los acuerdos implicaban actos de tracto sucesivo, y sobre todo tiempo de implementación, se acordó contar con arbitraje y todos solicitaron que el suscrito actuara como árbitro. Acepté. Vividos los actos, uno de los herederos incurrió en conducta oportunista que se tradujo en incumplir los pactos acordados. También consistió en apropiar parte de la sucesión, aún ante oposición de los demás herederos, sin darles nada. Aprovechó que ella *de facto* tenía el control sobre dichos bienes, y algunos ya se habían distraído a su favor. Al hacerle ver que ello no solo era contrario a lo pactado, sino incorrecto, la heredera incurría en todo tipo de racionalizaciones y tácticas para evitar cumplir. Llegó inclusive a cuestionarme a mí. En una ocasión su hijo me agredió verbalmente. Después de varios esfuerzos para abrirle los ojos y hacerle ver que lo correcto y lo pactado (¡y lo que le convenía!) era rectificar, la heredera se rehusó y reincidió en la táctica de cuestionarme a mí, llegando al extremo de cuestionar mi imparcialidad. Decidí en ese momento renunciar a mis esfuerzos de mediarlos y al encargo de actuar como árbitro, y permitir que las partes prosiguieran con el ejercicio de sus derechos por la vía contenciosa. Les hice ver que habían pactado arbitraje, lo cual les recomendaba. Solo que ya no podía ser *yo* el árbitro: ya no me sentía imparcial: después de ver lo ocurrido, no sentí que tuviera la *liberté d'esprit* necesaria para ser árbitro (para entonces, no me quedaba duda que era la heredera que incumplía la que había actuado mal). Pero que podían recurrir a otra persona para lograrlo, y que ello era en su mejor interés pues un juicio sucesorio sería largo, oneroso y doloroso.

90 Estas palabras deben entenderse como el primer paso de un esfuerzo de reflexión que debe tener lugar al respecto. Me interesará conocer perspectivas de otros.

En la medida en que el albacea sea también heredero o legatario pueden suscitarse problemas. De ocurrir, los roles podrían ser incompatibles, inclusive de juez y parte.[91] Es por dicha posibilidad (entre otras) que recomiendo que el acuerdo arbitral no contenga la identidad de la persona—evita discusiones o circunstancias que pueden hacer ineficaz el acto. Pero de haber ocurrido, hago eco de la propuesta que hice arriba en el sentido que el efecto jurídico de identificar a una persona en el acuerdo arbitral no sea que la cláusula arbitral se torna en ineficaz en caso de imposibilidad de actuación del árbitro testamentariamente elegido: se trata de elementos diversos de la voluntad del *de cuius*, ninguno de las cuales es condición del otro.

Siendo un acto unilateral del *de cuius*, el heredero o legatario podrían manifestar que no consintieron al acuerdo arbitral. Y en estricto sentido tienen razón.[92] Pero ello no quiere decir que el testador esté maniatado. Puede diseñar el acto para que la calidad de heredero o legatario esté condicionada a aceptar el arbitraje.[93] Entendido así, se trataría de una 'carga': una obligación que se exige de quien recibe una liberalidad.[94]

4. Proceso

Siendo que existe un proceso especial para sucesiones, surge la duda sobre su impacto en la arbitrabilidad de la materia. La cuestión está superada en el sentido de posibilidad,[95] pero hay cuestiones de practicidad que deben tenerse en mente.

1. **Requisitos**:[96] aplicarían los mismos requisitos que la sucesión ante notario, excepción hecha del requisito de ausencia de controversia. De existir, ésta se ventilaría ante el árbitro.

---

91 Existe un criterio que toca la cuestión, pero en otro contexto, aquel contenido en el Registro 2004647, Tesis III.2o.C.5 K (10a.), cuyo rubro es "**ARBITRAJE. NO PUEDE CONSIDERARSE COMO TAL EL PACTO CONSISTENTE EN QUE UN ORGANISMO CORPORATIVO DE LA PERSONA MORAL ENTRE CUYOS MIEMBROS EXISTE UN DIFERENDO CON RESPECTO A SU ADMINISTRACIÓN, DEBA RESOLVER EL CONFLICTO CORRESPONDIENTE**". Razona que el esquema de resolución de controversias societarias por accionistas no puede ser considerado "arbitraje" atento al principio '*nemo iudex in sua causa*'. *Mutatis mutandis*, aplicado a nuestro caso, sirve de apoyo para concluir que el albacea que es a su vez heredero o legatario no puede fungir como árbitro *in casu* pues podría propiciarse un problema de *nemo iudex in sua causa*.

92 Artículo 611 del CPC. Artículo 1423 del Código de Comercio.

93 Y ello no es una arbitrariedad, sería parte del diseño de una sucesión que maximice las posibilidades de que los herederos o legatarios reciban lo que el testador desee, como el testador desee. Se trataría de una de las condiciones que puede contemplar el testamento (artículo 1344 del Código Civil).

94 Y el heredero y legatario no está obligado contra su voluntad al arbitraje. Puede no prestar su consentimiento. Pero si desea ser heredero/legatario, deberá respetar la voluntad del *de cuius* y aceptar el mecanismo de solución de problemas elegido por la *de cuius*, misma que estará pensada en su beneficio.

95 *Vid Arbitraje*, *ob. cit.*, p. 1356 *et seq*.

96 Artículo 872 CPC y artículo 167 de la Ley del Notariado para el Distrito Federal ("*LNDF*").

2. **Inventario**:[97] el inventario se realizaría por el albacea con la cooperación de las partes. Cualquier desacuerdo sería dirimido por el árbitro.

3. **Partición**: las diferencias sobre el contenido del proyecto de partición de herencia serán resueltas por el árbitro. El proyecto (que contemple las soluciones contenidas en el laudo), será protocolizado ante notario.

4. **Adjudicación**:[98] la escritura de partición y adjudicación de la masa hereditaria se hará con base en (*i*) lo que establezca el testamento, y (*ii*) lo que establezca el laudo.

Para implementar lo anterior, el árbitro deberá trabajar de la mano con un notario. En la medida en que existen notarios con distintas predisposiciones al arbitraje en general, y que pueden no conocer o no compartir la idea aquí presentada (después de todo, es novedosa), será necesario escogerlo con cuidado; después de entrevistarlo sobre su opinión al respecto.

III. CONCLUSIÓN

Deseo finalizar con tres reflexiones que cortan transversalmente a todo lo analizado en este ensayo: el papel de la voluntad en el derecho familiar (§A), lo delicado de la materia y su efecto en la lectura propuesta en este ensayo (§B), y el valor que la utilidad de los MSC puede brindar en esta disciplina (§C).

A. El papel de la voluntad en el derecho familiar

La materia familiar está compuesta por un marco regulatorio complejo. Es además tutelar. Ante ello, no es evidente que puedan diseñarse esquemas como los que propongo. El régimen podría entenderse como uno en el que la libertad de las partes tiene un espacio reducido. Y el análisis expuesto podría concebirse como uno que supone libertad de acción —incluyendo estipulación— en las ranuras regulatorias y espacios de ambigüedad. La suposición no es digna de aceptación automática. El régimen podría entenderse como diverso. Como uno en el cual, tratándose de una materia protectora, tiene un régimen imperativo.

Propongo que reflexionemos sobre ello. Al hacerlo, defiendo una lectura del régimen aplicable que da espacio para que los sujetos de la misma tengan libertad para diseñar un régimen que colme sus necesidades y preferencias; y que ello es preferible a la opción: concebir el régimen como uno no solo imperativo sino limitado; tal, que no admite espacio alguno para el ejercicio de libertad.

97 Artículo 874 CPC.
98 Artículo 167 LNDF.

La preferencia por la lectura por la abogo descansa en dos motivos: uno de principio y uno de practicidad.

Por principio, propongo que la autonomía de la voluntad debe incluir la posibilidad de que las partes puedan diseñar su futuro en estas (delicadas) cuestiones. Que prefiramos regímenes en los que las partes puedan, en ejercicio de su libertad, diseñar esquemas que permitan atender sus dilemas y problemas de una manera más afín a sus deseos; a lo que prefieren de la vida. Al hacerlo, aceptemos que la libertad de pactar no es propia del derecho contractual, *es propia del derecho privado*. La autonomía de la voluntad prima en todo el derecho privado, incluyendo el familiar.

La practicidad también milita a favor de la lectura que defiendo. Permitamos que las personas puedan dirigir sus problemas de la manera que más les conviene. Que el régimen regulatorio no obstruya mejores decisiones y resultados. Eso es lo que está en juego: la permisión de una mejor opción: *las preferencias de las partes, cuando no generan problemas de principio, son superiores a las reglas generalmente contempladas por el derecho aplicable*. Deben por ende ser privilegiadas siempre que sea posible. Ello además no solo ayuda a quienes tengan la precaución de diseñar esquemas que atiendan a sus preferencias, sino que al hacerlo libera recursos judiciales para quienes no lo hacen o no lo pueden hacer. Ante lo finito de los recursos, ello debe ser preferido: dada la liberación de recursos judiciales, ello aliviará congestión judicial, permitiendo extender mejor y más lejos los brazos del Estado de Derecho.

B. Lo sensible de la materia es premisa de permisión, no prohibición

El derecho familiar incluye áreas indisponibles y áreas donde el margen de acción es limitado, a veces con jurisdicción judicial exclusiva. Ello obedece a su carácter protector o de interés social. Pero no justifica concluir que *todo* es indisponible (y por ende inarbitrable), mucho menos que no pueden utilizarse los MSC. De hacerlo, nos cerraríamos puertas innecesariamente. Y si se pondera sobre ello, *la sensibilidad de una materia es mejor entendida como premisa de la conclusión opuesta*: *es porque la materia es delicada o tutelar que se justifica utilizar que permitan que las partes escojan su preferencia; que sean dueños de su destino*. Que sean parte de la solución del problema que enfrentan contemplando respuestas más adecuadas a las particularidades del problema vivido (tanto en sustancia como tiempo), incluyendo, permitiendo que personas que tienen la confianza de los involucrados tengan una participación en su solución.

La opción cierra puertas. Veda opciones. Y lo hace en forma innecesaria y paternalista. Merece ser rechazada solo por eso: el mejor juez de la preferencia de las partes son las partes mismas.

C. Utilidad de MSC en disputas familiares

Los mecanismos de solución de controversias son herramientas útiles, eficaces y eficientes para resolver problemas. Es por ello que son tan utilizados en tantas materias:

porque sirven. Porque dan valor a quienes viven problemas. Porque permiten un manejo más diestro del riesgo jurídico. Uno que abre la puerta a soluciones que provengan de las partes mismas. Eso las hace inherentemente superiores a las respuestas proveídas por el marco jurídico. Es por ello que debemos considerarlas para la materia familiar: porque, dada su utilidad, *pueden coadyuvar para manejar de mejor manera temas y problemas sensibles*.[99]

El que las partes, como causantes del problema, sean convertidas en parte de la solución del problema, es un paso filosóficamente profundo, humanamente importante y con una practicidad enorme: las personas, cuando ayudadas o guiadas con las destrezas de los MSC, son aptas de descubrir más opciones de solución que las generalizaciones del Derecho. El que un instrumento las conjugue es algo poderoso y digno de encomio.

Es por ello que propongo que ponderemos cómo utilizar los MSC para una materia que se caracteriza por onerosa y dolorosa: los problemas familiares.

99 El (reciente: junio 2023) Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares parece ir en este sentido. Su régimen de derecho arbitral tiene muchas cosas loables. Sobre todo, muestra una predisposición positiva al arbitraje. Destaca el artículo 542 del CNPCF que establece como reglamento arbitral supletorio el de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

CRIMEN DE INJURIAS A LA CASA IMPERIAL EN LA EDAD JULIO-CLAUDIA

Yuri González Roldán

... omne crimen pro capitali receptum, etiam
paucorum simpliciumque Verborum...
Todo el crimen fue considerado capital inclusive
aquel que se refería a pocas y simples palabras (Svet. *Tib.* 3.61).

RESUMEN: En edad augustea fue realizada una *lex maiestatis* con la finalidad de tutelar la *res publica*, sin embargo, a nuestro parecer, la doctrina todavía no ha dejado claro el motivo por el que las injurias al príncipe o a su familia merecían una pena más grave a la establecida en la mencionada ley. En la presente investigación explicaremos la razón de tal hecho analizando una serie de casos indicados en las fuentes con particular atención a los Anales de Tácito.

PALABRAS CLAVE: *Maiestas, iniuria, lex, princeps, sacrosanctitas.*

ABSTRACT: In Augustan age, the lex maiestatis was created in order to protect the *res publica*. However, in our opinion, the doctrine has not yet made it clear why injuries to the prince or his family deserved a more serious penalty than the one established in said law. In the present investigation we will explain the reason for such a fact by analysing a series of cases reported in the sources with a particular attention to the Annals of *Tacitus*.

KEYWORDS: *Maiestas, iniuria, lex, princeps, sacrosanctitas.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA *LEX MAIESTATIS* DE AUGUSTO. ¿UNA ACTUALIZACIÓN DE LA LEY DE CÉSAR?. 3. ¿LA *LEX MAIESTATIS* DE AUGUSTO NO CONSIDERABA EN ORIGEN LAS OFENSAS EN CONTRA DE LA FAMILIA IMPERIAL (*DOMUS CAESARUM*)?. 4. LA PENA AL DIFAMADOR: ¿MUERTE O EXILIO (*INTERDICTIO AQUA ET IGNI*)?. 5. LA OPINIÓN DEL JURISTA ATEYO CAPITÓN SOBRE EL *CRIMEN MAIESTATIS*. 6. LA DIFAMACIÓN EN CONTRA DEL SENADO. 7. CONCLUSIONES. 8. FUENTES DE CONSULTA.

1. INTRODUCCIÓN

Tenemos noticias en Tac. *ann.* 1.72.2 que en el 15 d.C., un año después que Tiberio llegó al poder, que fue puesta en vigor la ley de lesa majestad ya existente con tal nombre en edad republicana:

> *non tamen ideo faciebat fidem civilis animi* (Tiberio); *nam legem maiestatis reduxerat. cui nomen apud veteres idem, sed alia in iudicium veniebant: si quis proditione exercitum <a>ut plebem seditionibus, denique male gesta re publica maiestatem populi Romani minuisset: facta arguebantur, dicta impune erant.*

> (sin embargo, Tiberio no lograba inspirar confianza en sus sentimientos liberales ya que había puesto en vigor la ley de lesa majestad, que tenía el mismo nombre de aquella que existía en edad republicana, pero que se refería a reatos diferentes. En un tiempo tal ley era dirigida a quien hubiera causado daño al ejército con la traición, a la plebe con sublevaciones y por último a quien hubiera despreciado la majestad del pueblo romano con el mal gobierno de la *res publica.* En aquella época eran punibles las acciones, no las palabras).

En el texto son indicadas las causas por las que la *lex maiestatis* encontraba aplicación en edad republicana: la traición al ejército, causar sediciones entre el pueblo o que por la mala administración de la *res publica* se hubiera despreciado la *maiestas populi Romani.*

El escritor informa además que inicialmente las acciones eran punibles con fundamento en tal ley mientras que las palabras no lo eran; sin embargo, tal afirmación presenta dudas ya que el jurista Ateyo Capitón, en su obra sobre los juicios públicos (*De iudiciis publicis*)[1], recuerda que durante la prima guerra púnica, bajo el consulado de Marco Fabio Licino y Manio Otacilio Craxo (246 a.C.), una mujer de nombre Claudia fue condenada[2] en un proceso público frente a los *comitia tributa* al pago de una multa de 25.000 ases por los ediles plebeyos C. Fundanio y Tiberio Sempronio por haber pronunciado palabras ultrajantes e inciviles[3], consideradas un *votum impium* en Val. Max. 8.1, *damn.* 4.

El motivo de tal sanción[4] se debe al hecho que Claudia, de regreso a casa, apachurrada por la multitud después de un espectáculo había deseado a viva voz que su hermano, el cónsul *Appius Claudius Pulcher* acusado de *perduellio* por la grave pérdida de la batalla de los romanos en contra de los cartagineses en el 249 a.C. [5], pudiera resucitar y colaborase en la reducción demográfica de Roma con infaustas batallas.

---

1 Dato recordado en Gell. 10.6.4. (Frag. 6 en la edición Teubner de W. Strzelecki, *Atei Capitonis Fragmenta*, Lipsiae, 1967, 5-6).

2 En Svet. *Tib.*, 2.3 se usa el término *iudicium maiestatis* (*... et quae nouo more iudicium maiestatis apud populum mulier subiit*) pero probablemente tal expresión es un anacronismo si se confronta el pasaje con el relato correspondiente al hermano. Sobre la reconstrucción del presente proceso ver J.L. Strachan-Davidson, *Problems of the roman criminal law*, 1, Oxford, 1912, 142-143; R.A. Bauman, *The* Crimen Maiestatis *in the Roman Republic and Augustan Principate,* Johannesburg, 1967, 27-28; G.W. Botsford, *The roman Assemblies. From their origin to the end of the* Republic, New York, 1968, 326; A.H.M Jones, *The Criminal Courts of the roman Republic and Principate,* Oxford, 1972, 18; L. Garofalo, *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, Padova, 1997, 90-91.

3 Gell. 10.6.3: *Ob haec mulieris verba tam improha ac tam incivilia C. Funfanius et Tiberius Sempronius, aediles plebei, multam dixerunt ei aeris gravis viginti quinque milia.*

4 Liv. *per.* 19: *...Ob eam causam multa ei dicta est...*

5 *P. Claudius Pulcher* había despreciado los auspicios antes de la batalla y después la perdió. Claudio fue incriminado por los tribunos de la plebe Pulio y Fundanio por *perduellio* de frente a los *comitia centuriata* pero el proceso non fue llevado a su términopor motivo de una violenta tormenta. Los mismos acusadores para evitar que Claudio no fuera sentenciado, presentaron el juicio a los *comitia tributa* y fue condenado al pago de 120.000 ases (Liv. *Per.* 19; Val. Max. 1.4.3; Svet. *Tib.* 2; Schol Cic. Bob. 90.3-8 (Stangl). Sobre el argumento además de la bibliografía indicada en la n. 2, ver: G. Aricò Anselmo, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei* comitia, Torino, 2012, 184.

Tal ejemplo demuestra que también en edad republicana las palabras insolentes y no únicamente los actos reprobables eran punidos cuando resultaran ser una clara violación a la *dignitas Romanae disciplinae*[6] y si bien, como subraya Fiori[7] «il rapporto tra *perduellio* e *crimen maiestatis* è dichiarato esplicitamente solo nelle fonti giurisprudenziali del principato [D. 48.4.11pr. (Ulp. 8 *disp.*)] ... l'attentato alla *maiestas* era giá punito sin da etá molto antica, trattandosi di uno dei concetti fondanti della cultura giuridica romana».

El caso apenas recordado, si bien demuestra que existen antecedentes en donde una persona había sido punida por el uso de palabras pronunciadas en contra de la *maiestas populi romani*, no encuentra contraposición respecto a la afirmación de Tácito[8], porque el *iudicium* en contra de Claudia fue anterior a las *leges maiestatis* emanadas con posterioridad por los antiguos (*veteres*): las leyes *Mamilia*[9], *Appuleia*[10],

---

6 Como claramente se indica en Gell. 10.6.1: *Non in facta modo, sed in voces etiam petulantiores publice vindicatum est; ita enim debere esse visa est Romanae disciplinae dignitas inviolabilis.*

7 R. Fiori, *Il crimen dell'Orazio superstite*, «Iura» 68, 2020, 53-54.

8 En el mismo sentido, pero con más textos analizados ver: A.D. Manfredini, *La diffamazione verbale nel diritto romano. Etá repubblicana,* Milano, 1979, 247-264.

9 La primera *lex maiestatis* fue la *lex Mamilia* del 110 a.C., con la cual el tribuno *C. Mamilius Limetanus* propuso de formar una comisión (Sall. *Iug.* 40.1) compuesta por tres *quaesitores* (Sall. *Iug.* 40.4) a los que se les atribuyò la función de inquisidores – acusadores para indagar a los senadores corruptos que recibieron dones de Yugurta, sobrino de Micipsa, rey de Numidia, oponiéndose a una rápida intervención del ejército romano en África causando así la pérdida de la batalla (si bien después, gracias a Gayo Mario, el ejército triunfó llevándose a Yugurta como prisionero a Roma). Dentro de los condenados al exilio con fundamento en tal *lex invidiosa* (Cic. *Brut.* 127-128) los *iudices Gracchani* mandaron en exilio a Gayo Galba, hijo de Servio y yerno de Publio Craxo, resultando Galba el primer miembro de un colegio sacerdotal a ser condenado en un juicio público junto a cuatro consulares: Lucio Bestia, Gayo Catòn, Espurio Albino y Lucio Opimio. Sobre el argumento ver G. Rotondi, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912, 323-324; R. Syme, *Sallust*, Oakland, 1964, 140-179; D. C. Earl, *Sallust and the Senate's Numidian Policy,* «LATOMUS» 24.3, lug.-sett. 1965, 532-536; Bauman, *o.c.*(n.2), 34-38; E.S. Gruen, *Roman Politics and the Criminal Courts, 149-78 b.C.*, Cambridge-Massachusetts, 1968, 136-156; G.V. Sumner, Scaurus *and the Mamilian Inquisition*, «Phoenix» 30.1, Spring 1976, 73-75; R.L. Bates, Rex in Senatu: *A Political Biography of* M. Aemilius Scaurus, «PAPHS» 130.3, sett. 1986, 251-288; C. Venturini, *Processo penale e societá politica nella Roma repubblicana,* Pisa, 1996, 220-226; P. CERAMI, Quaesitores ex lege Mamilia. *Riflessioni sul binomio «funzione inquirente» – «funzione giudicante»*, «Riv. dir. rom.»1, 2001, 87-99.

10 Como indica Bauman, *o.c.*(n.2), 38-58, la *lex Appuleia maiestatis* de Saturnino, probablemente del 103 a.C. (Cic. *de orat.* 2.107, 201) se refiere a una serie de persecuciones en donde directa o indirectamente se encontraban como participantes los *Servilii Caepiones* (padre e hijo) dentro de la cual encontramos la *quaestio auri Tolosani* [Cic. *De nat. deor.* 3.30.74; Str. 4.1,13,188; Posidon. FGrHis. 87.33; Timag. FGrHist 88.11; Gell. 97; Iust. 32.3.9; Dio 27.90; Oros. *hist.* 5.15.25, argumento tratado por T. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, 198 n. 1; Rotondi, *o.c.* (n.9), 329-330 y G. Urso, *Cassio Dione e i sovversivi. La crisi della repubblica nei frammenti della «Storia romana» (XXI-XXX*), Milano, 2013, 163-168]; así como por los resultados nefastos de Quinto Servilio Cepión y de Gneo Malio Máximo en la batalla de Arausión en Galia [sobre la condena a estos personajes ver J. Lengle, *Die Verurteilung der Römischen Feldherrn von* Arausio, «Hermes» 66.4, ottobre 1931, 302-316] La acusación en contra de Cepiòn, hombre enérgico y valiente (Cic. *Brut.* 135) por el crimen de *exercitus amissio* fue desarrollada en el 103 a.C. por el tribuno de la plebe *C. Norbanus Bulbus* (Cic. *De orat.* 2.125; *orat. part.* 30.105; *Rhet. Her.* 1.24) y fueron confiscados sus bienes y perdió el imperio proconsular en el 105 a.C. (Liv. *per.* 67.3) y, si bien, con fundamento en una ley propuesta por el tribuno Casio Longino en el 104 a.C, quien perdía el

Varia[11], *Cornelia*[12], *Iulia de maiestate* de Cesar[13] y para concluirse con el senadoconsulto conocido como *Lex Paedia de interfectoribus Caesaris*[14].

---

imperium non podía formar parte del senado, Cepión, que después se encontraba en cárcel, fue liberado por su amigo, el tribuno de la plebe Lucio Regino (Val. Max. 4.7.3). Malio fue procesado gracias a una *rogatio* hecha por el tribuno de la plebe *L. Apuleio Saturnino* (Gran. Lic. 13 F) y el imputado escogió el exilio voluntario. Respecto a la relación entre la *rogatio* y la *lex Apuleia de maiestate* de Saturnino existen muchas lagunas como subrayan F. Cavaggioni, *L. Apuleio Saturnino.* Tribunus plebis seditiosus, Venezia 1998, 52-53 y Ch. D'Aloja, *Sensi e attribuzioni del concetto di* maiestas, Lecce, 2011, 86-99. El juicio de lesa majestad con fundamento en la *lex Apuleia* en contra del hijo de Cepión (que tiene el mismo nombre del padre) que defendió a Craxo (Cic. *Brut.* 162) en el 100 o 103 a.C. fu motivado porque el joven Cepiòn, cuestor de la ciudad, habría actuado en modo violento en contra de la propuesta de Saturnino de establecer una ley de abastecimiento de trigo (*Ad Herenn.* 1.21 e 2.12.17). Sobre el argumento ver M. Oliva, Exempla probationis *nelle* partitiones oratoriae *di Cicerone: l'affermarsi di un nuovo canone esemplificativo storico*, «PAN» 10, 2021, 9. Como indican D. Mantovani, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla* quaestio *unilaterale alla* quaestio *bilaterale*, Padova, 1989, 210-212 y B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma,* Milano, 1998, 127 y n. 77 la importancia de la *lex Appuleia* es debida al hecho que gracias a la misma fue constituida una corte permanente de jueces ecuestres para la persecución del *crimen maiestatis* desarrollándose la *quaestio* en una acusación privada popular.

11 La *lex Varia de concitatoribus sociorum* del 90 a.C. propuesta por el tribuno de la plebe Quinto Vario (Val. Max. 8.6.4) instituye una *quaestio extraordinaria* para punir a aquellos que se unieron con los pueblos latinos con la finalidad precisa que les fuera concedida a tales *socii* la ciudadanía romana [se concedía así a los *equites* la facultad de juzgar a los ilustres senadores y obtener supremacía sobre ellos (App. *bell. civ.* 1.37)]. Sobre el argumento ver bajo diferentes perspectivas: Mommsen, *o.c* (n.10), 198 n.2; Rotondi, *o.c.* (n. 9), 339-340; Erich S. Gruen, *The* Lex Varia, «JRS» 55, 1965, 59-73; Bauman, *o.c.* (n. 2), 59-68. Robin Seager, Lex Varia de Maiestate, «Historia» 16.1, mar. 1967, 37-43 e M.C. Alexander, *Trials in the Late Roman Republic 149 BB to 50 BC,* Toronto, 1990, 100. Critica a la presente doctrina se encuentra en Santalucia, *o.c.* (n. 10), 125 n. 71 y además del mismo autor, con particular atención a Asc. 22; 74 consultar los textos en *Asconio, commento alle orazioni di Cicerone,* Venezia, 2022, 116-121; 300-303 y sobre las leyes con las que se concede la ciudadanía romana a los aleados ver: G. Luraschi, *Sulle* leges de civitate (Iulia, Calpurnia, Plautia Papiria), «SDHI» 44, 1978, 321-370.

12 Con la *lex Cornelia maiestatis* del 81 a.C., Silla establece una nueva corte permanente con la que puedan ser punidos los crímenes de lesa majestad evitándose así la práctica de los procesos tribunicios frente al pueblo como indican E.S. Gruen, *Roman politics and the criminal courts, 149-78 B.C.*, Cambridge-Massachusetts, 1968-260 y Santalucia, *o.c.* (n. 10), 143-144. El segundo autor no está de acuerdo con la tesis de Bauman, *o.c.*(n.2), 68-87 que tal ley se refiera únicamente a los ilícitos relacionados con el gobierno provincial ya que, como justamente hace notar el maestro, el caso del tribuno Cornelio (Asc. 59.15; 62.5) no es un ilícito proconsular. Los textos de Asconio explican cómo se desarrollaba el proceso: Publio presenta la acusación que avala también Gayo, el pretore Publio (¿Lucio?) Casio ordena la comparecencia diez días después pero el pretor no se presentó al día establecido para el desarrollo del proceso y los acusadores amenazados de muerte, no se presentaron el día en que el magistrado ya se encontraba presente. Por tal motivo el nombre de Cornelio fue cancelado de la lista de los acusados [ver pp. 251-253 notas 334-339 en la traducción de Santalucia, *o.c.* (n. 10) a la obra de Asconio]. En Cic. *Pis.* 50 son indicados los casos por los que se podría incriminar con fundamento en la *lex Cornelia*: salir de la provincia, conducir el ejército fuera de las fronteras, iniciar una guerra de propia iniciativa, invadir un reino sin la autorización del pueblo o del senado [Rotondi, *o.c.* (n.9), 360]. Sobre este punto parece probable [come considera C. Venturini, «Absolutus periturus: *A Gabinio tra questione egiziana e politici romani nel 54 a.C.*», en *Studi per L. De Sarlo*, Milano, 1989, 669-670], que tales criterios enunciados no fueron indicados en la misma ley, sino que el órgano que juzgaba [constituido por senadores, caballeros y *tribuni aerari* en el número de setenta y cinco como sostiene Venturini en p. 648 n. 4], después de una atenta investigación de la cuestión, debieran decidir si el hecho cometido por el acusado fuera efectivamente una violación a la *maiestas populi Romani*. Tales casos citados habrían podido dar lugar también a una *quaestio de repetundis* como sostiene C. Venturini, *Studi sul* crimen repetundarum *nell'etá repubblicana,* Milano, 1979, 410-415; 444-446.

2. LA *LEX MAIESTATIS* DE AUGUSTO. ¿UNA ACTUALIZACIÓN DE LA LEY DE CÉSAR?

Tácito afirma que Tiberio restableció la *lex maiestatis* (*nam legem maiestatis reduxerat*) y después indica *cui nomen apud veteres idem*; así se podría interpretar que el príncipe habría vuelto a llamar (*reduco*) una ley hecha en edad republicana, pero con causas de incriminación diferentes[15]. Tal llave de lectura no parece en nuestra opinión concluyente ya que la última *lex* de edad republicana (que no puede ser otra que la *Iulia de maiestate* de Cesar), compartía el nombre de la ley indicada por Tiberio pero su contenido había sufrido cambios al inicio del principado y por esto, el recuerdo a la *lex* de lesa majestad 'restablecida' sería la correspondiente a la promulgada en este periodo; por ello, en Tac. *ann.* 1.72.3 se informa que Augusto fue el primero a hacer valer esta nueva ley, de la que él mismo había sido el proponente en los comicios, para llevar a cabo, después de su promulgación, la *cognitio* por motivo de los escritos difamatorios que circulaban en contra de los hombres y mujeres ilustres:

> *primus Augustus cognitionem de famosis libellis specie legis eius tractavit, commotus Cassii Severi libidine, quo viros feminasque inlustres procacibus scriptis diffamaverat…*
>
> (Augusto fue el primero a valerse de esta ley para instruir juicios en contra de los autores de escritos difamatorios, ofendido por la falta de respeto con la que Casio Severo había difamado con escritos insolentes hombres y mujeres ilustres…)

Gracias al texto sabemos que los autores de *libelli* infamantes habrían sido imputados por *maiestas* ya que la ley augustea había incorporado entre sus diferentes *capita*, una cláusula que preveía tal caso particular (*specie legis eius tractavit*). Augusto, turbado

---

13 Dos leyes de César, una *de vi* y otra *de maiestate* parecen ser indicadas en Cic. *Phil.* 1.9.23 (*Quid quod obrogatur legibus Caesaris, quae iubent ei qui de vi itemque ei qui maiestatis damnatus sit aqua et igni interdici?*), pero probablemente Cicerón utiliza el plural *legibus Caesaris*, como generalización retórica para subrayar las sanciones a la interdicción del agua y del fuego y a la confiscación de la mitad del patrimonio en contra de los culpables de los diferentes crímenes dentro de los cuales se encuentra el *crimen maiestatis* (Svet. *Iul.* 42.5) como piensa J.L. Ferrary, «Lois et procès *de maiestate* dans le Rome républicaine», *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione,* Pavia, 2009, 230 n. 27. No conocemos el contenido de la presente ley del 46 a.C, pero, como la *lex Iulia de repetundis* de César habría puesto orden en modo minucioso a la disciplina del *crimen repetundarum* en 101 capítulos (Cic. *fam.* 8.8.3), los casos de violación a la *maiestas* se encontrarían inmersos en tal disciplina, dentro de ellos los aplicados anteriormente en la *lex Cornelia* (Cic. *Pis.* 50). W. Kunkel, «*Quaestio*», en *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar, 1974, 67 = *RE,* 24, 1963, 749 contrariamente piensa que la ley citada en Cic. *Phil.* 1.9.23 no sea otra que la *lex repetundarum.* A nuestro parecer resulta claro que el proceso por *maiestas* en edad Cesariana podía presuponer que el reo fuera indagado también por el *crimen de repetundis* como sucedía en edad de Silla y probablemente, por este motivo, visto que la *lex de maiestate* de César tenía muchos capítulos en común con la *lex repetundarum* el contenido de las dos eran muy parecidas.

14 Del 43 a.C., cfr. Rotondi, *o.c.* (n.9), 435, que estudiaremos en otra sede cuando trataremos del proceso en contra del jurista Casio.

15 Tesis seguida por V. Arangio-Ruiz, «La legislazione», en *Scritti di diritto romano,* 3, Camerino, 1977, 284-285 = Augustus. *Studi in occasione del bimillenario augusteo*, Roma, 1938, 136-137.

per las majaderías del famoso y controvertido orador republicano Casio Severo[16], instauró una *cognitio* en contra del orador ya que, mediante tal medio había difamado hombres y mujeres pertenecientes a la *nobilitas*.

Debido a que Arangio-Ruiz sostiene che en Tac. *ann*. 1.72.2 se recuerda la *lex maiestatis* di César, opina, al mismo modo que Girard[17], que la incorporación del nuevo caso a la ley republicana fue hecho por Augusto mediante un senadoconsulto. Los términos *specie legis eius* demuestran, a parecer de Arangio, que el caso de reato habría entrado «fra i presupposti della legge (de Cesar), non giá presentando ai comizi una legge nuova». La tesis del maestro parece encontrar fundamento en Tac. *ann*. 4.21.3:

> *Relatum et de Cassio Severo exule, qui sordidae originis, maleficae vitae, sed orandi validus, per immodicas inimicitias ut iudicio iurati senatus Cretam amoveretur effecerat; atque illic eadem actitando recentia veteraque odia advertit, bonisque exutus, interdicto igni atque aqua, saxo Seripho consenuit.*
>
> (Se habló además del exiliado Casio Severo, hombre de bajo origen y de costumbres corruptas, pero orador válido, que se había hecho enemigos en modo así profundo que fue relegado a la isla de Creta por decisión del senado convalidada por juramento. El orador siguió comportándose igual por lo que se creó nuevos enemigos a los que ya tenía así que, privado de sus bienes y exiliado, terminó sus días envejeciendo en la rocosa isla de Serifo).

El texto informa de una sesión del senado que se celebró en edad de Tiberio en el 24 d.C, en donde se analizó nuevamente el caso de Casio Severo, el cual, no obstante, había sido ya condenado al exilio en edad de Augusto, seguía comportándose al mismo modo, ofendiendo a personajes ilustres con sus escritos. Respecto al primer proceso resulta relevante notar que la decisión de los *patres* fue hecha con sentencia jurada; tal

---

16 Importante orador republicano [no obstante sus bajos orígenes y costumbres corruptas (Tac. *ann*. 4.21.3)] que habría usado una forma y modo de expresarse diferente a la de los oradores de su tiempo, limitando así la verbosidad de sus discursos (Tac. *dial*. 19), aunque si bien en la mayor parte de sus obras muestra más bien bilis que sangre [*plus bilis habeat quam sanguinis* (Tac. *dial*. 26)]. Casio Severo fue elogiado por Séneca (Sen. *controv*. 3 pr. 1-8), Quintiliano, no obstante, su diferente método retórico (Quint. 11.1.57), lo considera merecedor de ser incorporado entre los oradores más importantes [si bien a su parecer les faltan color y emotividad a sus oraciones (Quint. 10.1.116) y, además, el orador se caracteriza por su acidez haciéndolo ver ridículo (Quint. 10.1.117; 12.10.11)], y recordado también por Plin. *hist*. 7.55 come celebre orador. Sus escritos fueron quemados (Dio 56.27.1) y una vez juzgado fue enviado en exilio a Creta en el 12 d.C. y, debido al hecho que siguió escribiendo tal tipo de textos, el senado decidió, en tiempo de Tiberio (Tac. *ann*. 4.21.3), de confiscarle la totalidad de sus bienes y transferirlo de Creta a la isla de Serifo donde envejeció y probablemente murió de hambre (Hier. *chron*., a. 2048 de Abraham, 32 d. C.) pero, bajo Calígula, sus textos volvieron a circular (Svet. *Cal*. 16). Los fragmentos de Casio fueron editados en H. Meyer, *Oratorum Romanorum Fragmenta ab Appio. Inde Caeco et M. Porcio Catone usque ad Q. Aurelium Symmachum...*, Zurigo, 2013, 545-551 pero el autor no incluyó los fragmentos y las referencias de las declamaciones conservadas por Séneca el Viejo. Sobre el argumento ver J. Brzoska, s.v. '*Cassius Severus*' en *RE*, III-2, Stuttgart, 1899, 1743-1749; A. Stein, s.v. '*Cassius Severus*' en *PIR*, II, *Berolini et Lipsiae*, 1936, 122-123; A. D'Hautcourt, *L'exil de* Cassius Severus: *hypothèse nouvelle*, «Latomus» 54.2, avril-juin, 1995, 315-318.

17 P.F. Girard, *Les* leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum, «ZSS» 34, 1913, 321, n.1.

dato necesita algunas aclaraciones ya que, tal acto se podría interpretar, como piensan los investigadores apenas mencionados, que la *lex maiestatis* que existía en edad augustea no era otra que aquella emanada bajo César y que la incorporación de la calumnia entre los presupuestos del *crimen* de lesa majestad, se efectuó mediante un senadoconsulto.

En la *lex Iulia de maiestate* de César seguramente no se encontraba contemplado tal caso y si bien consideramos que existen pruebas que demuestran la existencia de una ley con el mismo nombre presentada a los comicios por Augusto (27 a.C.?)[18], probablemente, en origen, el texto de esta *lex* no incorporaba la difamación en contra de mujeres y hombres ilustres como causa de incriminación por *maiestas* El comportamiento del orador ya encontraba tutela gracias a la *actio iniuriarum* y, si además de las ofensas verbales, la víctima hubiera sido agredida físicamente o si el responsable se hubiera introducido además en su casa [D. 47.10.5 pr. (Ulp. 56 *ad edict.*)] o las injurias hubieran sido escritas, compuestas o publicadas [D. 47.10.9 (Ulp. 56 *ad edict.*)], el ultrajado habría podido ejercitar acción en contra del ofensor mediante una *actio legis Cornelia* de derecho privado ejercitada *pro publica utilitate* [D. 3.3.42.1 (Paul. 8 *ad edict.*)] [19]. Augusto fue el

---

18 Come sostiene Santalucia, *o.c.* (n. 10), 195-196 n. 29 la referencia al príncipe en la *lex Iulia de maiestate* indicada en D. 48.4.1.1 (Ulp. 7 *de off. Proc.*) y en D. 48.4.3 (Marc. 14 *Inst.*) excluye la tesis que la mencionada ley sea la que se le atribuye a César; así, en el segundo pasaje, Marciano claramente indica: *qui iniussu principis bellum gesserit.* Sobre este último punto Arangio-Ruiz, *o.c.* (n.14) 137 afirma: '...Ma né è detto che Marciano riproducesse testualmente la legge (specie se, con una frase come *iniussu populi* o *senatus,* esso era divenuto incompatibile con la costituzione del suo tempo)' pero tal opinión del maestro presupondría una adaptación hecha por Marciano de la ley de César al periodo de Augusto sin que resulte claro el motivo por el que el jurista habría actuado en este modo si partimos del presupuesto que bajo el primer emperador fue hecha una nueva ley, ciertamente tal caso se encontraba también mencionado en la ley republicana [motivo por el que, Rotondi, *o.c.* (n.9), 453 declara que Augusto probablemente simplemente «non fece che rimaneggiare analoghe disposizioni di Cesare»], pero no podemos excluir que en la nueva ley augustea se hubiera indicado el término *princeps* y no *populus* o *senatus*. Otro fundamento, que a nuestro parecer parece seguro con el que Santalucia demuestra que la ley de lesa majestad corresponde a Augusto y no a César, se encuentra en Dio 54.3.2-3, texto en donde se constata el juicio en contra de *Marcus Primus*, gobernador de la Macedonia, en donde el cargo de imputación consistía en el hecho que el reo había declarado guerra en contra de los Odrises. El imputado para defenderse de la acusación declaró en tal sede que la guerra fue actuada con la aprobación de Augusto para evitar así la condena por *maiestas* ya que una de las causas de incriminación establecida en la ley consistía en el hecho de declarar guerra a un pueblo sin orden del príncipe: *...Eadem lege tenetur, et qui iniussu Principis bellum gesserit* (D. 48.4.3). La existencia de la ley de lesa majestad de Augusto se puede probar también en Tac. *ann.* 3.24.2 ya que el historiador recuerda que en la mencionada *lex* se consideró el adulterio con mujeres pertenecientes a la casa imperial como tal tipo di crimen.

19 Sobre el argumento G. Pugliese, *Studi sull'*iniuria, 1, Milano, 1941, 117-156; A. Manfredini, *Contributo allo studio dell'*iniuria *in etá repubblicana,* 1, Milano, 1977, 217–252 y sobre la naturaleza de la *actio iniurarum ex lege Cornelia* como acción privada y no como *iudicium publicum* ver los pasajes citados por el primer investigador en pp. 117-137 y del segundo en pp. 246-251. Sobre la identificación y contenido de los *senatus consulta* referentes a la difamación ver R.A. Bauman, *Impietas in principem: a study of treason against the Roman emperor with special reference to the first century,* München, 1974, 25-48 y la crítica a su tesis hecha por Manfredini, *o.c.* (n.8), 218-245. Más bibliografía se encuentra indicada por Santalucia, *o.c.* (n. 10), 151 e 152 n. 147, 148, 149, a la cual podemos incorporar: M. Hagemann, Iniuria. *Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation,* Köln-Weimar-Wien, 1998,

primero a proponer en senado que las injurias pronunciadas en contra de los miembros de la *nobilitas* no fueran consideradas únicamente un delito tutelado mediante acción de derecho privado sino también un *crimen*, en donde el senado habría desarrollado la función jurisdiccional en un *iudicium publicum*. Para esta finalidad era necesario que los mismos *patres*, convencidos de la bondad de la propuesta del príncipe y a beneficio del supremo interés de la *res publica*[20], subrayaran el pleno consentimiento de incorporar el presente caso a la ley de lesa majestad de Augusto mediante juramento[21].

En edad neroniana recordamos además el caso de Fabricio Veientón que, en el 62 d.C, dentro de las diferentes causas por las que fue procesado se encontraban las ofensas que había hecho a los senadores y sacerdotes en su libro llamado *codicilli* (Tac. *ann.* 14.50.1-2). El texto resulta relevante porque, como el acusado había vendido al mayor oferente los favores del príncipe así como el otorgamiento de cargos públicos, este hecho habría sido el motivo por el que el mismo Nerón y no el senado habría debido emanar la sentencia (*quae causa Neroni fuit suscipiendi iudicii…*) demostrándose que, cuando las ofensas fueran hechas en contra de los *patres*, el órgano competente habría sido el senado pero, si el indiciado hubiera cometido otros *crimina* que correspondieran a la esfera directa del emperador, el mismo habría podido decidir o eventualmente delegar la propria competencia a los *patres*.

3. ¿LA *LEX MAIESTATIS* DE AUGUSTO NO CONSIDERABA EN ORIGEN LAS OFENSAS EN CONTRA DE LA FAMILIA IMPERIAL (*DOMUS CAESARUM*)?

En el parágrafo anterior hemos hecho notar que efectivamente bajo Augusto fue emanada una ley di lesa majestad, la misma no preveía en origen el caso de los escritos di-

---

62-64. (debemos hacer notar de todos modos que este último autor no analiza el problema de la injuria bajo el perfil del *crimen maiestatis*).

20 Probablemente tal frase se encontraba incorporada en el discurso de Augusto ya que, el príncipe, en algunas de sus intervenciones de particular interés en el senado subrayaba el presente beneficio, por ejemplo, en Tac. *ann.* 3.53.1, cuando Tiberio escribió una carta a los *patres* para subrayar su desaprobación a las propuestas del senado dirigidas a limitar el lujo dijo lo siguiente: *Ceteris forsitan in rebus, patres conscripti, magis expediat me coram interrogari et dicere quid <e> re publica censeam…*

21 Recordamos que los senadores cada año renovaban el juramento al príncipe como había sido propuesto por Valerio Mesala después de la muerte de Augusto a favor de Tiberio (Tac. *ann.* 1.8.4; 13.11.1) o bien, después de la caída de Neròn, los senadores más respetados propusieron que los *patres* debieran jurar de no haber hecho nada en contra de la incolumidad de alguien y que no hubieron recibido una recompensa o un cargo público en cambio de la ruina de un ciudadano (Tac. *hist.* 4.41). También el príncipe habría podido jurar en senado, por ejemplo, recordamos cuando Tiberio juró frente a los *patres* que no habría aumentado el número de doce candidatos a la pretura como había establecido su predecesor (Tac. *ann.* 1.14.4) o bien, después de la acusación de Romano Hispón en contra del pretor de la Bitinia Granio Marcelo por *maiestas* en donde el príncipe, indignado en contra del acusado habría afirmado que él mismo estaría presente en el juicio y que su voto lo habría hecho bajo juramento (Tac. *ann.* 1.74.4). También en materia de *maiestas*, el príncipe juró que habría evitado la muerte de Libón, el cual se había suicidado antes cuando se encontraba bajo proceso (Tac. *ann.* 2.31.3). Sobre el juramento en senado ver R.J.A. Talbert, *The Senate of Imperial Rome*, Princeton, New Jersey, 1984, 261-262.

famatorios en contra de mujeres y hombres ilustres, pero, después de la proliferación de *libelli* calumniosos en contra de los miembros de la *nobilitas*, los *patres* decidieron, mediante voto jurado, de emitir un senadoconsulto con la finalidad de considerar los autores de tales escritos culpables del crimine di lesa majestad. En Tac. *ann.* 1.72.3-4 se incorpora el problema de las calumnias al príncipe en edad de Tiberio:

> *…mox Tiberius consultante Pompeio Macro praetore, an iudicia maiestatis redderentur, exercendas leges esse respondit.* 4. *hunc quoque asperavere carmina incertis auctoribus vulgata in saevitiam superbiamque eius et discordem cum matre animum.*
>
> (Tiberio, en el tiempo en que el pretor Pompeo Macro le preguntó si se deberían seguirse los procesos de lesa majestad, respondió que las leyes debían de ser aplicadas. 4. También Tiberio se encontraba molesto por la divulgación de ciertos versos anónimos que hacían referencia a su crueldad y soberbia, así como de sus discordias con su madre).

Como hemos observado en edad augustea se presentó la cuestión de aplicar la ley de lesa majestad respecto a los escritos injuriosos con los que Casio Severo había ofendido a hombres y mujeres ilustres; en este texto vemos que también Tiberio habría decidido usar la presente *lex* con tal finalidad (dato confirmado también en Svet. *Tib.* 58.1) pero, en esta parte del pasaje, se trata además del problema de los *carmina* calumniosos en contra del príncipe[22]. Entre las injurias cometidas en contra de personajes pertenecientes a la *nobilitas* y aquellas dirigidas en contra del príncipe parece que Tácito considere que exista una relación en ambos casos y por esto que los autores de los versos infamantes en contra de Tiberio fueran considerados culpables de lesa majestad por el simple hecho que el *princeps* era considerado a todos los efectos un *vir inlustris*. Tal interpretación[23], a nuestro parecer, no parece concluyente como veremos enseguida.

Bajo Augusto, así como en edad de Tiberio, circulaban en la curia escritos infamantes en contra del príncipe y otros personajes importantes como había sucedido en pasado[24] y, como se indica en Svet. *Aug.* 55, el príncipe, sin tener interés de los autores de los mismos habría solicitado de ser informado al respecto:

---

22 Sobre su contenido en forma de epigramas anónimos ver Svet. *Tib.* 59.

23 Considerada por Bauman, *o.c.*(n.2), 256-265: «Although worded in the general form *ad infamiam alicuius,* in practice the rule could easily be confined to attacks on the *princeps* and his family».

24 Recordamos a respecto el caso de *Cn. Naevius* que escribió en contra de una potente familia de edad republicana los Metelos, un verso en su obra *Bellum Poenicum* para indicar la falta de preparación de Quinto Cecilio Metelo para ejercitar el cargo de cónsul (*fato Metelli Romae fiunt consules* en Naev. *Carm. frg.* 6.46) que cumplió junto a Lucio Veturio Filòn en el 206 a.C. Nevio fue llevado a prisión porque además atacó con su escritura a Publio Cornelio Escipión Africano [sobre este episodio Bauman, *o.c.* (n.2), 246-247; Manfredini, *o.c.* (n.8), 129-147; E. Flintoff, Naevius *and Roman Satire*, «Latomus» 47, giul-sett., 1988, 593-603].

> *Etiam sparsos de se in curia famosos libellos nec expavit et magna cura redarguit ac ne requisitis quidem auctoribus id modo censuit, cognoscendum posthac de iis, qui libellos aut carmina ad infamiam cuiuspiam sub alieno nomine edant.*
>
> (Augusto no se preocupó de los varios escritos que existían en contra de él y que circulaban por la curia, pero, los analizó con atención y sin ir en búsqueda de los autores solicitó únicamente ser informado sobre aquellas personas que con falso nombre escribían opúsculos o poemas para difamar a quien fuera).

Los *libelli* y los *carmina* que causaban una injuria en contra de su persona no preocuparon a Augusto, según Svetonio, pero parece interesante notar que el príncipe, con gran atención, no simplemente comparó los escritos difamatorios, sino que además el mismo inició una investigación solicitando la participación de aquellas personas que tuvieran conocimiento de los responsables. La presente busqueda no produjo una condena en contra de los autores de los escritos con los que se había injuriado al emperador sino la publicación de un edicto: *Iocis quoque quorundam invidiosis aut petulantibus lacessitus contra dixit edicto…* (Svet. *Aug.* 56).

No conocemos el contenido del *edictum* pero probablemente Augusto habría recordado a la población en esta norma de carácter general que ya no serían toleradas declaraciones infamantes en contra del *princeps* y tampoco en contra de su familia y probablemente el motivo era que tales ofensas dañaban no únicamente su *imperatoria maiestas* sino además su *sacrosanctitas perpetua*[25] (*RG* 10). El príncipe además habría informado su intención de iniciar *iudicia* en contra de sus difamadores e invitaba a la población a encontrar los culpables, sobre todo porque con estos escritos se fomentaba la sedición[26]; efectivamente la *seditio* se encontraba indicada como causa de incriminación por lesa majestad [D. 48.4.11 (Ulp. 7 *de of. Proc.*)]. Bajo esta perspectiva podemos notar como el mismo Augusto subrayó que no habrían existido dudas que las injurias en contra de su persona o familia habrían dado lugar a una *cognitio* que iniciará después de una denuncia hecha por un *quivis de populo* y que la autoridad competente en la fase de investigación será el mismo príncipe.

El emperador y su familia encuentran tutela en la *lex maiestatis* por motivo de *iniuria* desde el momento mismo en que fue aprobada la ley ya que, además de ser considerado sacro e inviolable representaba el perno político de la *res publica,* y no por el

---

25 Queremos recordar el famoso texto de Tac. *ann.* 3.56.2 en donde se indica que Augusto habría usado la potestad tribunicia con la finalidad de encontrarse adelante frente a todos los órganos de la *res publica* sin ser considerado un rey o un dictador. Potestad tribunicia ejercitada sin interrupción por treinta siete años (Tac. *ann.* 1.9.2) que lo hacía inviolable, *sacrosanctus* al mismo modo de un tribuno de la plebe de edad republicana sin serlo. Sobre el argumento ver T. Mommsen, *Le droit public romain,* 5, Paris, 1896, 145-158; F. de Martino, *Storia della costituzione romana,* 1, 4, Napoli, 1972 y 1974, 340-342 y del v. 4 pp. 169-173. Limitado al origen republicano del concepto ver F. Serrao, *Diritto privato, economia e societá nella storia di Roma,* Napoli, 1993, 110-114; R. Fiori, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa,* Napoli, 1996, 293-324.

26 Al respecto recordamos el caso del 6 d.C. en donde se atribuían a un tal Publio Rufo escritos cuya finalidad era la de proyectar una revolución (Dio 55.27.1-3).

senadoconsulto indicado en Tac. *ann.* 4.21.3 o por el edicto recordado en Svet. *Aug.* 56 come claramente se observa en el *iudicium* en contra del historiador Cremucio Cordo[27], el cual, como había ofendido la casa de los Césares, había sido imputado por lesa majestad frente al senado en el 25 d.C. bajo Tiberio (Tac. *ann.* 4.34-35). El historiador, al honorar Bruto y denominar Casio '*Romanorum ultimum*' en su obra[28], invitaba a los lectores (bajo la perspectiva de Trajano) a considerar como un acto sublime el *parricidium* del *pater patriae* difundiendo así el germen de la guerra civil y la revolución en contra de la casa de los Césares[29].

Si bien el historiador considera erróneamente que una ofensa a la memoria de Cesar no sea punible según la *lex maiestatis* de Augusto[30], de todos modos, demuestra que

---

27 M. Columba, *Il processo di Cremuzio Cordo,* «A&R» 4, 1901, 361-383, considera, en p. 379, que el historiador fue incriminado porque así había sido establecido en la ley Pedia, pero su posición no encuentra fundamento en las fuentes. Es más, en Svet. *Tib.* 61.3 (y en Dio 57.24) se informa que tal obra (así como el *Atreus* de Escauro) había sido leída cuando todavía no se encontraba en su versión definitiva en presencia de Augusto (tal dato no es recordado por Tácito): *...animaduersum statim in auctores scriptaque abolita, quamuis probarentur ante aliquot annos etiam Augusto audiente recitata...* [el caso fue estudiado también por F.B. Marsh, *The Reign of Tiberius,* London, 1931, 292-293; R.S. Rogers, *The Case of* Cremutius Cordus, «TAPhA» 96, 1965, 351-359; R. MacMullen, *Enemies of the Roman Order,* Cambridge, 1966, 19-21; Bauman, *o.c.* (n. 1), 268-271 y por el mismo autor, *Impietas in principem*, *o.c.* (n.1), 99-103; R. Seager, *Tiberius*, London, 1972, 194-195; D. Hennig, *L. Aelius Seianus*, Munich, 1975, 55-63; B.M. Levick, *Tiberius the Politician*, London, 1976, 193-194]. L. Canfora, *Studi di storia della storiografia romana,* Bari, 1993, 221-260 hace notar (en p. 228) que el jurista Casio probablemente se encontraba presente en ocasión de la sesión del senado en donde fue incriminado el historiador porque en el 27 d.C. cubría el cargo de pretor urbano y en el 30 d.C. ya era *consul suffectus,* pero, a nuestro parecer, no se puede excluir que el jurista, visto el argumento 'espinozo', había preferido abstenerse de participar en la sesión del senado. En la obra de Rutledge, *o.c.* (n. 59), 95-96 existe una imprecisión porque el investigador afirma: «Tacitus does not specify the charge against *Cremutius* (it could have been *maiestas* or *impietas*)» pero en Tac. *ann.* 4.34.2. se incorpora la indicación de la *lex maiestatis* en el discurso del imputado en senado: «*Verba mea, patres conscripti, arguuntur: adeo factorum innocens sum! Sed neque haec in principem aut principis parentem, quos lex maiestatis amplectitur...*». Se vea también O. Devillers, *Tacite et les sources des «Annales». Enquêtes sur la méthode historique*, Leuven, 2003, 28-29; D. Salvo, *Intellettuali e potere sotto il principato di Tiberio* in «ex Novo»1, 2008, 45-50 (si bien el autor simplemente recuerda el pensamiento de Canfora); A. Schilling, '*Poena Extraordinaria': Zur Strafzumessung in Der Fruhen Kaiserzeit,* Berlin, 2010, 164-165; S. Wilkinson, *Republicanism during the Early Roman Empire*, London, 2012, 39-43; M. Bono, *Il processo di Cremuzio Cordo in Dio 57.24.2-4*, «Archimède» 3, automne 2016, 218-226.

28 Extrapolando las palabras del discurso de Bruto, el cual, viendo el cuerpo inerte de Casio después de su suicidio se puso a llorar afirmando que Casio era el último de los romanos, como si después de él no pudiera nacer un espíritu con la misma nobleza de ánimo (Plu. *Brut.* 44.2).

29 El cargo de acusación atribuido al jurista Casio por haber tenido entre las estatuas de los propios antepasados la efigie del cesaricida Casio recordado por Cremucio Cordo (Tac. *ann.* 16.7).

30 *verba mea, patres conscripti, arguuntur: adeo factorum innocens sum. sed neque haec in principem aut principis parentem, quos lex maiestatis amplectitur...* (Tac. *ann.* 4.34.2). Sobre esta frase existen dudas respecto a la incorporación en la ley de lesa majestad de edad imperial de un *caput* en donde serían consideradas las ofensas al príncipe o a la *Augusta* como supuesto de lesa majestad. Según Manfredini, *o.c.* (n. 19), el pasaje transcrito es particularmente significativo ya que demostraría que la misma *lex Iulia de maiestate* había «considerato come *crimen maiestatis* lo scritto diffamatorio, ma solo se diretto contro il *princeps* e il *parens*» ... «Ma tale disposizione dovette essere concepita da Augusto piú come una misura precauzionale che come un provvedimento urgente da doversi istantaneamente applicare». Nosotros te-

la difamación en contra del príncipe o de su madre resultaba ser una clara ofensa a la *maiestas* imperial. Se podría objetar que el senadoconsulto del que ya hemos tratado anteriormente había incorporado a la ley de lesa majestad la difamación en contra de mujeres y hombres ilustres y que por tanto el príncipe y su familia entrarían en el círculo de tales personajes; pero, nosotros tenemos dudas, no porque no formaran parte de tal categoría de personas, sino por el hecho que ellos se encuentran en un nivel social superior respecto a la misma *nobilitas.*

Sobre este punto queremos recordar una parte del discurso transcrito en Tac. *ann.* 16.28.1 con el que *T. Clodius Eprius Marcellus,* acusador coadyuvante en el juicio en contra de Trasea Peto[31], ilustra a los *patres* los motivos por los que el acusado, miembro del orden senatorio debía ser condenado: *...contumacia inferiorum lenitatem imperitantis deminui...*

De esta *oratio* se nota que el príncipe, como primer ciudadano de la *res publica* sobresale en dignidad respecto a los integrantes del senado (*inferiores*) y además recuerda, como se afirma en *RG* 34.3, que desde el momento en que fue otorgado al príncipe el título de Augusto con fundamento en un senadoconsulto, superó a todos en autoridad: *post id tem[pus] auctoritate omnibus praestiti,..*

4. LA PENA AL DIFAMADOR: ¿MUERTE O EXILIO (*INTERDICTIO AQUA ET IGNI*)?

No tenemos dudas que la ofensa al príncipe encuentre fundamento en la *lex maiestatis* ya que, como primer ciudadano, se encuentra al ápice de la *res publica* y estas ofensas producen como resultado la sedición entre los *cives* [D. 48.4.11 (Ulp. 7 *de of. Proc.*)]; así, la ofensa al *princeps,* a la *Augusta* o al César tiene el mismo valor de un ultraje a la *res publica.* Debe-

---

nemos dudas sobre tal afirmación porque parece extraño que el príncipe hubiera tenido interés a insertar tal disposición en la ley 'in modo precauzionale' para no aplicarla después, mientras que en el caso de Casio Severo (Tac. *ann.* 4.21.3) hubiera sido necésaria la punición del imputado por haber ofendido a personajes pertenecientes a la *nobilitas*, al punto de solicitarse, en la misma edad augustea, la incorporación del cargo de imputación a la *lex* gracias a un senadoconsulto mediante sentencia jurada. Cremucio Cordo probablemente pensaba que, como a partir del *senatus consultum* los escritos ofensivos eran punidos con fundamento en la ley, las injurias en contra del príncipe y de la madre fueran ya indicados en tal *lex.* El escritor se encontraba en un error de evaluación, ya que la ofensa a la casa de los Césares no habría sido juzgada con fundamento en la *lex maiestatis* que preveía como sanción la *interdictio aqua et igni,* sino que además habría sido evaluado por el senado como un afronto a la *sacrosanctitas* imperial y por esto su condena habría sido todavía más severa. Cremucio Cordo, para evitar la condena capital se procuró lentamente el suicidio (Tac. *ann.* 4.35.4; Sen. *consolatio ad Marciam* 22) y así evitó de encontrarse en vida el día en que el senado habría debido decidir. Si en la ley de lesa majestad existiera una disposición que incluyera las ofensas al príncipe o a la Augusta, no se podría entender el motivo por el que en el juicio en contra de Clutorio Prisco (caso que veremos más adelante), su condena fue la muerte y no el exilio por haber ofendido al César y que su defensor, sin éxito, hubiera propuesto la aplicación de la ley de lesa majestad según una interpretación extensiva de la misma: *cedat tamen urbe et bonis amissis aqua et igni arceatur: quod perinde censeo ac si lege maiestatis teneretur* (Tac. *ann.* 3.50.4).

31 Argumento que ya tratamos en otra sede Y. González Roldán, Crimen maiestatis *in età neroniana. Il caso di Trasea Peto,* in «BStudLat», 52.1, gennaio-giugno 2022, 42-69.

mos de todos modos recordar que al príncipe le fue conferida la *sacrosanctitas* por ley (… *tribunicia potestas mihi esset, per legem sanctum est* en *RG* 10.1) y este título que extiende la inviolabilidad tribunicia también a su familia[32], crea un primer dilema: el que ofende al príncipe debe ser condenado a la *interdictio aqua et igni*[33] con fundamento en la ley de lesa majestad o a la muerte ya que tal es la sanción por la violación a su *sacrosanctitas*[34].

Tal problema no podía ser afrontado por el mismo Augusto ya que era evidente que tales condenas, que habrían significado la ruina de los ciudadanos se encontraban en contraste con la clemencia, justicia y piedad, virtudes que caracterizaban su principado (*RG* 34.2). La misma situación se presentó al inicio del gobierno de Tiberio, el cual, no obstante se hubiera molestado por la divulgación de *carmina* de autores anónimos en contra de su persona, en el 15 d.C, no dio lugar a procedimientos para que los culpables fueran punidos (Tac. *ann.* 1.72) y tampoco cuando la ofensa se refiriera a la memoria del divino Augusto (Tac. *ann.* 1.73.1-4) o de su madre (Tac. *ann.* 2.50).

Hemos visto en Svet. *Aug.* 56 que Augusto habría invitado a los ciudadanos a denunciar a los autores de versos infamantes en contra de su persona y por este motivo con fundamento en su *autoritas* la *cognitio* habría necesitado de acusadores. En Tac. *ann.* 1.74.1-6 se recuerda que en el 15 d.C., el *quaestor* Cepión Crispino denunció al pretore di Bitinia Marco Granio Marcelo[35] por motivo di lesa majestad ya que este último, entre otros crímenes, habría efectuado discursos ofensivos en contra del príncipe (*sermones*) y tal acusación fue confirmada también por Romanio Hispón[36] para que se pudiera seguir con el cumplimiento de un requisito procesal y así dar seguimiento a la denuncia; efectivamente, era indispensable, bajo un aspecto formal, que la acusación tuviera al menos dos delatores para corroborar la verdad de los hechos[37]. El príncipe,

---

32 Mommsen, *o.c.* (n. 25), 86-89.

33 La cual significa la condena al exilio y a la confiscación de todos los propios bienes. Sobre este problema ver B.M. Levick, '*Poena legis maiestatis*', en «Historia», 28, 1979, 358-379; M. Melounová, '*Crimen maiestatis' and the 'poena legis' during the principate*, en «AAntHung», 54, 2014, 407-430.

34 Queremos recordar que antes de Augusto a César en el 44 a. C. le fue otorgada por el senado la *sacrosanctitas* y sobre este punto en Dio 44.5.3 se recuerda el contenido de la misma 'si alguien lo hubiera insultado con actos o con palabras, tal hombre se encontrará fuera de la ley y será considerado un maldecido'. En el caso de Octaviano en el 35 a.C., ver Dio 49.15.5. y respecto a las mujeres de la casa imperial Octavia y Livia en Dio. 49.38.1. Sobre el argumento R.A. Bauman, *Tribunician sacrosanctity in 44, 36 and 35 b.C,* en «RhM», 124.2, 1981, 166-183.

35 Procónsul de la provincia senatoria de la Bitinia y del Ponto en el 15 d.C. Sobre el argumento ver E. Groag, s.v. Granius, *RE*, VII.2, Stuttgart, 1912, 1822.

36 Orador citato en Sen. *controv.* 9.3.11.

37 Por ejemplo, en el proceso en contra de Libón Druso efectuado en el 16 d.C. (Tac. *ann.* 2.27-32), los acusadores fueron más de dos, el senador Firmio Catón, Fulcinio Trion, Fonteyo Agripa y G. Vibio. Cuando Agripina, la madre di Nerón, fue indagada por lesa majestad en el 55 d.C, Iturio y Calvisio, clientes de Junia Silana, informaron a Atimeto, liberto de Domicia (tía de Nerón) que Agripina organizaba una revolución para destituir al hijo y poner como emperador a Rubelio Plauto, descendiente de Augusto. Los acusadores habían sido Atimeto y el pantomimo Paride, también liberto de Domicia. (Tac. *ann.* 13.19-22). La denuncia no obtuvo el resultado esperado porque, si bien es cierto, la denuncia fue presentada por dos acusadores, los dos no se presentaron al tribunal y además simplemente seguían

no obstante, su indignación, evitó de intervenir en el senado y el acusado fue absuelto[38].

La situación inicia a cambiar en el 17 d.C. (Tac. *ann.* 2.50.1-3) cuando Apuleya Varila[39], sobrina de una hermana de Augusto, fue acusada, entre otros crímenes, por haber ofendido al divino Augusto, Tiberio y su madre; el príncipe decidió que el juicio de lesa majestad debiera referirse únicamente a las injurias dichas en contra de su padre (*si qua de Augusto inreligiose dixisset*) y, no obstante la acusada fue también absuelta respecto a este específico crimen (*liberavitque Appuleiam lege maiestatis*), el caso puede demostrar claramente que la memoria de Augusto (al mismo modo que la de César) se encontraba tutelada con fundamento en la *lex maiestatis.* Tales personajes, después de la muerte, obtuvieron del senado el título de *divus* y por tal motivo, agravios de este tipo se convirtieron en un *sacrilegium* o *impietas*[40] en contra de la *res publica*.

La ofensa a la divinidad de César o de Augusto puede consistir en injurias verbales o en actos materiales, en el segundo caso encontramos la destrucción de estatuas consagradas del príncipe difunto[41] o todavía en vida[42] como claramente se encontraba indicado

---

las indicaciones de una sola persona, Junia Silana. Si los dos acusadores denuncian a una persona que resulte absuelta en el proceso (también en materias diferentes a las de lesa majestad), los *delatores* habrían sido condenados al exilio (Tac. *ann.* 13.33.3).

38 En estos casos el comportamiento del emperador fue ejemplar por su equilibrio y moderación como justamente subraya M.L. Paladini, *L'imperatore Tiberio e i primi processi politici del suo regno,* en «RBPh», 46.1, 1968, 25-26.

39 Hija del cónsul del 29 a.C. Sexto Apuleyo, hijo de Octavia mayor, hermanastra de Augusto. Sobre el argumento ver P. Rohden, s.v. Appuleius, *RE*, II.1, Stuttgart, 1895, 269; E. Groag, s.v. Appuleia, *PIR*, 1, Berolini et Lipsiae, 1933, 188; R.S. ROGERS, *Criminal Trials and Criminal Legislation under* Tiberius, Middletown, 1935, 27; Bauman, *o.c.* (n. 19), 77-79; R. Syme, *The Augustinian Aristocracy,* Oxford, 1989, 317; Schilling, *o.c.* (n. 27), 127-130.

40 Pro*ximum sacrilegio crimen est, quod maiestatis dicitur* en D. 48.4.1 (Ulp.7 *de off. Proc.*). El uso del término *impietas* se encuentra en Tac. *ann.* 6.47.2 respecto al proceso desarrollado en el 37 d.C. en contra de Albucila (*...Albucilla...defertur impietatis in principem...*). Pero los datos que se encuentran en las fuentes (Tac. *ann.* 6.47.3 y 6.48.4; Dio 58.27.2-4) no permiten reconstruir el contenido de la acusación. Probablemente el cargo de acusación se refería a la parte de la *lex maiestatis* en donde se consideraba el adulterio como un sacrilegio y un reato de lesa majestad (Tac. *ann.* 3.24.2) ya que, en este juicio fueron condenados también otros personajes, cómplices de las torpezas de la imputada. Si bien uno de sus cómplices se suicidó, mientras que la mujer falló en su intento de suicidio, queremos subrayar que ninguno de los acusados fue condenados a la pena capital. Sobre este aspecto ver: P. Young Forsyth, *A Treason Case of A. D. 37*, in «Phoenix», 23.2, Summer, 1969, 204-207.

41 En este supuesto podemos incluir además el caso en que a una escultura de Augusto le fuera quitada la cabeza y se le sustituyera con una de Tiberio o de otro personaje (Tac. *ann.* 1.74.3 y Svet. *Tib.* 58). E. Ciaceri, *La responsabilitá di Tiberio nell'applicazione della* lex Iulia maiestatis, en «StudStor», 2, 1909, 385, afirma que la «solenne religiositá che rivestiva la *maiestas* del popolo romano o dalla *sacrosancta potestas tribunicia* del principe, veniva poi in contraddizione col comune criterio giuridico per il quale in Roma le offese agli dèi non erano, come è noto, per sé stesse materia di reato» pero, a nuestro parecer, debemos considerar también que, además de ser una ofensa a la divinidad del príncipe muerto, se ofende al padre del *princeps* en vida, es decir, a su misma familia.

42 Sobre este aspecto Mommsen, *o.c* (n.10), 583 n.5 reconoce que la difamación al príncipe es claramente un crimen de lesa majestad y esto deriva, a su parecer, del carácter divino del emperador ya reconocido

en la ley de lesa majestad [D. 48.4.6 (Ven. Sat. 2 *de iud. public.*)] y en tal caso la condena consistiría en la *interdictio* del *aquae et ignis* si el príncipe gobernante decidiera de instaurar el juicio en contra del culpable[43]. La sanción del responsable por las ofensas verbales en contra de César o Augusto podría considerarse de mayor gravedad[44] ya que tales injurias eran además un afronto a la familia del príncipe como se demuestra en el proceso en contra de Cremucio Cordo (Tac. *ann*. 4.34-35).

Cuando hacemos referencias a las ofensas al príncipe debemos considerar también aquellas pronunciadas en contra del César, el cual, como futuro continuador de la dinastía Julio-Claudia, habría tenido la misma importancia bajo el aspecto constitucional y, si bien Druso menor, hijo de Tiberio, todavía no había sido investido por el senado con la *tribunicia potestas* en el 21 d.C, como sucedió un año después[45], hacer un *votum corvinum* en contra de su persona era tanto come augurar al príncipe la extinción de su estirpe, clara violación a su *imperatoria maiestas*. Sobre este aspecto recordamos el caso del *eques romanus* Clutorio Prisco[46], el cual había escrito un famoso poema en honor de Germánico después de su muerte y, como fue premiado por Tiberio con dinero por este hecho, decidió de crear uno nuevo en honor de Druso visto que en aquel periodo no se encontraba en buena salud y obtener así un mayor beneficio económico. Clutorio, después de haber redactado el *carmen,* recitó su escrito en la casa de Publio Petronio no obstante el César se encontraba todavía en vida (Tac. *ann*. 3.49.1).

El proceso fue realizado en el senado y el cónsul designado Décimo Aterio Agripa[47], reconociendo la violación de la *sacrosanctitas* imperial, propuso la pena capital (Tac. *ann*. 3.49.2). Parece interesante notar como el defensor del imputado M. Lépido no

---

por el mismo Augusto. Nosotros no tenemos dificultad de aceptar la presente tesis cuando se trate de César o de Augusto los cuales, después de la propia muerte obtuvieron el título de *divus* pero, considerar la divinidad del príncipe como fundamento para considerar culpables de lesa majestad a los que hubieran injuriado Tiberio, nos parece difícil de aceptar, sobre todo porque el mismo príncipe en el 19 d.C. se opuso duramente a todos aquellos que consideraban sus ocupaciones divinas (Tac. *ann*. 2.87) y además el mismo príncipe afirmaba que él no era más que un simple mortal: *Ego me, patres conscripti, mortalem esse…* (Tac. *ann*. 4.38.1). Ciertamente el caso indicado en la nota anterior habla de *impietas*, pero el carácter sacrílego del adulterio fue considerado así por Augusto en la ley de lesa majestad y no por Tiberio y además, si el daño a las estatuas del príncipe en vida son consideradas un sacrilegio, el motivo es originado por el hecho que las mismas habían sido dedicadas al emperador por parte del senado debido a un determinado motivo, por ejemplo, el triunfo de Nerón después que se rindieron los habitantes de Artaxata (Tac. *ann*. 13.41.4).

43 Por ejemplo, cuando el caballero L. Enio fue incriminado por lesa majestad al transformar en objetos de plata una estatua del príncipe, Tiberio se opuso a que fuera iniciado el juicio.

44 O no ser consideradas ofensas por el mismo *princeps* como cuando Cota Mesalino fue acusado (Tac. *ann*. 6.5).

45 Come sucede en el 22 d.C., cuando Tiberio invia al senado una carta solicitando la *tribunicia potestas* a favor de Druso (Tac. *ann*. 3.56.1).

46 Cfr. A. Stein, s.v. Clutorius Priscus, *PIR*, II, Berolini et Lipsiae, 1936, 286; D.C.A. Shotter, *The Trial of Clutorius Priscus*, «G&R», 16.1, Apr., 1969, 14-18; R.A. Bauman, *Impietas in principem. A study of treason against the Roman emperor with special reference to the first century A.D.*, München, 1974, 62-65.

47 Tribuno de la plebe en el 15 d.C, llega al consulado en el 22 d.C. [A. Degrassi, *I fasti consolari dell'Impero Romano dal 30 avanti Cristo al 613 dopo Cristo,* Roma, 1952), 9], hijo del orador Quinto Aterio

niega que la pena anteriormente indicada era la adecuada pero, debido al hecho que las palabras pronunciadas por el acusado en un banquete no habían causado un *periculum* a la *res publica*, trata de disuadir a los *patres* para votar a favor de la presente propuesta y de condenarlo con una pena alternativa consistente en la confiscación de los bienes y con la interdicción del agua y del fuego como si hubiera sido aplicable la ley de lesa majestad en modo extensivo: *cedat tamen urbe et bonis amissis aqua et igni arceatur: quod perinde censeo ac si lege maiestatis teneretur* (Tac. *ann*. 3.50.4).

Los senadores escogieron la pena de muerte y el condenado inmediatamente fue justiciado seguramente porque en este modo los *patres* buscaban congraciarse con Tiberio pero, debemos subrayar también que el *votum corvinum*, consistente en un presagio de muerte prematura del César, era a todos los efectos un afronto a la *sacrosanctitas* imperial y que ni siquiera el defensor del acusado podía negar este hecho[48]. La propuesta de aplicación de la *lex maiestatis* era una artimaña (*quod perinde…ac…*) para evitar que el culpable fuera punido con la muerte[49].

La celeridad de la condena a muerte del imputado no dió espacio al príncipe para interponer, como acto de clemencia, su *intercessio tribunicia*. Tiberio regañó a los *patres* por el modo precipitoso con el que fue cumplida su propia deliberación y el senado, para permitir al *princeps* en futuro de conceder o negar la posibilidad de dejar sin efectos una sentencia de condena, decidió que las propias decisiones producieran efectos diez dias después, término que tendría el senado para depositar la sentencia en el *aerarium* (Tac. *ann*. 3.51.1-2).

(Sen. *Controv. Praef.* 6.11) y de Vipsania que tenía una relación de parentela con la familia imperial, fue conocido por su intensa actividad de acusador (Tac. *ann.* 6.4.4).

48 Tiberio obtuvo la *tribunicia potestas* por primera vez en el 6 a.C, ejercitándola, después de varias pròrrogas por 38 veces (la primera renovación fue hecha cuatro años después y la sexta en el 4 d.C. para después seguir teniéndola anualmente hasta su muerte): *Ti(berio) Caesari divi Aug(usti) f(ilio) / Augusto pontif(ici) maximo / trib(unicia) potest(ate)…* [El epígrafe se puede consultar online en EDCS, Epigraphik-Datenbank: XXXVIII CIL 09, 06977 = SupIt-02-TM, 00004 = AE 1941, 00105 = AE 1945, +00024 = AE 1947, 00039].

49 Contrariamente a nuestra posición Ciaceri, *l.c.* (n. 41) 392-402 considera que la ley de lesa majestad tenía dos sanciones, la pena capital cuando se tratase de los casos de la antigua *perduellio* (identificándose entre estos el atentado a la vida y a la majestad del príncipe) mientras que, para los otros casos, la sanción sería el exilio. Tal tesis no explica como es posible que M. Lepido, para salvar la vida del acusado, hubiera propuesto la sanciòn a la *interdictio aqua et igni* como si a él le fuera aplicable la *lex maiestatis* reconociéndose tácitamente que la causa de la acciòn legal en contra del acusado era diferente a la indicada en tal ley. Bauman, *o.c,* (n. 46), 62-65, considera que la propuesta de Aterio Agripa tuvo como fundamento la norma de las XII tablas (8.1) que se refería al *malum carmen* (Plin. *Nat. hist.* 28.2.17). Nosotros no tenemos dudas que tal norma sea el fundamento del así llamado *votum corvinum* al cual hacemos referencia, y si bien, en el presente caso, la composiciòn poética no tenía el carácter de fòrmula mágica, de todos modos habría tenido aplicaciòn la ley de las XII tablas como ya se había indicado en Cic. *de rep.* 4.10.12: *XII tabulae cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt: si quis occentavisset sive carmen condidisset, quod infamiam facert flagitiumve alteri.* El investigador de todos modos no subraya que el poema era más que nada una evidente ofensa a la *sacrosanctitas* imperial de Tiberio ya que, al recitarse el *carmen* en honor del César enfermo como si ya se hubiera muerto, significaba augurar al príncipe la extinciòn de su extirpe.

Después del presente episodio resulta claro que cualquier tipo de ofensa al príncipe o al César será motivo de incriminación por lesa majestad y que el senado, en el caso en que fuera demostrada la culpabilidad del imputado, habría tenido que condenar a la pena de muerte como violación a la *sacrosanctitas* imperial y no a la *interdictio aqua et igni*.

El *princeps*, como acto de clemencia pública, habría podido de todos modos absolver al culpable mediante su *intercessio tribunicia* como sucedió en el 24 d.C, cuando G. Cominio fue condenado ya que había escrito un *carmen* difamatorio en contra de Tiberio pero, gracias a los ruegos del hermano de rango senatorio Gayo Cominio Próculo (?) al *princeps*, el emperador concedió su clemencia (Tac. *ann.* 4.31.1-2).

Debemos subrayar que las injurias en contra del príncipe o su familia, para poder dar lugar a un proceso por lesa majestad, era necesario que el mismo *princeps* considerase de haber sufrido una injuria y que el responsable hubiera demostrado hostilidad en contra de él [*...hostili animo adversus...principem animatus...* en D. 48.5.11 (Ulp. 8 *disput.*)]; por tal hecho, cuando en el 22 d.C, Cota Mesalino fue 'bombardeado' de graves acusaciones por las ofensas dichas en contra del César, la Augusta y el mismo príncipe, Tiberio, después de la apelación hecha por el acusado, envió una carta a los *patres* para paralizar el juicio por motivo de su amistad con el imputado y solicitaba que: *...ne verba prave detorta neu convivalium fabularum simplicitas in crimen duceretur postulavit* (Tac. *ann.* 6.5.2).

Nuestra tesis que las ofensas al príncipe significaban un atentado a su *sacrosanctitas* y por esto el culpable habría sido punido con la muerte y no con el exilio, puede explicar la afirmación en Svet. *Tib.* 3.61: *...omne crimen pro capitali receptum, etiam paucorum simpliciumque uerborum...*

Los imputados preferían suicidarse antes que fuera pronunciada la sentencia capital, como sucedió en el juicio desarrollado en el 34 d.C, en contra de Mamerco Escauro, culpable de varios *crimina* y dentro de ellos el haber ofendido al príncipe mediante versos escritos en una tragedia[50] (Tac. *ann.* 6.29.4) y además en edad neroniana, en el proceso en contra del pretor Antistio Sosiano (Tac. *ann.* 14.48.1-4), personaje culpable por haber pronunciado versos infamantes en contra del príncipe en un banquete (ya analizado en otra sede)[51]; así, sobre la pena adapta al difamador, el cónsul designado

50 El orador Mamerco Emilio Escauro, ilustre por su *nobilitas* (pertenecía a la *gens Aemilia*) y por sus costumbres contrarias a la moral (Sen., *benef.* 4.31.3-5.), fue incriminado por sus acusadores Servilio y Cornelio no únicamente por las injurias en contra del príncipe, sino además por el adulterio con Livia (mujer de Druso) y por efectuar hechicerías y, si bien la causa habría debido ser decidida en el 32 d.C. (Tac. *ann.* 6.9.3), fue renviada a dos años después. En Dio 58.24.3-4 se indica que la tragedia se llamaba *Atreus* y trataba de un monarca loco con sed de sangre. Sobre el argumento ver C. Zäch, *Die Majestätsprozesse unter Tiberius in der Darstellung des Tacitus,* Winterthur, 1972, 8-10; Bauman, *o.c.*, (n. 46), 126-128 e sulle sue abitudini licenziose D. Lowe, *Menstruation and Mamercus Scaurus (Sen. benef. 4.31.3),* «Phoenix», 67.3-4, Fall-Winter/automne-hiver 2013, 343-352.

51 González Roldán, *l.c.* (n.26), 50-55.

Q.Iunius Marullus propuso que el imputado fuera removido de su cargo y condenado a muerte según la tradición republicana (*mos maiorum*) pero Trasea Peto sugirió una condena adecuada a su momento histórico ya que, en este periodo, las penas eran establecidas según las leyes y sin aspereza de los jueces ni tampoco deshonor de los tiempos.

La punición propuesta por Trasea no dejaba sin sanción el *crimen* y concedeía al condenado, a diferencia de la primera propuesta, un claro ejemplo de clemencia pública. La tesis de Trasea como fue aplicada en el senado, a partir de este momento se consideró que, en el caso en que hubieran sido pronunciadas injurias en contra del príncipe, la sanción más adapta fuera aquella establecida en la ley de lesa majestad y no más aquella que se refería a una violación de la *sacrosanctitas*, pero, en tal situación eran indispensables los presupuestos que el senado no se encontrara obligado por alguna necesidad o, como indicó Lépido en Tac. *ann.* 3.49.2, no existiera un eminente *periculum* a la *res publica*,

5. LA OPINIÓN DEL JURISTA ATEYO CAPITÓN SOBRE EL *CRIMEN MAIESTATIS*

En el apartado anterior hemos observado como el senado en total autonomía inició un proceso y condenó a muerte a la persona que ofendió a la familia imperial sin que el príncipe hubiera tenido el tiempo material para impedir la muerte del condenado. Un episodio en donde interviene el jurista Ateyo Capitón en el 22 d.C. narrado en Tac. *ann.* in 3.70.1-3 parece, a nuestro parecer, fundamental para sentar las bases del nuevo mecanismo en el caso en que alguien hubiera sido incriminado por el crimen de lesa majestad:

> *...L. Ennium equitem Romanum, maiestatis postulatum, quod effigiem principis promiscum ad usum argenti vertisset, recipi Caesar inter reos vetuit, palam aspernante Ateio Capitone quasi per libertatem.* 2. *non enim debere eripi patribus vim statuendi neque tantum maleficium impune habendum. sane lentus in suo dolore esset: rei publicae iniurias ne largiretur.* 3. *intellexit haec Tiberius, ut erant magis quam ut dicebantur, perstititque intercedere. Capito insignitior infamia fuit, quod humani divinique iuris sciens egregium publicum et bonas domi artes dehonestavisset.*
>
> (Tiberio no quiso que fuera incriminado el caballero romano L. Enio por lesa majestad por haber convertido en objetos de plata de uso común una estatua del príncipe, pero Ateyo Capitón manifestó abiertamente su desaprobación como si mostrara abiertamente su libertad de opinión. 2. A su parecer no se debía substraer al senado la facultad de emitir un juicio ni mucho menos dejar sin pena un crimen tan grave. Se podía admitir —al parecer del jurista— que el príncipe no fuera atento respecto a las ofensas personales, pero no se podía tolerar las ofensas dirigidas a la *res publica.* 3. Tiberio entendió el verdadero pensamiento de Capitón que iba más allá de lo que realmente expresaban sus palabras e insistió en su oposición. Respecto a Capitón, resultó manchado en modo más grave de infamia porque, experto como era de derecho humano y divino había deshonorado

no solo sus virtudes de hombre público, sino también sus méritos de ciudadano privado).

El jurista Ateyo Capitón, experto en derecho humano y divino, distingue dos tipos de injurias, la primera, con la que se ofende la *res publica* y que encuentra su fundamento en la *lex maiestatis* como sucede en el caso de la destrucción de una estatua del príncipe [D. 48.4.6 (Ven. Sat. 2 *de iud. public.*)] y la segunda, que se refiere a una ofensa a la majestad imperial. El primer caso resulta ser un deber de los *patres* juzgar al culpable ya que el senado se encuentra legitimado a decidir todo aquello que se refiere a la *lex maiestatis,* esto es, la *interdictio* del *aquae et ignis*; sin embargo, cuando se trata de injurias al príncipe, únicamente él puede decidir si tales actos, no necesariamente tipificados en la ley de lesa majestad, resulten una violación a la *imperatoria maiestas.*

Evidentemente a Tácito no resulta claro el pensamiento del jurista, pero no se da cuenta que Capitón está tratando de reivindicar a favor de los *patres* su función originaria de decidir respecto a la *res publica*; bajo tal perspectiva, los casos tipificados en la *lex maiestatis* resultan ser una ofensa a la misma y por esto el senado tiene competencia de iniciar *cognitiones* de lesa majestad en contra de los responsables sin ninguna intromisión del príncipe. Tiberio, a partir de este momento, contrariamente, niega a los *patres* la plena libertad de iniciar un proceso criminal por motivos de lesa majestad tipificados claramente en la ley ya que, antes que nada, sería necesario un análisis atento del *princeps* de las pruebas ofrecidas por los acusadores y, si al senado hubiera sido delegada la facultad de decisión, el permiso del príncipe sería un requisito indispensable para examinar la cuestión.

La nuova visión de Tiberio, por una parte evitaba que fueran efectuados nuevos procesos de lesa majestad sin el permiso del príncipe, pero, de otra parte, consolidaba la idea que la determinación de las injurias en contra del príncipe y de los actos materiales reprobables que atentan a la *res publica* indicados en la ley de lesa majestad habrían sido evaluados también exclusivamente por la misma autoridad en la fase de investigación del *iudicium*[52].

El emperador además habría podido decidir la cuestión o delegarla a favor de los *patres*[53] a diferencia del caso de la difamación en contra del senado en donde la actividad del príncipe no sería indispensable.

---

52 Por este motivo en el 27 d.C. el senado se opuso a decidir en relaciòn a la denuncia en contra de Varo Quintilio, hijo de una prima de Agripina, considerando necesario esperar al emperador (Tac. *ann.* 4.66.1-2).

53 Sobre este punto podemos notar una diferencia de perspectiva, mientras Cremucio Cordo integrante del ordo senatorio se encontraba bajo proceso frente al senado, el escritor de fábulas Fedro, esclavo de Augusto manumitido después, fue juzgado por el mismo príncipe (no necesariamente de persona, sino por su administraciòn imperial) ya que el escritor indica en el epílogo 8-26 en Phaed. 3 que el acusador, testigo y juez era Seyano y además dedica el libro a Eutico, uno de los jueces de tal administraciòn que habría evaluado el caso. Probablemente Fedro fue considerado inocente después que Seyano fue sentenciado a muerte porque en el libro cuarto y quinto de la obra no se vuelve a hacer menciòn del

6. LA DIFAMACIÓN EN CONTRA DEL SENADO

Ya hemos hecho notar que las injurias en contra de los personajes pertenecientes a la *nobilitas* romana fueron, a beneficio del supremo interés de la *res publica*, considerados por el senado en edad augustea, un ejemplo de *crimen maiestatis* (Tac. *ann.* 1.72.3) y por esto la condena sería la *interdictio aqua et igni* como sucedió con el orador Casio Severo. Tal caso fue incorporado después en la *lex maiestatis* gracias a un senadoconsulto pero, todavía no hemos hablado del problema en que las ofensas se dirigieran en contra no de un senador en específico, sino al senado en su conjunto. En nuestra opinión parece adecuado considerar que tal tipo de injurias eran en origen un crimen de lesa majestad, ya que, las mismas resultaban para todos los efectos una violación a la *maiestas rei publicae* como se demuestra en el proceso desarrollado en el senado en el 62 d.C. en contra del cretense Claudio Timarco (Tac. *ann.* 15.20.1-2), el cual, entre los crímines cometidos, el más relevante consistía en su afirmación que se había convertida en una grave ofensa al senado. El *reus* había admitido de haber obtenido por parte de los ciudadanos de Creta agradecimientos a favor de los procónsules que habían gobernado Creta[54]. Tal alarde significaba, como ya hicimos notar en otra sede[55], que cualquier Procónsul enviado a gobernar tal provincia senatoria habría podido cometer crimenes en plena libertad con la aprobación de Timarco[56], sin correr el riesgo de ser punido por el senado ya que, el potente provincial habría sido capaz de manipularlo mediante favores evitando una eventual condena en contra del gobernante. En tal sesión, comprobada la culpabilidad del imputado, Trasea Peto, vigilante del bien público (*quam occasionem Paetus Thrasea ad bonum publicum vertens*), propuso que el reo fuera condenado a la expulsión de la provincia, aplicándose así la *lex maiestatis.*

---

juicio. La causa de la incriminaciòn habría tenido como motivo determinar quién fue el autor de los epigramas o *carmina* anònimos que causaban ofensas a Tiberio y, para llegar a encontrar al culpable, el prefecto del pretorio habría iniciado una investigaciòn en contra de todos los escritores que a su parecer habrían sido capaces de elaborar versos usando reglas rítmicas. Sobre el argumento ver Salvo, *l.c.* (n. 26), 50-51.

54 De las relaciones en un grado de paridad entre gobernadores y provinciales nace la indiferencia por la *dignitas* como se indica en Cic. *Ad Quint.* 1.1.27-28. Sobre el argumento ver V. Marotta, *Modelli di comportamento dei governatori e ideologie della regalitá*, en *Signa Amicitiae. Scritti offerti a G. de Bonfils*, Bari, 2018, 103-126. Sobre el poder que podían ejercitar los provinciales sobre los propios gobernadores se vea: J. Deininger, *Die Provinziallandtage der römischen Kaiserzeit*, München, 1965, 166-167; J.E. Lendon, *Empire of Honour*, Oxford, 1997, 197. Con particular atenciòn al presente caso V. Marotta, *Conflitti politici cittadini e governo provinciale*, in *Politica e partecipazione nelle cittá dell'Impero Romano*, Roma, 2005, 195-196 n. 227.

55 González Roldán, *l.c.* (n.26), 45-48.

56 En este sentido P.A. Brunt, *Charges of Provincial Maladministration*, «*Historia*», apr. 1961, 215. Debemos recordar que seis años antes, en el 56 d.C. el procònsul *Cestius Proculus* acusado de corrupciòn por los Cretenses fue absuelto por el senado (Tac. *ann.* 13.30) y probablemente en tal ocasiòn Claudio Timarco formò parte de los denunciantes.

7. CONCLUSIONES

Después de lo visto anteriormente podemos afirmar que efectivamente en edad de Augusto fue realizada una ley de lesa majestad que tenía en sus varios incisos casos previstos que ya habían sido indicados en la ley de César incorporándose nuevos supuestos. Las injurias pronunciadas en contra de la familia imperial encontraban tutela en esta ley en el supuesto de sedición y por ello el difamador habría podido ser punido con la sanción establecida en la mencionada *lex* consistente en la *interdictio aqua et igni* pero, como al emperador se le había otorgado la *sacrosanctitas,* el senado tenía la posibilidad de sentenciar a muerte a quién hubiera injuriado al príncipe o a su familia. Tal hecho era en contradicción con la clemencia, justicia y piedad, virtudes que caracterizaban el principado de Augusto y los primeros años del gobierno de Tiberio; por ello, en un primer momento, no se condenó a nadie por el crimen de injurias hasta cuando el senado autónomamente decidió de sentenciar a muerte al culpable de haber declamado un poema por la muerte del César cuando este todavía se encontraba en vida.

Para evitar la sentencia de muerte del condenado el defensor del imputado M. Lépido indicó sin éxito que era más adecuado aplicar la ley de lesa majestad porque el imputado con su injuria no había causado un *periculum* a la *res publica* hasta que en edad de Nerón, Trasea Peto logró evitar la sentencia de muerte del acusado porque a su parecer la condena debía ser adecuada al momento histórico en donde las penas eran establecidas según las leyes, sin aspereza de los jueces y sin deshonor de los tiempos.

El jurista Ateyo Capitón distinguió dos tipos de injurias: la primera, con la que se ofende la *res publica* y que encuentra su fundamento en la *lex maiestatis* como sucede en el caso de la destrucción de una estatua del príncipe [D. 48.4.6 (Ven. Sat. 2 *de iud. public.*)] y la segunda, que se refiere a una ofensa a la majestad imperial. El primer caso resulta ser un deber de los *patres* juzgar al culpable ya que el senado se encuentra legitimado a decidir todo aquello que se refiere a la *lex maiestatis,* esto es, la *interdictio* del *aquae et ignis*; sin embargo, cuando se trata de injurias al príncipe, únicamente él puede decidir si tales actos, no necesariamente tipificados en la ley de lesa majestad, resulten una violación a la *imperatoria maiestas.*

Tal posición del jurista no fue de agrado de Tiberio el cual negó a los *patres* la plena libertad de iniciar un proceso criminal por motivos de lesa majestad tipificados claramente en la ley ya que, antes que nada, sería necesario un análisis atento del *princeps* de las pruebas ofrecidas por los acusadores y, si al senado hubiera sido delegada la facultad de decisión, el permiso del príncipe sería un requisito indispensable para examinar la cuestión.

La nuova visión de Tiberio evitaba que fueran efectuados nuevos procesos de lesa majestad sin el permiso del príncipe, pero, de otra parte, consolidaba la idea que la determinación de las injurias en contra del príncipe y de los actos materiales reprobables

que atentan a la *res publica* indicados en la ley de lesa majestad habrían sido evaluados también exclusivamente por la misma autoridad en la fase de investigación del *iudicium*. El emperador además habría podido decidir la cuestión o delegarla a favor de los *patres* a diferencia del caso de la difamación en contra del senado en donde la actividad del príncipe no sería indispensable.

8. FUENTES DE CONSULTA

Corpus Iuris Civilis

Digesta

D. 3.3.42.1 (Paul. 8 *ad edict.*)
D. 47.10.5 pr. (Ulp. 56 *ad edict.*)
D. 47.10.9 (Ulp. 56 *ad edict.*)
D. 48.4.1.1 (Ulp. 7 *de off. Proc.*)
D. 48.4.3 (Marc. 14 *Inst.*)
D. 48.4.6 (Ven. Sat. 2 *de iud. public.*)
D. 48.4.11 (Ulp. 7 *de of. Proc.*)
D. 48.5.11 (Ulp. 8 *disput.*)

Res gestae divi Augusti

10
34.2-3

Svetonio

Iulius

42.5

Augustus

55
56

Tiberius

2.3
3.61
58.1
59
61.3

Caius

16

Tácito

Annales

1.72.2-4
1.73.1-4
1.74.1-6
2.50.1-3
3.49.1-2
3.50.4
3.51.1-2
3.70.1-3
4.21.3
4.31.1-2
4.34-35
6.5.2
6.29.4
14.48.1-4
14.50.1-2
15.20.1-2
16.28.1

Bibliografía

Alexander M.C, *Trials in the Late Roman Republic 149 BB to 50 BC,* Toronto, 1990

Arangio-Ruiz V, «La l egisl azione», en *Scritti di diritto romano,* 3, Camerino, 1977 = Augustus. *Studi in occasione del bimillenario augusteo*, Roma, 1938

Aricò Anselmo G., *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei* comitia, Torino, 2012

Bates R.L., Rex in Senat u: *A Political Biography of* M. Aemilius Scaurus, «PAPHS» 130.3, sett. 1986

Bauman R.A, *The* Crimen Maiestatis *in the Roman Republic and Augustan Principate,* Johannesburg, 1967

Bauman R.A, *Tribunician sacrosanctity in 44, 36 and 35 b.C,* en «RhM», 124.2, 1981

Bauman R.A, *Impietas in principem: a study of treason*

against the Roman emperor with special reference to the first century, München, 1974

Bono M., *Il processo di Cremuzio Cordo in Dio 57.24.2-4*, «Archimède» 3, automne 2016

Botsford G.W., *The roman Assemblies. From their origin to the end of the* Republic, New York, 1968

Brunt P.A, *Charges of Provincial Maladministration*, «*Historia*», apr. 1961

Brzoska J, s.v. '*Cassius Severus*' en *RE*, III-2, Stuttgart, 1899

Canfora L, *Studi di storia della storiografia romana*, Bari, 1993

Cavaggioni F., *L. Apuleio Saturnino*. Tribunus plebis seditiosus, Venezia 1998

CERAMI P., Quaesitores ex lege Mamilia. *Riflessioni sul binomio «funzione inquirente» – «funzione giudicante»*, «Riv. dir. rom.»1, 2001

Ciaceri E, *La responsabilitá di Tiberio nell'applicazione della* lex Iulia maiestatis, en «StudStor», 2, 1909

Columba M, *Il processo di Cremuzio Cordo,* «A&R» 4, 1901

D'Aloja Ch., *Sensi e attribuzioni del concetto di* maiestas, Lecce, 2011

Degrassi A, *I fasti consolari dell'Impero Romano dal 30 avanti Cristo al 613 dopo Cristo,* Roma, 1952

Deininger J, *Die Provinziallandtage der römischen Kaiserzeit*, München, 1965

de Martino F, *Storia della costituzione romana,* 1, 4, Napoli, 1972 y 1974

D'Hautcourt A., *L'exil de* Cassius Severus: *hypothèse nouvelle*, «Latomus» 54.2, avril-juin, 1995

Devillers O, *Tacite et les sources des «Annales». Enquêtes sur la méthode historique*, Leuven, 2003

Earl D.C., *Sallust and the Senate's Numidian Policy,* «LATOMUS» 24.3, lug.-sett. 1965

Ferrary J.L., «Lois et procès *de maiestate* dans le Rome républicaine», *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione,* Pavia, 2009

Fiori R, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa,* Napoli, 1996

Fiori R., *Il crimen dell'Orazio superstite*, «Iura» 68, 2020

Flintoff E, Naevius *and Roman Satire*, «Latomus» 47, giul-sett., 1988Garofalo L., *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*, Padova, 1997

Girard P.F, *Les* leges Iuliae iudiciorum publicorum et privatorum, «ZSS» 34, 1913

González Roldán Y, Crimen maiestatis *in etá neroniana. Il caso di Trasea Peto,* in «BStudLat», 52.1, gennaio-giugno 2022

Groag E, s.v. Appuleia, *PIR,* 1, Berolini et Lipsiae, 1933

Groag E, s.v. Granius, *RE*, VII.2, Stuttgart, 1912

Gruen E.S, *Roman Politics and the Criminal Courts, 149-78 b.C.,* Cambridge-Massachusetts, 1968

Gruen E.S., *The* Lex Varia, «JRS» 55, 1965

Jones A.H.M, *The Criminal Courts of the roman Republic and Principate,* Oxford, 1972

Hagemann M, Iniuria. *Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation,* Köln-Weimar-Wien, 1998

Hennig D, *L. Aelius Seianus*, Munich, 1975

Kunkel W, «*Quaestio*», en *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar, 1974 = *RE,* 24, 1963

Lendon J.E, *Empire of Honour*, Oxford, 1997

Lengle J., *Die Verurteilung der Römischen Feldherrn von* Arausio, «Hermes» 66.4, ottobre 1931

Levick B.M, '*Poena legis maiestatis*', en «Historia», 28, 1979

Levick B.M, *Tiberius the Politician*, London, 1976

Lowe D, *Menstruation and Mamercus Scaurus (Sen. benef. 4.31.3),* «Phoenix», 67.3-4, Fall-Winter/automne-hiver 2013

Luraschi G, *Sulle* leges de civitate (Iulia, Calpurnia, Plautia Papiria), «SDHI» 44, 1978

MacMullen R, *Enemies of the Roman Order,* Cambridge, 1966

Manfredini A, *Contributo allo studio dell'*iniuria *in etá repubblicana,* 1, Milano, 1977

Manfredini A.D., *La diffamazione verbale nel diritto romano. Etá repubblicana,* Milano, 1979

Mantovani D., *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla* quaestio *unilaterale alla* quaestio *bilaterale*, Padova, 1989

Marotta V, *Conflitti politici cittadini e governo provinciale*, in *Politica e partecipazione nelle cittá dell'Impero Romano*, Roma, 2005

Marsh F.B, *The Reign of Tiberius,* London, 1931

Melounová M, '*Crimen maiestatis' and the 'poena legis' during the principate*, en «AAntHung», 54, 2014

Meyer H, *Oratorum Romanorum Fragmenta ab Appio. Inde Caeco et M. Porcio Catone usque ad Q. Aurelium Symmachum...*, Zurigo, 2013

Mommsen T, *Le droit public romain,* 5, Paris, 1896

Mommsen T., *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899

Paladini M.L, *L'imperatore Tiberio e i primi processi politici del suo regno,* en «RBPh», 46.1, 1968

Pugliese G., *Studi sull'*iniuria, 1, Milano, 1941

Rogers R.S., *Criminal Trials and Criminal Legislation under* Tiberius, Middletown, 1935

Rogers R.S, *The Case of* Cremutius Cordus, «TAPhA» 96, 1965

Rohden, P. s.v. Appuleius, *RE*, II.1, Stuttgart, 1895

Rotondi G, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912

Salvo D, *Intellettuali e potere sotto il principato di Tiberio* in «ex Novo»1, 2008

Santalucia B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma,* Milano, 1998

Schilling A, '*Poena Extraordinaria': Zur Strafzumessung in Der Fruhen Kaiserzeit*, Berlin, 2010

Seager R, Lex Varia de Maiestate, «Historia» 16.1, mar. 1967

Seager R, *Tiberius*, London, 1972

Serrao F, *Diritto privato, economia e societá nella storia di Roma,* Napoli, 1993

Shotter D.C.A, *The Trial of Clutorius Priscus*, «G&R», 16.1, Apr., 1969

Stein, A s.v. '*Cassius Severus*', *PIR*, II, *Berolini et Lipsiae*, 1936

Stein A, s.v. *Clutorius Priscus*, *PIR,* II, *Berolini et Lipsiae*, 1936

Strachan-Davidson J.L., *Problems of the roman criminal law*, 1, Oxford, 1912

Strzelecki W., *Atei Capitonis Fragmenta*, Lipsiae, 1967

Sumner G.V., Scaurus *and the Mamilian Inquisition*, «Phoenix» 30.1, Spring 1976

Syme R., *Sallust*, Oakland, 1964

Syme R, *The Augustinian Aristocracy,* Oxford, 1989

Urso G., *Cassio Dione e i sovversivi. La crisi della repubblica nei frammenti della «Storia romana» (XXI-XXX*), Milano, 2013

Venturini C, «Absolutus periturus: *A Gabinio tra questione egiziana e politici romani nel 54 a.C.*», en *Studi per L. De Sarlo*, Milano, 1989

Venturini C, *Processo penale e societá politica nella Roma repubblicana,* Pisa, 1996

Venturini C, *Studi sul* crimen repetundarum *nell'etá repubblicana,* Milano, 1979

Wilkinson S, *Republicanism during the Early Roman Empire*, London, 2012

Young Forsyth P, *A Treason Case of A. D. 37*, in «Phoenix», 23.2, Summer, 1969

Zäch C., *Die Majestätsprozesse unter Tiberius in der Darstellung des Tacitus,* Winterthur, 1972

CONTRATO. UNA ENTRADA PARA UN DICCIONARIO DE LA MODERNIDAD

Andrea Landi*

RESUMEN: El presente artículo examina la palabra jurídica "contrato", que, en sus cambios de significado desde la experiencia romana hasta la edad moderna, expresa la transformación conceptual y paradigmática de las ideas características de la modernidad. En particular, bajo el aspecto de la libertad contractual y la categoría general de contrato.

PALABRAS CLAVES: contrato, pacto, tipicidad contractual, Derecho común (*ius commune*).

ABSTRACT: This article examines the legal word "contract", which, in its changes of meaning from the Roman experience to the modern age, expresses the conceptual and paradigmatic transformation of ideas characteristic of modernity. In particular, under the aspect of contractual freedom and the general category of contract.

KEY WORDS: contract, pact, contractual typicity, Roman-canon law (*ius commune*)

SUMARIO: 1. UN LEMA DE LARGA DURACIÓN. 2. NOVEDADES DE LA EDAD MODERNA. 3. HACIA UNA CATEGORÍA GENERAL. 4. LA COMPLEJIDAD DE LA HISTORIA. FUENTES DE CONSULTA.

1. UN LEMA DE LARGA DURACIÓN

Si hay una palabra jurídica que exprese mejor que ninguna otra la transformación conceptual y paradigmática de las ideas que conforman la tradición moderna, ésa es la palabra *contrato*[1]; en efecto, de la Edad Moderna datan esas profundas innovaciones del concepto jurídico de contrato con las que la ciencia jurídica tiene que lidiar todavía hoy: primero, el problema de la libertad contractual —de ahí la llamada tipicidad o atipicidad contractual— y, después, el de la categoría general del contrato.

El Derecho romano arcaico y clásico preveía, como es bien sabido, un régimen contractual caracterizado por una rígida tipicidad: sólo eran definibles como contratos previstos por el ordenamiento jurídico aquellos para los que se preveía una protección procesal específica mediante una *actio*. Esta tipicidad no había desaparecido ni siquiera cuando empezaron a difundirse los contratos innominados, protegidos por la *actio*

* Profesor titular de Historia del Derecho en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia.

1 Este artículo constituye la versión en lengua española, con añadidos y puntualizaciones, de Landi, Andrea, "*Contratto*", en: Bassi, Simonetta-Fantechi, Elisa (cur.), *Il lessico della modernità. Continuità e mutamenti dal XVI al XVIII secolo*, I, Roma, Carocci editore, 2023, pp. 195-201.

praescriptis verbis: se trataba, en efecto, de *conventiones* con causa fundada en el sinalagma que vinculaba a las propias partes, que seguían dando lugar a una obligación civil (tal como se define en D.2.14.7[2], pero véase también D.50.16.19[3]).

A lo largo de toda la experiencia del Derecho romano, en definitiva, dentro del género de la *conventio*, es decir, del acuerdo general de las partes sobre un determinado conjunto de intereses, podían distinguirse bien las convenciones que tenían un *nomen iuris* específico fijado por el ordenamiento jurídico (y que, por tanto, daban lugar a los llamados contratos nominados, como la compraventa, el arrendamiento, etc.) de las que carecían de tal *nomen iuris*. Dentro de estos últimos, pues, se distinguía entre los que tenían causa de acción propia y, por tanto, daban lugar a contratos de naturaleza innominada, como acabamos de señalar, y los que constituían los llamados pactos desnudos que, por el contrario, carecían de causa de acción específica y, por tanto, no generaban acción alguna y sólo podían ser invocados por vía de excepción (D.2.14.7.4)[4].

La *scientia iuris* bajomedieval, trabajando sobre el lienzo representado por los textos redescubiertos de la compilación justinianea, había permanecido anclada a una visión del sistema contractual allí presentado como un "sistema de causas y figuras

---

2 Según la forma medieval de citar, l. *Iurisgentium* ff. *De pactis* (D.2.14.7): «Ulpianus *libro quarto ad edictum*. pr. *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones.* 1. *Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*. 2. *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc* synallagma *esse et hinc nasci civilem obligationem*» («Algunas convenciones de derecho de gentes producen acciones; otras excepciones. 1. Las que producen acciones, no subsisten con su nombre, sino que pasan al nombre propio de un contrato, como compra, venta, locación, conducción, sociedad, comodato, depósito, y los demás contratos semejantes. 2. Pero si la cosa no pasare á otro contrato, y subsistiere, sin embargo, la causa, respondió Ariston a Celso, que habia obligación; por ejemplo, te di una cosa, para que me dieras otra; di, para que hagas algo, esto es *synallagma*, y de aquí nace una obligación» [trad. García Del Corral, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano*, I, Barcelona, Jaime Molinas editor, 1889, p. 276])

3 Este es el texto: l. *Labeo* ff. *De verborum significatione* (D.50.16.19): «Ulpianus *libro 11 ad edictum. Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*» («Labeon define en el libro primero del Pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra "acto" es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, ó en la entrega de cantidad; pero "contrato" significa obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman synallagma, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad, "gestionado" significa cosa hecha con palabras» [trad. García Del Corral, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano*, III, Barcelona, Jaime Molina editor, 1897, p. 914]).

4 Se reproduce aquí el texto: «*Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*» («Pero cuando no subsiste ninguna causa, es sabidoque entonces por la convención no puede constituirse obligación. Por consiguiente, el nudo pacto no produce obligación, pero produce excepción» [trad. García Del Corral, Ildefonso L., *Cuerpo del derecho civil romano*, I, cit., p. 276]).

típicas, reconocidas como fuentes de obligaciones"[5], pero había tenido que avenirse con el «hambre de normas» de la sociedad mercantil, llegando a dar vestido formal a los *nova negotia* que la práctica presentaba continuamente[6].

Aunque en un contexto de deferencia formal hacia los textos romanos, la teoría de los "vestidos de los pactos" (*vestimenta pactorum*) nació con los glosadores[7]: una teoría que, además de los contratos denominados, preveía una serie de pactos que tenían la eficacia jurídica de un contrato, en razón de ciertos *vestimenta* que hacían de ellos precisamente pactos vestidos y no ya desnudos; de ahí que pudiera configurarse una suerte de binomio que viera, por un lado, el contrato y las figuras a él equiparadas (los pactos revestidos y los legítimos, es decir, aquellos en los que la obligación y la relativa *actio* surgen por voluntad de la ley) y, por otro, los pactos desnudos, de los que, como dijimos, nunca surge la acción.

Además, aunque los glosadores civilistas siguieron afirmando que *ex nudo pacto non oritur actio* (la acción no surge del pacto desnudo), en el ámbito del Derecho canónico y en el del *ius mercatorum*, a partir del siglo XIII se afirmó exactamente el principio contrario, según el cual incluso los pactos desnudos generan una acción; y esto ocurría en el Derecho canónico en virtud de la llamada *ratio peccati vitanda* (para evitar la comisión de los pecados), mientras que en el derecho de los mercaderes en virtud de la necesidad percibida por parte de esa clase de superar las formalidades del Derecho civil (*apices iuris*). En ambos casos, como tuvo ocasión de subrayar la doctrina del Derecho común, se trataba de poner en práctica esa *aequitas* que estaba en la base de los dos sistemas[8]: en el primer caso la *aequitas canonica*, que debía conducir al rechazo de la mentira y, por tanto, a la observancia de la palabra dada en los acuerdos, aunque estuvieran desprovistos de requisitos formales, y en el segundo la *aequitas mercatoria*, que, como señaló en el siglo XVI el jurista de Ancona Benvenuto Stracca, imponía la superación de las sutilezas apicales (*apices iuris*) del Derecho civil, por razones de protección de toda la clase[9].

---

5 Así: Astuti, Guido, "*Contratto (dir. intermedio)*", en: *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 770.

6 Así: Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, nuova ediz., Roma-Bari, Laterza, 2006, p. 166. La expresión «hambre de normas» es del romanista Riccardo Orestano, y fue retomada por Santarelli, Umberto, *L'esperienza giuridica basso medievale. Lezioni introduttive*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 99 a 100, que utiliza la metáfora equivalente «sed de normas».

7 Cf. Volante, Raffaele, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano, Giuffrè, 2001, pp. 99 a 144.

8 Cf. Santarelli, Umberto, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di Storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 200 a 210.

9 Cf. Santarelli, Umberto, *Mercantes y sociedades entre mercantes*, trad. Jimena Silva Salgado, México, Escuela Libre de Derecho, 2010, pp. 79 a 88; Birocchi, Italo, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, Cuec editrice, 1988, pp. 156 a 159. Sobre este jurista, iniciador de la ciencia del derecho mercantil, ahora véase, entre muchos, Blanch Nougués, Juan Manuel y otros, *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive decoctoribus) de Benvenuto Stracca*, Madrid, Ed. Dykinson, 2023.

Por último, conviene recordar aquí la experiencia jurídica del Reino de Castilla, donde con el *Ordenamiento de Alcalá de Henares* de 1348 —por tanto, con una norma que técnicamente puede definirse como *ius proprium*— el rey Alfonso XI se deshizo de todas las diferencias entre las diversas figuras negociales de las que hemos hablado hasta ahora y reconoció la validez de la obligación en cualquiera de las formas asumidas, de modo que el deudor no podía objetar la falta de una *stipulatio* formal (Ord. de Alcalá, tit. 16, l. unica)[10]. Una disposición muy importante, que iba a constituir la base de las especulaciones jurídicas de los juristas y teólogos españoles del siglo XVI, sobre la que volveremos.

2. NOVEDADES DE LA EDAD MODERNA

Con la modernidad se configura un proceso cuyo resultado último será la superación de las formas y causas obligatorias, recibidas del Derecho romano y aceptadas, aunque con las innovaciones que hemos mencionado, en el *ius commune* medieval.

Por un lado, se produce una nueva consideración del consenso que, si bien no se convierte en el momento genético y central del contrato (como lo será en los códigos civiles, a partir del napoleónico, hasta el artículo 1321 del código civil italiano vigente), llega a asumir un papel cada vez más marcado, convirtiéndose en «el resorte... que desencadena los efectos previstos por la ley, en sus valoraciones concretas y discrecionales»[11].

Por otro lado, es indudable que se avanza hacia una objetivización de la causa, en el sentido de que el ordenamiento jurídico se reserva el papel privilegiado de autorizar las convenciones de los particulares, considerándolas desde el punto de vista de la causa (arts. 1108 y 1131 del Código Civil francés de 1804) y lo que el artículo 1322 párr. del Código Civil italiano de 1942 señalará como «*meritevolezza intrinseca di tutela*» (concepto que se puede traducir como: intereses que merecen intrínsecamente y por sí de protección jurídica).

En cuanto al primer aspecto —la relevancia cada vez mayor del consentimiento—, si bien es cierto que debemos una interesante contribución en este sentido a los Cul-

---

10 Cf. *El Ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año 1348*, cur. Asso y Del Río-Manuel y Rodríguez, Madrid, Por Joachim Ibarra, 1774, p. 26: «*Como vale la obligacion entre absentes, aunque non aya y estipulacion.* Paresciendo que quiso un Ome obligar à otro por promission, ò por algund contracto, ò en alguna otra manera, sea tenudo de aquellos à quienes se obligò, è non pueda ser puesta excebcion que non fue fecha estipulacion, que quiere decir: prometimiento con ciertas solepnidades del derecho; ò que fue fecha la obligacion del contracto entre absentes; ò que fue fecha à Escribano publico, ò à otra persona privada en nombre de otro entre absentes; ò que se obligò uno de dar, ò de façer alguna cosa à otro: mas que sea valedera la obligacion ò el contracto que fueren fechos en qualquier manera que paresca que alguno se quiso obligar à otro, è façer contracto con el».

11 Así: Petronio, Ugo, "*Spunti su consenso e contratto nei giuristi culti*", en: *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del convegno Cagliari 18-21 maggio 1981*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 222.

tos[12], y luego a los jusnaturalistas holandeses y alemanes de los siglos XVII y XVIII una completa elaboración en el camino hacia la afirmación definitiva del principio de que «*solus consensus obligat*», hay que decir que incluso dentro de la doctrina del *ius commune*, la cuestión había sido bastante sentida. Por ejemplo, una conclusión del repertorio del siglo XVII del cardenal Domenico Toschi nos presenta una referencia a un *consilium* (una consulta) del canonista del siglo XV Domenico da San Gimignano para apoyar la afirmación de que «*contractus proprie dicitur quando obligatio ex consensu hincinde intervenit*» (se denomina propiamente contrato cuando la obligación nace del consentimiento de ambas partes)[13]. El caso que nos ocupa, relativo a una concesión de bienes pertenecientes a una institución episcopal (*mensa episcopalis*), hecha por el obispo en beneficio de un monasterio cartujo, permitía al consultante precisar que, propiamente por la falta del intercambio de consentimiento, no se trataba de un contrato, sino de un *motu proprio* que procedía «*a mera liberalitate concedentis*» (de la pura liberalidad del otorgante); con ello se subrayaba implícitamente la importancia del consentimiento como elemento esencial de todo contrato[14].

En cuanto al segundo aspecto —la objetivación de la causa— basta con observar cómo, a pesar de la tan marcada libertad contractual que afirmarían los códigos del siglo XIX, existe en el Código Napoleón una disposición, incluida en el art. 1131, según la cual una obligación sin causa, o basada en una causa ficticia o ilícita, no podía surtir efecto. En esencia, se recordaba a los intérpretes que correspondía al ordenamiento jurídico, en su historicidad concreta, evaluar las hipótesis merecedoras de protección, y ello se realizaría mediante la previsión explícita de casos normativos, examinando bien los intereses que los particulares pudieran presentar de vez en cuando.

3. HACIA UNA CATEGORÍA GENERAL

Pasando al problema de la categoría general del contrato, hay que señalar en primer lugar que el Derecho romano conocía las figuras individuales de los contratos y sus disciplinas, pero no una teoría general del contrato propiamente dicho. Serán las elaboraciones modernas, como se mencionó al principio, las que identificarán las reglas generales sobre los contratos y definirán así esta categoría.

---

12 Cf. Petronio, Ugo, "*Spunti su consenso e contratto*", cit., pp. 209 a 217 y Id., "*Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*", en: J. Barton (cur.), *Towards a General Law of Contract*, Berlin, Duncker und Humblot, 1990, pp. 215 a 247.

13 Cf. Toschi, Domenico, *Practicae conclusiones iuris in omni Foro frequentiores*, II, Romae, Ex Typographia Stephani Paulini 1605, litt. C, concl. 979, p. 322, n. 1.

14 Cf. Domenico da San Gimignano, *Consilia*, Venetiis, Apud Philippum, et Iacobum Iuntam, et fratres, 1581, cons. 65, ff. 51rb a 53vb. Sobre este jurista (1375ca.-1424), cf. la entrada de Quaglioni, Diego, "*Domenico da San Gimignano*", en: Birocchi, Italo y otros (editores), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 774 a 775, que lo define como «uno de los principales canonistas de su tiempo».

Una reconstrucción historiográfica aceptada por muchos civilistas ve en Jean Domat (1625-1696) y Robert-Joseph Pothier (1699-1772) los primeros creadores de esta categorización, ya que en sus obras se pueden ver «reglas que ponen de manifiesto elementos constantes comunes a todos los contratos»[15]; de ahí las enseñanzas contenidas en estas obras podrían considerarse antecesoras directas del artículo 1107 del Código Napoleón, según el cual «*les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre*»[16].

En efecto, sin desmerecer en absoluto la importancia de estos dos juristas franceses para el desarrollo del pensamiento jurídico moderno, se ha demostrado convincentemente cómo esta calificación ya había sido objeto, en el siglo XVI, de elaboraciones atribuibles a juristas y teólogos del área española, que se habían encontrado razonando en un contexto, en el que la doctrina de los contratos, dictada por el Derecho común, había sido modificada por la real provisión de Alfonso XI que hemos mencionado más arriba[17].

En efecto, en el *Arte de los contractos* de Bartolomé de Albornoz (1573), jurista español de origen pero activo en México[18], se habla abiertamente de una categoría general de contrato, definiendo a éste como «una obligación de una parte a otra» y precisando que «llámase assí, porque dos voluntades diversas se vienen a traher a un consentimiento», con lo que también se subraya la relevancia de la voluntad de las partes para el nacimiento de la obligación[19]. Y, algún tiempo después, el teólogo dominico Francisco García había podido afirmar igualmente, en su *Tratado utilissimo y muy general de todos los contractos* (1582-3), que «contracto es un legitimo consentimiento de muchos, que sobre alguna cosa convinen: del qual consentimiento nace en ambas partes, o en una tan solamente, alguna obligación»[20], indicando también que la causa está llamada a sostener su voluntad de obligarse.

Quizá convenga señalar en este punto que las reflexiones sobre la categoría general del contrato se entrecruzan con las relativas a la causa, como elemento del propio contrato[21]; de modo que desde una visión voluntarista o en cambio desde una más

---

15 Así; Messineo, Francesco, "*Contratto (dir. priv.- teoria generale)*", en: *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 785.

16 Cf. Benedetti, Giuseppe, "*La categoria generale del contratto*", en: *Rivista di diritto civile*, n. 37-parte I, Padova, 1991, p. 659.

17 Cf. Birocchi, Italo, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I. *Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 203 a 269.

18 Cf. Soto Kloss, Eduardo, "*El 'Arte de los contractos' de Bartolome de Albornoz, un jurista indiano del siglo XVI*", en: *Revista chilena de historia del derecho*, n. 11, Santiago, 1985, pp. 163 a 185.

19 Cf. Albornoz, Bartolomé de, *Arte de los contractos*, Valencia, En la casa de Pedro de Huete, 1573, L. 1, tit. 1, fo. 5 [en efecto: 3] ra.

20 Así: García, Francisco, *Parte primera del Tratado utilissimo y muy general de todos los contractos quantos en los negocios humanos se suelen offrecer*, Valencia, En casa de Ioan Navarro, 1582, pp. 1 a 2. El tratado lleva la fecha de 1583 en la página del título, pero en la página final (p. 733) como año de imprenta el 1582.

21 Cf. D'Amelio, Giuliana, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Milano, Giuffrè, 1972, pp. 119 a 145.

objetiva de la causa, pueden seguirse conclusiones distintas en cuanto a la categoría a determinar.

En juristas de la talla de Diego Covarrubias y Leyva y Antonio Gómez, en la *Relectio de pactis* (1553) y en las *Variae resolutiones* (1552) respectivamente, puede encontrarse una visión voluntarista: así, para el primero «la falta de la causa se resolvía en la falta del consentimiento»[22], mientras que para Gómez era posible llegar a una categoría general del contrato que encontraba su fundamento precisamente en el consentimiento, ya que para él la causa era un requisito esencial del propio contrato e indicaba la voluntad de obligarse. Sin embargo, mientras que en los contratos nominados estaba incorporada a su estructura, en los innominados debía verificarse cada vez, también desde el punto de vista de su licitud[23].

Pero es con el teólogo jesuita Luis de Molina (1535-1600), en sus *Disputationes de contractibus*, que encontramos formulada una definición de contrato que allana el camino para posteriores desarrollos hacia la plena autonomía privada. Sin dejar de mantener el vínculo con la doctrina medieval, Molina ya es consciente de que al derecho de Castilla hay que reconocerle una importancia cada vez mayor (podríamos añadir: de acuerdo con la evolución del sistema del Derecho común en la época moderna, que ocurre en casi toda Europa, y que se caracteriza por la aparición de los llamados derechos patrios) [24]; y por ello, tras equiparar la promesa a la *stipulatio*, observa que tanto ésta como el contrato, con el acuerdo de las partes y en virtud de la disposición del *Ordenamiento de Alcalá* antes citada, dan lugar a la obligación, ya que Alfonso XI había transpuesto en cierto modo los principios del Derecho canónico[25], superando las «*subtilitates, solemnitates, et tricae iuris civilis, quae litibus ansam praebent, neque coscientiae forum cum exteriori consentire sinunt*» (las sutilezas, solemnidades y molestias del derecho civil, que dan pie a los litigios y no permiten que el foro de la conciencia coincida con el foro externo)[26].

Según nuestro teólogo, puede haber entonces tres acepciones de contrato[27]: la primera, para quien el contrato, entendido en sentido propio y parafraseando la conocida

---

22 Así: Birocchi, Italo, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., p. 246.

23 Cf. Birocchi, Italo, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 251 a 253.

24 Sobre este tema, cf. Birocchi, Italo-Mattone, Antonello (curr.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno internazionale di Alghero, 4-6 novembre 2004, Roma, Viella, 2006.

25 Cf. Pérez, Diego, *Glosa* in *Orden. de Mont.*, 3.8.3, en: *Ordenanzas reales de Castilla, recopiladas, y compuestas por el doctor Alonso Díaz de Montalvo*, I, Madrid, En la Imprenta de Josef Doblado, 1779, p. 599.

26 Así: Molina, Luis de, *De iustitia tomus secundus de contractibus*, Moguntiae, Ex Officina Typographica Balthasari Lippii, Sumptibus Arnoldi Mylii, 1602, disp. 254, c. 10, lett. C.

27 Cf. Guzmán Brito, Alejandro, "La división de los contratos en Luis de Molina", en: *Glossae. European Journal of Legal History*, n. 10, Murcia, 2013, pp. 208 a 210; Esborraz, David Fabio, *Vicisitudes del contrato en la tradición jurídica romanística. Sus proyecciones en el derecho latinoamericano*, Bogotà, Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 138 a 140.

definición de Labeón en D.50.16.19, es el pacto del que surge una «*ultro citroque obligatio*».

Pero junto a esta definición, que sigue —por así decirlo— la estela de la tradición, aparecen otras dos acepciones que ven el contrato, respectivamente, como aquel pacto del que surge una obligación al menos para una de las partes (lo que ya hemos visto en García) y, finalmente, como cualquier pacto «*sive ex eo oritur obligatio, sive non*» (se derive o no de ello una obligación)[28]; de modo que, en esta última acepción, parece coincidir precisamente con el simple intercambio de consentimiento.

4. LA COMPLEJIDAD DE LA HISTORIA

No debe pensarse, sin embargo, que tanto el camino hacia la afirmación de la plena libertad contractual como el recorrido hacia la determinación de la categoría general del contrato fueron de una linealidad impecable, como podría parecer de la lectura de reconstrucciones historiográficas que no tienen en cuenta las complejas vicisitudes históricas del Derecho común. En esta experiencia, en efecto, la formación de una *communis opinio* unívoca sobre la interpretación de los dos *Corpora iuris* (*civilis* y *canonici*) fue muy difícil, máxime cuando el jurista, a través de su interpretatio, estaba llamado a suplir la carencia de fuentes escritas de aplicación inmediata, tanto como jurista de escuela cuanto como *consiliator*[29].

Todavía a finales del siglo XVI, un diccionario jurídico muy difundido daba cuenta de una definición del contrato inspirada en los textos romanos y en la estrecha correspondencia entre *actio* y *obligatio*, según la cual «*contractus est negotium, ex quo mutua obligatio, mutuaque actio nascitur, et ea quidem actio vel utrinque directa est, vel hinc directa, illinc contraria*» (el contrato es el negocio del que se derivan una obligación y una acción recíprocas, y esa acción determinada es para ambas partes directa o para una parte directa y para la otra contraria)[30], mientras que el famoso comentario de Arnold Vinnen a las Instituciones de Justiniano (primera edición de 1642) reproponía la clásica subdivisión romana[31], obligando, por así decirlo, al anotador español del llamado *Vinnius castigatus*, a especificar, en varios puntos de la obra, la diferente disciplina determinada por la legislación castellana antes mencionada, que entretanto

28 Así: Molina, Luis de, *De iustitia*, cit., disp. 252, c. 4, lett. E.

29 Cf. Massironi, Andrea, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Milano, Giuffrè, 2012.

30 Así: *Lexicon iuridicum, hoc est iuris civilis et canonici in schola atque foro usitaturum vocum Penus*, Genevae, Excudebat Iacobus Stoer, 1599, p. 278.

31 Vinnen, Arnold, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1712, ad Inst. 3.14, pp. 639 a 642. Sobre la importancia de este manual en las Instituciones de Justiniano, véase ahora Beck Varela, Laura, *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

había sido confirmada por el *Ordenamiento de Montalvo* (3. 8.3) de 1484 y por la *Nueva Recopilación* (5.16.2) de 1567[32].

Tampoco fue mejor en Italia, donde en la pléyade de expositores del Derecho común encontramos reafirmada la doctrina tradicional, siempre vinculada al comentario de las conocidas disposiciones justinianeas[33].

Por otra parte, fue en Holanda y Alemania donde las interpretaciones se hicieron más intensas y condujeron a la superación definitiva de la sistemática romana, primero con la escuela del derecho natural (Hugh Grotius y Samuel Pufendorf) y luego con el *Usus modernus Pandectarum* (Samuel Stryk), en algunos pasajes hoy bien conocidos[34]; interpretaciones que afirmaron definitivamente el principio de que «*solus consensus obligat*», adoptado también, como dijimos, por los racionalistas franceses Domat y Pothier, y que luego desembocó en la formulación de los arts. 1101 y 1107 del Código Napoleón, en el primero de los cuales el contrato se define como «*une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque choses*», mientras que el segundo da acceso a la categoría general antes mencionada.

Lo que conviene señalar aquí, para concluir, es el hecho de que todas estas reflexiones, que conducen a una «renovación teórica del sistema contractual»[35], toman cuerpo en la época moderna, determinando, con respecto a la época precedente, un cambio profundo en el conjunto del Derecho privado. Son, en efecto, fruto de la modernidad y como tales serán consignadas a la civilística decimonónica (École de l›exégèse primero y Pandettistica después), para pasar luego al debate jurídico contemporáneo, constituyendo una de sus figuras caracterizadoras[36].

---

32 Por ejemplo, cf. Sala y Bañul, Juan, *Vinnius castigatus atque ad usum tironum hispanorum accomodatus*, II, Valentiae Edetanorum, Ex praelo Josephi et Thomae de Orga, 1786, ad Inst. 3.14, p. 87, ad Inst. 3.16, p. 108. Sobre la obra del pavordre valenciano Juan Sala, cf. Peset Reig, Mariano, "*Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII*", en: *Anuario de Historia del derecho español*, n. 45, Madrid, 1975, pp. 311 a 325; Beck Varela, Laura, *Literatura jurídica y censura*, cit., pp. 207 a 231.

33 Entre los milanta citables, cf. Mancini, Lelio, *Disquisitiones geniales et anniversariae iuris disputationes*, Patavii, Typis Pauli Frambotti bibliopolae, 1640, cap. 54, pp. 134 a 138 y Giorgi, Giorgio Ippolito, *Succus iuris civilis communis quod viget hodie*, Placentiae, In Ducali Typographia Lealdi Leandri Bazachii, 1711, Obj. 2, pars 2, § 2, p. 109. Información sobre estos juristas mínimos, el primero (†1654), canónigo en Montepulciano, cerca de Siena, y profesor en Pisa y Padua; el segundo prepósito en Placencia y profesor en Parma, respectivamente, en *Dizionario biografico universale*, III, Firenze, Davide Passigli tipografo-editore, 1844-45, p. 880; en las páginas iniciales (sin numeración) del tipógrafo en *Succus iuris civilis communis*, cit.

34 Para lo que véase Calasso, Francesco, *Il negozio giuridico. Lezioni di Storia del diritto italiano*2, Milano, Giuffrè, 1967, pp. 335 a 341; Birocchi, Italo, *Saggi sulla formazione storica*, cit., p. 67; Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, I, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 142 a 144.

35 Así: D'Amelio, Giuliana, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia*, cit., p. 145.

36 Cf. Macario, Francesco-Miletti, Marco Nicola (curr.), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, Giuffrè, 2006. Prueba de que se sigue prestando atención a este instrumento esencial de la autonomía privada es también la

FUENTES DE CONSULTA

Fuentes jurídicas

Albornoz, Bartolomé de, *Arte de los contractos*, Valencia, En la casa de Pedro de Huete, 1573.

Domenico da San Gimignano, *Consilia*, Venetiis, Apud Philippum, et Iacobum Iuntam, 1581.

García, Francisco, *Parte primera del Tratado utilissimo y muy general de todos los contractos quantos en los negocios humanos se suelen offrecer*, Valencia, En casa de Ioan Navarro, 1582.

Giorgi, Giorgio Ippolito, *Succus iuris civilis communis quod viget hodie*, Placentiae, In Ducali Typographia Lealdi Leandri Bazachii, 1711.

Lexicon iuridicum, hoc est iuris civilis et canonici in schola atque foro usitaturum vocum Penus, Genevae, Excudebat Iacobus Stoer, 1599.

Mancini, Lelio, *Disquisitiones geniales et anniversariae iuris disputationes*, Patavii, Typis Pauli Frambotti bibliopolae, 1640.

Molina, Luis de, *De iustitia tomus secundus de contractibus*, Moguntiae, Ex Officina Typographica Balthasari Lippii, Sumptibus Arnoldi Mylii, 1602.

El Ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año 1348, cur. Asso y Del Río-Manuel y Rodríguez, Madrid, Por Joachim Ibarra, 1774.

Pérez, Diego, *Glosa* en *Orden. de Mont.*, 3.8.3, en: *Ordenanzas reales de Castilla, recopiladas, y compuestas por el doctor Alonso Díaz de Montalvo*, I, Madrid, En la Imprenta de Josef Doblado, 1779, pp. 598 a 611.

Sala y Bañul, Juan, *Vinnius castigatus atque ad usum tironum hispanorum accomodatus*, II, Valentiae Edetanorum, Ex praelo Josephi et Thomae de Orga, 1786.

Toschi, Domenico, *Practicae conclusiones iuris in omni Foro frequentiores*, II, Romae, Ex Typographia Stephani Paulini 1605.

Vinnen, Arnold, *In quatuor libros Institutionum imperialium commentarius*, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1712.

Autores modernos

Astuti, Guido, "*Contratto (dir. interm.)*", en: *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 759-784.

Beck Varela, Laura, *Literatura jurídica y censura. Fortuna de Vinnius en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Benedetti, Giuseppe, "*La categoria generale del contratto*", en *Rivista di diritto civile*, n. 37-parte I, Padova, 1991, pp. 649 a 687.

---

muy reciente reedición anastática de un libro 'viejo' (de 1955), pero 'no anticuado' y siempre digno de reflexión, como Gorla, Gino, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico*, Roma, RomaTre-Press, 2023, 2 vols.

Birocchi, Italo, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, Cuec editrice, 1988.

Birocchi, Italo, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna,* I. *Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997.

Birocchi, Italo-Mattone, Antonello (curr.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Atti del Convegno internazionale di Alghero, 4-6 novembre 2004, Roma, Viella, 2006.

Blanch Nougués, Juan Manuel y otros, *Estudios en torno al Tratado de los quebrados o fallidos (De conturbatoribus sive decoctoribus) de Benvenuto Stracca*, Madrid, Ed. Dykinson, 2023.

Calasso, Francesco, *Il negozio giuridico. Lezioni di Storia del diritto italiano*2, Milano, Giuffrè, 1967.

D'Amelio, Giuliana, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia con un'appendice sulla scuola di Napoli*, Milano, Giuffrè, 1972.

Dizionario biografico universale, III, Firenze, Davide Passigli tipografo-editore, 1844-45.

Esborraz, David Fabio, *Vicisitudes del contrato en la tradición jurídica romanística. Sus proyecciones en el derecho latinoamericano*, Bogotà, Universidad Externado de Colombia, 2020.

Gorla, Gino, *Il contratto. Corso di diritto privato svolto secondo il metodo comparativo e casistico*, Roma, RomaTre-Press, 2023, 2 vols.

Grossi, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, nuova ediz., Roma-Bari, Laterza, 2006.

Guzmán Brito, Alejandro, "La división de los contratos en Luis de Molina*"*, en: *Glossae. European Journal of Legal History*, n. 10, Murcia, 2013, pp. 204 a 214.

Macario, Francesco-Miletti, Marco Nicola (curr.), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, Giuffrè, 2006.

Massironi, Andrea, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Milano, Giuffrè, 2012.

Messineo, Francesco, "*Contratto (dir. priv.-teoria generale)"*, en: *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 784-979.

Peset Reig, Mariano, "*Derecho romano y derecho real en las universidades del siglo XVIII"*, en: *Anuario de Historia del derecho español*, n. 45, Madrid, 1975, pp. 273 a 339.

Petronio, Ugo, "*Spunti su consenso e contratto nei giuristi culti"*, en: *Legge, Giudici, Giuristi*. Atti del convegno Cagliari 18-21 maggio 1981, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 203-225.

Petronio, Ugo, "*Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*", en J. Barton (cur.), *Towards a General Law of Contract*, Berlin, Duncker u. Humblot, 1990, pp. 215 a 247.

Petrucci, Aldo, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. La disciplina generale del contratto*, Torino, Giappichelli, 2018.

Quaglioni, Diego, v. *Domenico da San Gimignano*, en: Birocchi, Italo y otros (editores), *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, I, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 774 y 775.

Santarelli, Umberto, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di Storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1990.

Santarelli, Umberto, *L'esperienza giuridica basso medievale. Lezioni introduttive*, Torino, Giappichelli, 1991.

Santarelli, Umberto, *Mercantes y sociedades entre mercantes*, trad. Jimena Silva Salgado, México, Escuela Libre de Derecho, 2010.

Soto Kloss, Eduardo, "El 'Arte de los contractos' de Bartolome de Albornoz, un jurista indiano del siglo XVI", en: *Revista chilena de historia del derecho*, n. 11, Santiago, 1985, pp. 163 a 185.

Volante, Raffaele, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano, Giuffrè, 2001.

LA COMPRAVENTA CON RESERVA DE DOMINIO EN MÉXICO*

Guillermo Loaiza Gómez**

RESUMEN: La reserva de dominio es una modalidad del contrato de compraventa, en la que el vendedor conserva la propiedad del bien hasta en tanto el comprador cumple con la obligación de pago, o cualquier otro término o condición pactado para que opere la transmisión de la misma. Esta figura es una forma de garantizar el cumplimiento del pago del precio cuando no es posible hacerlo de manera simultánea con la celebración del contrato y la entrega del bien. En el presente artículo, se analizan las principales reflexiones en torno a la interpretación de los artículos que regulan este acto jurídico, para estar en aptitud de conocer los diferentes escenarios ante el incumplimiento del contrato, así como para determinar los límites a la voluntad de las partes. Su normatividad es relativamente heterogénea en los códigos civiles de las entidades federativas de la República Mexicana, por lo que es conveniente destacar las principales particularidades. También se expondrán sus ventajas y desventajas con otro tipo de garantías como la hipoteca.

PALABRAS CLAVE: derecho civil, contratos, compraventa, reserva de dominio, pago en abonos.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINALES. III. DEFINICIÓN Y CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA. IV. EFECTOS CONTRA TERCEROS. V. EFECTOS ENTRE LAS PARTES. V.1. Primera regla: cuantificación de la responsabilidad civil. V.2. Segunda regla: prohibición de enajenar. V.3. Tercera regla: responsabilidad en la posesión del comprador. V.4. Reglas especiales. VI. NORMATIVIDAD EN EL ESTADO DE GUERRERO. VII. COMPARACIÓN RESPECTO DE LA HIPOTECA. VIII. CONCLUSIÓN. IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo general del presente ensayo es exponer un análisis sistemático del contrato de compraventa en su modalidad de reserva de dominio. Dentro del derecho civil, el estudio de este negocio jurídico resulta de relevancia debido a sus posibles ventajas en el tráfico de bienes, particularmente cuando por cualquier motivo se quiera diferir la transmisión de la propiedad. La razón por la que se decidió abordar esta figura se debe a que, a diferencia de otras, no existe mucha literatura que la desarrolle con profundidad en México. Aunado a lo anterior, la investigación constituyó un trabajo complejo,

---

* El presente artículo es producto de la participación del autor en la III Jornada Notarial Nacional con Perspectiva de Género, organizada por el Colegio Nacional del Notariado Mexicano y el Colegio de Notarios del Estado de Guerrero (9 de marzo de 2023).

** Candidato a doctor por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Maestro en Gestión Pública Aplicada por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey. Abogado por la Escuela Libre de Derecho.

derivado a su regulación heterogénea en los diferentes códigos del país y a su similitud práctica con otros conceptos como el contrato y derecho real de hipoteca.

El presente artículo se dividirá en siete apartados. En primer lugar, se expondrán los antecedentes históricos y doctrinales de la figura, para estar en condiciones de realizar una interpretación histórica y funcional de la misma. Después, se analizará el concepto de acuerdo con los principales autores que han estudiado su regulación en el Código Civil para el Distrito Federal (en adelante "CCDF"), esto incluirá el planteamiento de las interrogantes fundamentales y las diferentes posturas en la relación a las mismas. En tercer término, en dos incisos independientes, se analizarán los efectos obligacionales que se generan entre las partes y respecto a terceros ajenos al acto jurídico.

En el apartado siguiente se estudiará con detalle la legislación del estado de Guerrero, debido a que su regulación es la más disímil respecto de las demás entidades federativas. Posteriormente, se sinterizarán las ventajas y desventajas en relación con el contrato y derecho real de hipoteca, en donde se hará referencia a un viejo debate en la doctrina nacional. Por último, se presentarán algunas breves conclusiones y se agregarán, en forma de apéndices, los artículos relativos en el CCDF y su correlación con los de los otros estados de la república mexicana.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DOCTRINALES

A diferencia de otras figuras jurídicas del derecho civil, la compraventa con reserva de dominio no encuentra una aproximación ilustrativa en el derecho romano. Esto se debe a que la mayoría de la doctrina romanista coincide en que, por regla general, los compradores adquirían la propiedad hasta el pago completo del precio, de acuerdo con la interpretación del Corpus Iuris Civilis (Inst. II, 1, 41; Pomp. D. 18,1,19).[1]

La verdadera génesis se dio en la Edad Media mediante el desarrollo que hicieron los juristas de la época. Estos la entendieron como una cláusula expresa de la compraventa en la que, pese a la entrega de la posesión (*traditio*), se podía excluir el efecto traslativo de la propiedad. Lo anterior siempre y cuando mediara la entrega del título y un modo determinado para la transmisión del dominio. El antecedente más antiguo de la descripción doctrinal de esta figura, de acuerdo con la manera moderna de entenderla, fue la del jurista italiano del siglo XIV Baldo degli Ubaldi.[2]

Las Siete Partidas recogieron el desarrollo doctrinal de la reserva de dominio del derecho romano medieval. Si bien se sigue reconociendo que por regla general el pago

1 Kaser, Max, Knütel, Rolf, y Lohsee, Sebastian, *Derecho Privado Romano*, Traducción al español de Patricio Lazo González y Francisco Andrés Santos, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 436-437.

2 Rodríguez Rosado, Bruno, "La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles", en: *Anuario de Derecho Civil*, LXXIII-II, abril de 2020, p. 496., pp. 498-499.

del precio es un requisito para transmitir la propiedad, se aceptaron como excepciones la presentación de un fiador, la constitución de una garantía real o la concesión de un plazo. No obstante que la mención a la figura en comento no fue expresa, los comentaristas de este cuerpo normativo —Gregorio López, Antonio Gómez, Hevia Bolaños, entre otros— la estudiaron como un pacto de manera independiente.[3]

La codificación francesa del siglo XIX no hizo referencia a la reserva de dominio dentro del contrato de compraventa. Esto provocó que esta figura no fuera asimilada en la mayoría de las legislaciones en las que tuvo influencia, como lo fueron los códigos civiles de México de los años 1870 y 1884. Sin embargo, en el Código de Napoleón se abandonó la idea romana consistente en que el pago del precio era un requisito para trasmitir la propiedad.[4] Lo anterior permitió crear una laguna legal que haría posible, tiempo después, el desarrollo de la institución en comento.

En el derecho germánico, paralelamente, se construyó legal y doctrinalmente la reserva de dominio dentro del derecho civil. Primero, se desarrolló como un pacto denominado *Chursächsische Prozessordnung*, que consistía en una especie de garantía real.[5] La primera mención a dicha figura fue en la Ley Procesal de Sajonia de 1622.[6] Posteriormente, con la codificación se reguló de manera expresa en el §449 del *BGB* (Bürgerliches Gesetzbuch) o Código Civil de Alemania. Aun cuando el dispositivo fue reformado en el año 2002, por virtud de una legislación relativa a la modernización en materia obligaciones, este no sufrió una variación sustantiva.

El artículo antes señalado dispone que la reserva de dominio es un contrato que transmite la propiedad de un bien condicionado al pago del precio. Esta modalidad de la compraventa ha tenido un amplio desarrollo e implementación derivado de la facilidad de su celebración. Esto se debe, entre otros factores, a que en Alemania no existe un registro de bienes o garantías mobiliarias. Es necesario subrayar que el ámbito de aplicación de dicha figura se restringe únicamente a los bienes muebles, de acuerdo con la prohibición del §925 del *BGB* que proscribe su pacto respecto de inmuebles.[7]

La doctrina alemana contemporánea explica la compraventa con reserva de la propiedad como un "sometimiento de la transmisión dominical a una condición suspensiva (generalmente, el pago de la totalidad del precio)". Además, distingue esta modalidad de la condición suspensiva, debido a que lo que queda sujeto al cumplimiento de la condición no es la perfección del contrato, que implica la entrega del bien y el pago del precio, sino su consumación. En otras palabras, este convenio equivale a una compraventa pura y simple, en la que sólo queda condicionada la transmisión del dominio.

---

3 *Ibidem*, pp. 500-501
4 *Ibidem*, p. 501.
5 Rezzonico, Luis María, *Estudio de los contratos*, Tomo 1, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1967, p. 407.
6 Velasco Fabra, Guillermo, *La reserva de dominio simple en Alemania*, en: Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 7, diciembre de 2006, pp. 118 (nota 1).
7 Rodríguez Rosado, Bruno, *óp. cit.*, pp. 502-503.

Por otro lado, algunos autores si aceptan la posibilidad de que se pueda celebrar respecto de bienes inmuebles, pero señalan que es menos frecuente debido a que, como mecanismo de garantía, es más eficiente la constitución de una hipoteca.[8]

La doctrina española ha estudiado la reserva de dominio como un pacto (*pactum reservati dominii*) dentro del contrato de compraventa, por medio del cual el vendedor continúa siendo dueño del bien, aun después de la entrega, hasta "cierto momento o suceso". A diferencia de una compraventa regular, la entrega no transmite el dominio, sino que esto sucede de manera automática cuando "llega el momento o acontece el suceso hasta el que se estableció la reserva", sin que sea necesario el desplazamiento posesorio.[9] Esta definición, aun cuando es ilustrativa, no resulta aplicable completamente a la legislación mexicana, debido a que la transmisión de la propiedad no está supeditada a la entrega o tradición, sino al perfeccionamiento del contrato.[10]

La doctrina italiana (con fuerte influencia alemana) opina que la compraventa con reserva de dominio tiene las siguientes funciones económicas:

> a) Facilita la venta a favor de aquellos que (de ordinario, por escasez de medios) no están en situación de pagar "al contado". Tal tipo de venta permite atribuir la posesión inmediata de la cosa, también el inmediato goce de ella. b) Mediante el goce, la cosa vendida, si es cosa fructífera, produce rédito inmediato al comprador y lo pone en situación de pagar las cuotas del precio, de la manera que, en cierto modo, la cosa se paga, aunque sea lentamente, por sí misma, o sea, con el producto de su utilización (piénsese, de modo particular, en el caso de las máquinas). e) La venta con reserva de propiedad permite el comprador obtener uno de los atributos normales de la propiedad (el goce), aun sí que haya pagado (o pagado enteramente) el precio de la cosa, mientras que, con la reserva de propiedad, que funciona como condición suspensiva, queda en el vendedor el poder de disponer, o sea, el otro atributo de la propiedad, aun cuando de tal poder no pueda valerse sino cuando el comprador sea reiteradamente incumpliente. d) Al mismo tiempo, la reserva de propiedad hace de garantía (impropia) para el vendedor, en una situación en que, no siendo posible recurrir a la publicidad de la venta y tampoco a la hipoteca mobiliaria, el vendedor estaría expuesto a los peligros de la enajenación, por parte del comprador, a terceros de buena fe. La reserva de la propiedad ocupa el lugar, prácticamente, del pacto comisario (que está prohibido), aunque difiera de él jurídicamente.[11]

---

8 Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martín, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Tomo II*, traducción de Blas Péres Gonzáles y José Alguer, 39ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1994, pp. 184-185.

9 Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 11ª ed., Madrid, Edisofer, S. L., 2010, pp. 547-548.

10 *Vid*. Artículo 2014 del Código Civil para el Distrito Federal: "En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes, por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición ya sea natural, ya sea simbólica; debiendo tenerse en cuenta las disposiciones relativas del Registro Público."

11 Messineo, Franceso, *Manual de Derecho civil y comercial*, Tomo V, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971, p. 83.

III. DEFINICIÓN Y CONCEPTO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

En el derecho mexicano, el contrato de compraventa con la modalidad de reserva de dominio tiene lugar cuando la transmisión de los derechos reales, se sujetan a la condición suspensiva de que el comprador pague el precio.[12] Esta definición es compartida por varios doctrinarios en relación con el primer párrafo del artículo 2312 del CCDF, que establece lo siguiente:

> **ARTÍCULO 2312**.—Puede pactarse válidamente que el vendedor se reserve la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio haya sido pagado.

De la redacción transcrita se desprende que la reserva de dominio está vinculada al cumplimiento de la obligación de pagar el precio, no obstante, surge el cuestionamiento de sí esta reserva puede quedar sujeta a una condición distinta o a un término. Autores como Rojina Villegas, Domínguez Martínez y Zamora y Valencia opinan que esto es posible, mediante el ejercicio de un derecho, el cumplimiento de otra obligación (distinta al pago) o por una situación ajena a la voluntad de las partes. Por ejemplo, hasta pagar cierto porcentaje del precio, tomar posesión material, garantizar el pago, fallecimiento o nacimiento de una persona, entre otras.[13]

La discusión respecto de si es posible admitir otra condición distinta al pago en una reserva de dominio es intrascendente en los estados de Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala y Zacatecas. Esto se debe a que en los códigos civiles de dichas entidades federativas se prevé expresamente tal posibilidad. Lo anterior ayuda a evitar el problema interpretativo expuesto en el párrafo que antecede. Además, otorga mayor seguridad jurídica en las operaciones de tráfico de bienes en las que sea necesario disociar el efecto traslativo de la propiedad del perfeccionamiento del contrato.[14]

Si se admite la posibilidad que la reserva de dominio pueda convenirse respecto de situaciones diferentes al pago, es necesario determinar si el momento de la transmisión se realiza al verificarse la condición o cumplirse el término. En ese sentido, Domínguez Martínez opina que los efectos se retrotraen a la celebración del contrato de

---

12 Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *De los Contratos Civiles*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 73. Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 14ª ed., México, Editorial Porrúa, 2021, p. 120.

13 Domínguez Martínez, José Alfredo, *Derecho Civil. Contratos*, 6ª ed., México, Editorial Porrúa, 2018, p. 288. Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil IV. Contratos*, 33ª ed., México, Editorial Porrúa, 2018, p. 156. Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *óp. cit.*, p. 121.

14 *Cfr.* Artículo 2569 del Código Civil para el Estado de Sonora (última reforma publicada el 14 de mayo de 2021). Artículo 2582 del Código Civil para el Estado de Tabasco (última reforma publicada el 26 de octubre de 2022). Artículo 1647 del Código Civil para el Estado de Tamaulipas (última reforma publicada el 2 de febrero de 2023). Artículo 1929 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala (última reforma publicada el 25 de abril de 2022). Artículo 1661 del Código Civil del Estado de Zacatecas (última reforma publicada el 27 de agosto de 2022).

compraventa.[15] Esta situación es una cuestión fundamental, puesto que sus principales consecuencias serían dilucidar a quien le corresponde el derecho de accesión, la teoría de los riesgos y el régimen de los tesoros.

Para efectos fiscales en este tipo de compraventas se considera que hay enajenación y, por lo tanto, surgirán todas las consecuencias tributarias (artículo 14, fracción I, del Código Fiscal de la Federación).[16] Dentro de las principales, se genera la obligación de la declaración y pago del impuesto sobre la renta (por enajenación o adquisición de inmuebles) el especial sobre producción y servicios (IEPS) y sobre automóviles nuevos (ISAN).[17] Del mismo modo, por regla general se actualiza el impuesto local de adquisición o traslado de inmuebles, aun cuando cada entidad federativa tiene competencia para regularlo de manera distinta.[18] La Ley del Impuesto al Valor Agregado tiene un regulación diferente, toda vez que el tributo normado por esta se rige por el principio de flujo de efectivo. Por esta razón, será hasta que efectivamente se paguen las contraprestaciones que se cause el mismo.[19]

IV. EFECTOS CONTRA TERCEROS

Respecto de los derechos que tienen los terceros en relación con el contrato en análisis, el artículo 2312 del CCDF, en su párrafo segundo, remite la regulación de la compraventa en abonos, de la siguiente manera:

> **ARTÍCULO 2312:** […] Cuando los bienes vendidos son de los mencionados en las fracciones I y II del artículo 2310, el pacto de que se trata produce efectos contra tercero, si se inscribe en el Registro Público; cuando los bienes son de la clase a que se refiere la fracción III del artículo que se acaba de citar, se aplicará lo dispuesto en esa fracción.

Para comprender la remisión señalada, es necesario definir la compraventa en abonos, como la modalidad que tiene lugar cuando el pago del precio debe realizarse en dos o más exhibiciones diferidas en el tiempo.[20] La regulación a la que se remite está contenida en el artículo 2310, que a continuación se trascribe:

> (REFORMADO, D.O.F. 3 DE ENERO DE 1979)
>
> **ARTÍCULO 2310.**—La venta que se haga facultando al comprador para que pague el precio en abonos, se sujetará a las reglas siguientes:

15 Domínguez Martínez, José Alfredo, *óp. cit.*, 6ª ed., p. 289.
16 *Cfr.* Con el texto vigente cuya última reforma fue el 12 de noviembre de 2021.
17 *Vid.* Ley del Impuesto sobre la Renta, Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, y Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos. Todos de acuerdo con su última reforma publicada 12 de noviembre de 2021.
18 Por ejemplo, el artículo 120, fracción V, del Código Fiscal de la Ciudad de México (27 de diciembre de 2022).
19 *Cfr.* Artículo 11 de la Ley del Impuesto al Valor Agregado (última reforma 12 de noviembre de 2021).
20 Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *óp. cit.*, p. 70

(REFORMADA, G.O. 23 DE JULIO DE 2012)

I. Si la venta es de bienes inmuebles, puede pactarse que la falta de pago de uno o varios abonos ocasionará la rescisión del contrato. La rescisión producirá efectos contra tercero que hubiere adquirido los bienes de que se trata o cualquier derecho real, inclusive de garantía, siempre que la cláusula rescisoria se haya inscrito en el Registro Público;

(REFORMADA, G.O. 23 DE JULIO DE 2012)

II. Si se trata de bienes muebles que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable, y el comprador fuere una persona moral, podrá también pactarse la cláusula rescisoria de que habla la fracción anterior, que surtirá efectos contra terceros si se inscribió en el Registro Público en el folio de dicha persona moral. Si el comprador fuere persona física, se estará a lo dispuesto en la siguiente fracción.

III. Si se trata de bienes muebles que no sean susceptibles de identificarse, los contratantes podrán pactar la rescisión de la venta por falta de pago del precio, pero esa cláusula no producirá efectos contra tercero de buena fe que hubiere adquirido los bienes a que esta fracción se refiere.

De la interpretación de los artículos mencionados se desprende que para que la compraventa con reserva de dominio surta efectos contra terceros es necesario, primero, que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que se trate de bienes inmuebles; o (ii) que sean bienes muebles susceptibles de identificarse de manera indubitable y que el comprador sea una persona moral. En ese sentido, de actualizarse los supuestos señalados, se deberá inscribir la cláusula de reserva de dominio en el Registro Público de la Propiedad, ya sea en el folio real del inmueble o en el de la persona moral adquirente, respectivamente.

Por lo que hace a los bienes muebles diferentes a los mencionados —que no sean susceptibles de identificarse indubitablemente o que el comprador sea persona física— no se producirán efectos contra terceros de buena fe. Aunado a esto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 6/2011, resolvió que si un tercero tuvo conocimiento de la reserva de dominio de manera fehaciente e indubitable, ésta le será oponible, aun cuando no haya estado inscrita la cláusula relativa.[21] Esta interpretación

21 "RESERVA DE DOMINIO. ES OPONIBLE A UN TERCERO DE MALA FE AUNQUE EL CONTRATO EN QUE SE PACTE NO ESTÉ INSCRITO EN EL REGISTRO PÚBLICO DE LA PROPIEDAD, SI PUEDE PROBARSE FEHACIENTE E INDUBITABLEMENTE QUE AQUÉL SABÍA QUE EL INMUEBLE MATERIA DE LA CONTROVERSIA ESTABA SUJETO A ELLA. La cláusula de reserva de dominio, por regla general, no puede oponerse contra terceros si el contrato de compraventa en el que se pacta no está inscrito en el Registro Público de la Propiedad. Sin embargo, si un tercero alega la falta de inscripción de la reserva de dominio para beneficiarse de ésta y puede probarse fehaciente e indubitablemente que tuvo conocimiento que el dominio del inmueble materia de la controversia estaba reservado mediante esta figura jurídica, haciendo presumible su mala fe, aquélla le es oponible, pues el propósito publicitario del registro fue cumplido y probado por un instrumento jurídico diverso. Contradicción de tesis 243/2010. Entre las sustentadas por el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito. 1o. de diciembre de 2010. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretaria: Luisa Reyes

también se deriva de la mala fe del adquirente, de la cual no se podría aprovechar en perjuicio de la buena fe de las otras partes.[22]

Las consecuencias de las disposiciones en análisis también se desprenden del artículo 1950 del CCDF. Esta norma establece que la resolución del contrato fundada en la falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles, u otro derecho real sobre los mismos, no surtirá efectos contra terceros de buena fe si no se ha estipulado expresamente y se ha inscrito en el Registro Público de la Propiedad. Por lo que hace a los bienes muebles, el artículo 1951 señala que no tendrá lugar la rescisión, salvo lo previsto para las ventas en las que se faculte al comprador a pagar el precio en abonos.[23]

Es pertinente señalar que la regulación transcrita deriva de una reforma publicada en la Gaceta Oficial el 23 de julio de 2012, lo que ocasiona que exista una normatividad heterogénea en varias entidades federativas. En los estados que tienen un artículo coincidente con el texto previo al reformado, los bienes inmuebles siguen la misma directriz, salvo por la especificación que los efectos también comprenden otros derechos reales, incluidos los de garantía. Aunque se pudiera argumentar que dichos derechos son accesorios y, de todas formas, seguirían la suerte del derecho principal de propiedad.

Respecto de los bienes muebles, si bien es indispensable que sea posible identificarlos de manera indubitable, en muchas de las entidades no se mandata que el comprador deba de ser persona moral ni que se deben inscribir en su folio. Esta situación suscita la duda de dónde y cómo se inscribirían dichos actos. Algunos estados, como Guerrero y Colima, subsanan dicha cuestión al regular un registro mobiliario.[24] Por el contrario, en la mayoría de los demás códigos locales nada se establece sobre el particular, lo que ocasiona una laguna legal y una imposibilidad práctica de realizar el mencionado registro.

Otro problema radica en la movilidad de los bienes muebles, sumado a la ausencia de un sistema de registro único, como el que existe en materia de testamento o poderes.

Retana Esponda. Tesis de jurisprudencia 6/2011. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecinueve de enero de dos mil once.

22 *Cfr*. Artículo 2106 del Código Civil para el Distrito Federal: "La responsabilidad procedente de dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de hacerla efectiva es nula."

23 En opinión de Rico, Garza y Cohen la *ratio iuris* de este artículo es proteger a los terceros adquirentes de buena fe. Para su debida interpretación debe analizarse su antecedente directo, consistente en el artículo 1353 del Código Civil de 1884, que excluía expresamente de la acción de rescisión a los terceros de buena fe. Por esta razón, concluyen los autores que debe interpretarse de esa misma forma el texto actual. *Vid*. Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, y Cohen Chicurel, Mischel, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 2022, pp. 881-882.

24 *Cfr*. Artículo 2201 del Código Civil para el Estado de Colima (última reforma publicada el 11 de marzo de 2023) y artículo 2917 y 2918 Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Guerrero (última reforma publicada el 3 de marzo de 2023).

Esto ocasiona el inconveniente de tener que revisar la totalidad de los Registros Públicos de la Propiedad para poder saber si fueron objeto de la modalidad de compraventa en comento. Tal vez por esta situación, en Campeche se prohibió la inscripción de la cláusula de reserva de dominio en todos los bienes de esta clase.[25] Por otro lado, en el Estado de México se limita su inscripción a aquellos cuyo valor exceda quinientas veces la Unidad de Medida y Actualización.[26]

La regulación en Puebla merece una mención en particular, pues no cuenta con una norma correlativa al segundo párrafo del artículo 2312 (ni al 2310) del CCDF. Esto ocasiona un vacío legal respecto de la obligación de inscribir las cláusulas de reserva de dominio en el Registro Público de la Propiedad. Si bien la protección de los derechos de terceros de buena fe se regula de manera general para el caso de cualquier enajenación (de muebles e inmuebles), no está claro como funcionaría en el supuesto específico de la reserva de dominio.[27]

V. EFECTOS ENTRE LAS PARTES

Por lo que hace a los efectos que genera el contrato entre las partes, los artículos 2313, 2314 y 2315 del CCDF establecen tres reglas. Primero, que en caso de incumplimiento se aplicará el régimen de responsabilidad civil de la compraventa en abonos. Segundo, se impide la venta hasta en tanto se venza el plazo para cumplir la obligación de pago. Tercero, en el supuesto que el comprador reciba la posesión del bien tendrá las responsabilidades de un arrendatario. A continuación se detallarán cada uno de estos aspectos.

V.1. Primera regla: cuantificación de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil en caso de incumplimiento es descrita de forma casuística por el artículo 2314 de la siguiente manera:

> **ARTÍCULO 2314.**—Si el vendedor recoge la cosa vendida porque no le haya sido pagado su precio, se aplicará lo que dispone el artículo 2311.

La norma transcrita hace alusión, de manera errónea, a "recoger" el bien cuando no haya sido pagado el precio. No obstante, se considera que esta remisión aplica a todos los incumplimientos respecto de las obligaciones principales del negocio jurídico, por cualquiera de las partes. Esto debido a que nos encontramos en la presencia de un

25 *Cfr*. Artículo 2209 del Código Civil del Estado de Campeche (última reforma publicada el 28 de febrero de 2023).

26 *Cfr*. Artículo 7.592 del Código Civil del Estado de México (última reforma publicada el 10 de marzo de 2023).

27 *Cfr*. Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla (última reforma publicada el 8 de marzo de 2023).

contrato sinalagmático con obligaciones interdependientes. En ese orden de ideas, el artículo 2311 se refiere a la responsabilidad que tienen las partes en la compraventa en abonos. Para pronta referencia se transcribe el dispositivo mencionado:

> **ARTÍCULO 2311.**—Si se rescinde la venta, el vendedor y el comprador deben restituirse las prestaciones que se hubieren hecho; pero el vendedor que hubiere entregado la cosa vendida, puede exigir del comprador, por el uso de ella, el pago de un alquiler o renta que fijarán peritos, y una indemnización, también fijada por peritos, por el deterioro que haya sufrido la cosa.
>
> El comprador que haya pagado parte del precio, tiene derecho a los intereses legales de la cantidad que entregó.
>
> Las convenciones que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas, serán nulas.

La norma citada constituye una manera específica de determinar la responsabilidad civil en caso del incumplimiento de las obligaciones por cualquiera de las partes. En el supuesto que se haya entregado la posesión del bien, además de la restitución, el vendedor tiene derecho a una indemnización por deterioro y al pago de una renta o alquiler.[28] En el escenario de que se hubiere pagado parte o la totalidad del precio, se debe restituir el mismo y adicionarse el interés legal, que en términos del artículo 2395 del CCDF será del 9 % anual.

Si estas normas se derogaran, se obtendría un resultado similar al aplicar la Teoría General de las Obligaciones, en cuanto a la obligación del deudor de indemnizar por daños y perjuicios a su acreedor.[29] Sin embargo, la parte fundamental de esta regulación consiste en que no admite pacto en contrario en perjuicio del comprador. En otras palabras, no es posible pactar obligaciones más onerosas para la parte que el legislador consideró conveniente proteger. Por ejemplo, no es válido estipular un interés menor al legal o la perdida de los pagos realizados, pero si lo sería renunciar al pago de renta o a la indemnización por deterioro.

En la Ciudad de México —y en la mayoría de los códigos civiles de las demás entidades federativas— la renta y la indemnización por deterioro se fija por medio de peritos. Lo que genera el cuestionamiento de si es posible cuantificar *ex ante* dichas cantidades para evitar acudir a un peritaje *a posteriori*. En la doctrina, Sánchez Medal opina que no es válido fijar previamente el valor de la renta y la indemnización por deterioro.[30] Por el contrario, Pérez Fernández del Castillo considera que si es posible precuanti-

---

28 Código Civil de 1884 distinguía entre renta y alquiler, pues la primera hacía referencia a bienes inmuebles y la segunda a muebles. Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *óp. cit.*, p. 74.

29 *Vid*. Artículos 2108 y 2109 del Código Civil para el Distrito Federal. "Artículo 2108.—Se entiende por daño la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. Artículo 2109.—Se reputa perjuicio la privación de cualquiera ganancia lícita, que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación."

30 Sánchez Medal, Ramón, De los Contratos Civiles, 24ª ed., México, Editorial Porrúa, 2010, p. 199.

ficar la renta por ser objetiva; mientras que el deterioro no lo es, e inclusive puede existir una plusvalía.[31] Una solución práctica pudiera ser el convenir quienes serán los peritos desde el contrato de compraventa o establecer el derecho de elegirlos en favor de alguna de las partes.

Algunas entidades regulan esta primera regla de manera distinta. En Coahuila se admite expresamente el pacto anticipado de la renta o alquiler.[32] En Michoacán también es posible prefijar la misma, pero con un tope objetivo del nueve por ciento anual (que coincide con el interés legal).[33] En Chihuahua es válido convenir la indemnización por renta y deterioro, siempre que sea con posterioridad a la rescisión.[34] En Morelos y Sonora se establece que será nulo el convenio que establezca la perdida de los pagos efectuados, cuando se pretenda pactar por concepto de dichas indemnizaciones. Además, su legislación permite estipular el pago de las mismas después de la rescisión, para evitar la fijación a través de peritos.[35]

Por lo que hace a Tlaxcala y Zacatecas, sus códigos también prohíben que la estimación pericial se realice de manera previa a la rescisión del contrato. Por el contrario, si ésta se realiza con posterioridad a la misma, se requerirá de una autorización judicial en donde se deberá de proteger a la "parte contratante social, económica o culturalmente débil".[36] Dicha disposición implica la compleja tarea de determinar cuál parte debe ser consideraba como débil, particularmente en aquellos casos en donde esta situación no sea tan evidente. No obstante, se deja abierta la interpretación a que el juzgador determine que ninguna de las partes se encuentra en desventaja y, por lo tanto, se les dé un trato equitativo.

Respecto de la devolución del precio pagado, en Nuevo León y Guanajuato, el comprador tiene el derecho a cobrar los intereses a la misma tasa que se pactó en la compraventa (no necesariamente con el interés legal).[37] Igual solución se observa en Chi-

---

31 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos civiles*, 17ª ed., México, Editorial Porrúa, 2021, p. 139.

32 *Cfr*. Artículo 2714, párrafo segundo, del Código Civil para el Estado de Coahuila (última reforma 3 de agosto de 2021).

33 *Cfr*. Artículo 1476 del Código Civil para el Estado de Michoacán de Ocampo (última reforma 26 de septiembre de 2022).

34 *Cfr*. Artículos 2207 y 2209 del Código Civil del Estado de Chihuahua (última reforma 25 de junio de 2022).

35 *Cfr*. Artículo 1797 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Morelos (última reforma publicada el 8 de marzo de 2017). Artículos 2564 y 2565 del Código Civil para el Estado de Sonora (última reforma publicada el 14 de mayo de 2021).

36 *Cfr*. Artículos 1924 y 1925 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala (última reforma publicada el 25 de abril de 2022). Artículos 1656 y 1657 del Código Civil del Estado de Zacatecas (última reforma publicada el 27 de agosto de 2022). Artículos 2577 y 2578 del Código Civil para el Estado de Tabasco (última reforma publicada el 26 de octubre de 2022).

37 *Cfr*. Artículo 2205 del Código Civil para el Estado de Nuevo León (última reforma publicada el 10 de marzo de 2023). Artículo 1809 del Código Civil para el Estado de Guanajuato (última reforma 8 de diciembre de 2022).

huahua, con la diferencia en que se aclara que en el caso en que no se haya pactado tasa de interés, se pagaría la legal. [38] Estas disposiciones buscan tutelar a la parte compradora, pues parten del supuesto que el interés comercial siempre será superior al legal. Ahora bien, esto pudiera provocar que los vendedores pacten una contraprestación mayor para indexar los intereses en el pago del capital.

El Estado de México es la única entidad federativa cuya legislación no contiene la remisión al régimen de responsabilidad civil de la compraventa en abonos. Esto permite que la voluntad de las partes diseñe los derechos y obligaciones en un plano de igualdad contractual y, en ausencia de la misma, se aplicaría el régimen general de responsabilidad civil por incumplimiento de contrato.[39] Por el contrario, Chihuahua llega al extremo de señalar que no sólo serán nulas las obligaciones que sean más onerosas para el comprador, sino que su nulidad se debe decretar de oficio por la autoridad judicial.[40]

V.2. Segunda regla: prohibición de enajenar

La segunda regla aplicable a las partes en la compraventa con reserva de dominio consiste en la prohibición de enajenar hasta en tanto no se venza el plazo para pagar. En este punto es necesario recordar que en la Ciudad de México se regula esta modalidad de la compraventa sujeta al cumplimiento de la obligación de pago por parte del comprador. Aunque, como se dijo con antelación, un sector significativo de la doctrina opina que es posible sujetar la transmisión de la propiedad a un término o condición diferente. Para pronta referencia se transcribe el artículo 2313 del CCDF:

> (REFORMADO, D.O.F. 3 DE ENERO DE 1979)
>
> **ARTÍCULO 2313.**—El vendedor a que se refiere el artículo anterior, mientras no se venza el plazo para pagar el precio, no podrá enajenar la cosa vendida con reserva de propiedad. Esta limitación de dominio se anotará en la parte correspondiente.

Cabe preguntarse si vencido el plazo de pago (u otra condición o término), ¿es posible enajenar?, o ¿se requiere de la rescisión del contrato? Esto debido a que el artículo transcrito —y sus correlativos en otros estados— sólo hace referencia a la prohibición de no vender durante dicho periodo de tiempo, más no señalan que sucede con posterioridad al vencimiento. De contestarse en sentido afirmativo la primera pregunta, el acreedor/vendedor podría enajenar válidamente a un tercero el bien, el que a su vez tendría interés jurídico en la anulación de la inscripción de la reserva y en recuperar la posesión (en su caso). En Guerrero y Quintana Roo se regula de una manera menos

38 *Cfr*. Artículos 2207 y 2209 del Código Civil del Estado de Chihuahua (última reforma 25 de junio de 2022).
39 *Cfr*. Código Civil del Estado de México (última reforma 10 de marzo de 2023).
40 *Cfr*. Artículo 2208 del Código Civil del Estado de Chihuahua (última reforma 25 de junio de 2022).

ambigua, toda vez que se señala que la prohibición de la venta subsiste hasta en tanto no se rescinda el acto jurídico.[41]

También surge la duda de si durante el plazo para pagar las partes están facultadas para enajenar el bien objeto del contrato. En opinión de Rico y Garza, si es posible, pero requeriría de la comparecencia tanto del comprador como del vendedor en el acto jurídico.[42] Puebla es el único estado que establece una solución expresa a este supuesto, al disponer que la parte compradora está facultada para transmitir los derechos personales que se generaron en la compraventa con reserva de dominio, más no los derechos reales sobre el bien.[43]

Otro cuestionamiento consiste en interpretar que sucede cuando prescriben las acciones del vendedor para demandar el cumplimiento forzoso o la rescisión. Esta situación haría imposible la ejecución judicial del pago y quedaría únicamente la buena voluntad del deudor para su cumplimiento espontáneo.[44] La tesis aislada (V Región)2o.8 C (10a.), emitida por el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, señaló que la prescripción de la acción no es causa suficiente para la transmisión de la propiedad. [45] Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 58/2010, resolvió que el contrato de compraventa con

---

41 *Cfr*. Artículo 2243 del Código Civil del Estado Libre y Soberano de Guerrero (última reforma 30 de febrero de 2022). Artículo 2594 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo (última reforma publicada el 12 de septiembre de 2022).

42 Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *óp. cit.*, p. 74.

43 *Cfr*. Artículo 2180, fracción IV, del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla (última reforma el 8 de marzo de 2023).

44 El cual recordemos no tiene el derecho a devolución por tratarse de una obligación natural. *Vid*. Artículo 1060: "El que ha pagado una deuda prescrita o para cumplir un deber moral, no tiene derecho de repetir". Rico señala que ni tiene derecho a repetir, pues subsiste la obligación natural. *Cfr*. Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio, y Cohen Chicurel, Mischel, *óp. cit.*, pp. 1370-1376

45 "COMPRAVENTA CON RESERVA DE DOMINIO. LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DEL PAGO AL QUE ESTABA SUJETA AQUÉLLA, NO TIENE EL ALCANCE DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD NI LIBERA EL DOMINIO AL COMPRADOR. Cuando en un contrato de compraventa se pacta la reserva de dominio del bien inmueble, supeditada al cumplimiento de un pago posterior del comprador, la propiedad permanece en el vendedor y el único medio para que aquélla se transmita al nuevo adquirente, es justamente cubriendo ese adeudo, lo que no puede equipararse a la prescripción extintiva de la obligación del pago a la que estaba sujeta esa reserva de dominio, pues la consecuencia que ésta produce es que el vendedor ya no podrá ejercer el derecho a su cobro coactivo, pero no hace las veces de pago ni tiene el alcance de hacer que se transmita la propiedad o dominio al comprador, ya que éstos permanecen intactos en favor del vendedor y solamente los puede perder por usucapión legalmente declarada. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA QUINTA REGIÓN. Amparo directo 1175/2014 (cuaderno auxiliar 701/2014) del índice del Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Quinto Circuito, con apoyo del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en Culiacán, Sinaloa. Claudia Guadalupe Wilson Quiroga. 6 de noviembre de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Uriel Torres Hernández. Secretario: Amaury Cárdenas Espinoza."

reserva de dominio constituye un justo título para acreditar la posesión con carácter de propietario a fin de ejercer la prescripción positiva (usucapión). [46]

V.3. Tercera regla: responsabilidad en la posesión del comprador

La última disposición relativa a los efectos entre las partes del negocio jurídico en comento consiste en que el comprador, cuando reciba la posesión del bien, tendrá la responsabilidad del arrendatario; de acuerdo con el siguiente artículo:

> (F. DE E., D.O.F. 21 DE DICIEMBRE DE 1928)
>
> **ARTÍCULO 2315.**—En la venta de que habla el artículo 2312, mientras que no pasa la propiedad de la cosa vendida al comprador, si éste recibe la cosa será considerado como arrendatario de la misma.

La primera cuestión por interpretar es respecto de si es posible pactar una responsabilidad diferente para el arrendador. Vargas y Oliveros señalan que este convenio no es permitido por constituir una obligación más gravosa al comprador. Por lo tanto, el comprador/arrendatario sólo será responsable en caso de incendio en los términos del artículo 2435 y siguientes del CCDF.[47] En sentido opuesto, Rojina Villegas considera factible el pacto en contrario y, por ende, establecer un régimen de responsabilidades distinto.[48]

---

46 COMPRAVENTA CON RESERVA DE DOMINIO. EL CONTRATO RELATIVO CONSTITUYE JUSTO TÍTULO PARA ACREDITAR LA POSESIÓN CON CARÁCTER DE PROPIETARIO PARA EJERCER LA ACCIÓN DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. El contrato de compraventa con reserva de dominio previsto en el artículo 2,312 del Código Civil para el Distrito Federal, constituye justo título para ejercer la acción de prescripción adquisitiva, toda vez que el comprador posee en concepto de dueño o propietario, y su posesión es originaria y no derivada. El hecho de que el vendedor se reserve el dominio del inmueble, en el contrato no desvirtúa su naturaleza, es por esto que se considera suficiente para que el comprador ejerza su posesión con carácter de propietario, ya que claramente tiene la intención de poseer la cosa a título de dueño. No obsta a lo anterior que el artículo 2,315 del mismo ordenamiento establezca que mientras no se transmita la propiedad de la cosa vendida al comprador, éste será considerado arrendatario, para el efecto de que pague las rentas correspondientes, ya que esto únicamente opera para proteger al vendedor en caso de que se rescinda el contrato. Contradicción de tesis 5/2010. Entre las sustentadas por el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Octavo Circuito. 23 de junio de 2010. Mayoría de tres votos. Disidentes: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza. Tesis de jurisprudencia 58/2010. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha siete de julio de dos mil diez.

47 Oliveros Lara, Manuel E., y Vargas Navarro, Ricardo, "Tópicos de la compraventa", en: Ademe López, Ángel Gilberto (coord.): *Homenaje a Miguel Ángel Zamora y Valencia*, México, Colegio de Profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho-UNAM, pp. 153-178, 2017, p. 175. La responsabilidad en caso de incendio procede por regla general. Las excepciones son: (i) caso fortuito o fuerza mayor, (ii) vicios de construcción, (iii) que acredite que el incendio se comunicó de otra parte y que se tomaron las medidas necesarias para que no se propagaran, y (iv) que haya sido provocado por dolo de otro arrendatario. *Cfr.* Artículos 2435 a 2439 del Código Civil para el Distrito Federal.

48 Rojina Villegas, Rafael, *óp. cit.*, p. 158.

Otra problemática interpretativa consiste en determinar si es válida la cláusula que estipule que el comprador perderá todo lo pagado en caso de incumplimiento de la contraprestación total. Además, si se le considera como arrendatario, ¿sería válido pactar el pago de una renta?

Resulta necesario citar los antecedentes de la regulación de la compraventa en abonos —a la que remite la modalidad de reserva de dominio— detallados por Lozano Noriega. Dicho autor señala que el CCDF introdujo su reglamentación en 1928 para proteger a los compradores de las cláusulas de caducidad (pérdida de los pagos ya realizados) y de vencimiento (privación del beneficio del plazo).[49] En la doctrina contemporánea, Pérez Fernández del Castillo opina que son inválidas dichas penas convencionales,[50] mientras que Rojina Villegas argumenta que serían lícitas si se pactan como rentas, siempre que se atienda a la buena fe, equidad y en función de la proporcionalidad en las cantidades.[51]

Existen algunos códigos que establecen un régimen diferente al del arrendatario. Por ejemplo, en Chihuahua se permite pactar en contra de esta responsabilidad.[52] En Quintana Roo, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala y Zacatecas también se admite que las partes convengan el régimen por el que el comprador use y goce el bien. En estos estados, si nada se conviene, se le considerará como depositario facultado para usar los bienes según su naturaleza y sin retribución alguna.[53]

Puebla es la única entidad federativa en donde no se estableció expresamente el régimen obligatorio o supletorio del comprador con reserva de dominio, lo que conlleva una interpretación de su marco de responsabilidades. En el Estado de México se establece que el régimen legal del comprador no será de arrendatario, sino de poseedor derivado frente al vendedor. Sin embargo, se le otorgan las mismas facultades que le corresponden a este último respecto del bien materia del contrato.[54]

V.4. Reglas especiales

No se debe perder de vista que, la mayoría de las veces, la reserva de dominio está ligada con la modalidad de compraventa en abonos. Al respecto, es relevante correla-

---

49 Lozano Noriega, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos*, 6ª ed., México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2001, p. 146

50 Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *óp. cit.*, p. 140.

51 Rojina Villegas, Rafael, *óp. cit.*, pp. 159-160.

52 *Cfr.* Artículo 2213 del Código Civil del Estado de Chihuahua (última reforma 25 de junio de 2022).

53 *Cfr.* Artículo 2571 del Código Civil para el Estado de Sonora (última reforma publicada el 14 de mayo de 2021). Artículo 1648 del Código Civil para el Estado de Tamaulipas (última reforma publicada el 2 de febrero de 2023). Artículo 1931 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala (última reforma publicada el 25 de abril de 2022). Artículo 1663 del Código Civil del Estado de Zacatecas (última reforma publicada el 27 de agosto de 2022). Artículo 2584 del Código Civil para el Estado de Tabasco (última reforma publicada el 26 de octubre de 2022). Cfr. Artículo 2594 del Código Civil para el Estado de Quintana Roo (última reforma publicada el 12 de septiembre de 2022).

54 *Cfr.* Artículo 7.596, del Código Civil del Estado de México (última reforma 10 de marzo de 2023).

cionar dichas figuras con la Ley Federal de Protección al Consumidor. En los artículos 2º, fracción II, y 73, se establece que el ámbito de aplicación de dicha ley está dirigido a las personas físicas y morales que habitual o periódicamente vendan bienes, y sean fraccionadores, constructores, promotores o demás personas que intervengan en la asesoría y venta al público de viviendas destinadas a casa habitación.[55]

Las obligaciones previstas en dicha legislación consisten en el registro de los contratos ante la Procuraduría Federal del Consumidor, los cuales deben cumplir con ciertas formalidades, la puesta a disposición de los compradores de determinada información y documentación, y un régimen especial de responsabilidad civil por defectos y vicios ocultos.[56] Por lo que hace al supuesto de rescisión, la ley replica la obligación de restitución recíproca de prestaciones, así como el pago de renta o alquiler por el uso y la indemnización por deterioro de parte del comprador (sin que se establezca como, cuando y quien realizará el cálculo). Respecto del vendedor, se repite la obligación de reintegrar el precio, pero con la tasa que "se haya aplicado a su pago" (no el interés legal).[57]

También se establece una regla especial para el supuesto de que se haya pagado más de la tercera parte de la contraprestación o del número total de los pagos convenidos. En este caso, el comprador/consumidor cuenta con el derecho de optar por la rescisión o el cumplimiento de las obligaciones vencidas.[58] En el Estado de México, se prevé una prerrogativa similar a los compradores que hayan pagado más del 50 % del precio. Si el vendedor demanda la rescisión por incumplimiento, aquellos podrán escoger pagar el resto de los abonos, más los daños, perjuicios y costas.[59] Estas prerrogativas son una solución opuesta al pacto comisorio previsto en los códigos civiles, que permiten al acreedor/vendedor elegir entre el cumplimiento forzoso o la resolución de la obligación, aunado a los daños y perjuicios causados en ambos casos.[60]

En Tabasco también se establece un régimen especial e irrenunciable para la compraventa en abonos de las casas habitación cuyo valor no exceda 15,000 veces la Unidad de Medida y Actualización, siempre que el comprador no sea propietario de otro inmueble. En primer lugar, se limitan los intereses a los establecidos en los contratos de hipoteca que otorguen las Sociedades Nacionales de Crédito. Además, la rescisión sólo se actualizará cuando la parte compradora incumpla el pago de cuatro o más de los

---

55 *Cfr*. Ley Federal de Protección al Consumidor (última reforma 09 de mayo de 2012).

56 Vid. Artículos 73, 73 BIS, 73 TER, 73 QUÁTER y 73 QUINTUS de la Ley Federal de Protección al Consumidor (última reforma 09 de mayo de 2012).

57 *Vid*. Artículo 70 de la Ley Federal de Protección al Consumidor (última reforma 09 de mayo de 2012).

58 *Vid*. Artículo 71 de la Ley Federal de Protección al Consumidor (última reforma 09 de mayo de 2012).

59 *Cfr*. Artículos 7.597 y 7.581 del Código Civil del Estado de México (última reforma 10 de marzo de 2023).

60 *Cfr*. Artículos 1949 del Código Civil para el Distrito Federal: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."

abonos pactados, salvo que se trate de los últimos. Dicha rescisión podrá quedar sin efectos si se pagan las obligaciones vencidas y el interés causado antes de la sentencia definitiva, así como una indemnización de 65 veces la Unidad de Medida y Actualización.[61]

En el caso de Puebla, con una redacción confusa, el código parece prohibir la reserva de dominio respecto de la compraventa a plazos de casas habitación o de terrenos para construir las mismas, siempre que el comprador sea quien vaya a habitarlas. En ese sentido, se limitan los intereses a los que se estipulen en las hipotecas que celebran las Sociedades Nacionales de Crédito. Asimismo, prohíbe a la parte compradora enajenar el inmueble hasta que haya pagado totalmente el precio. Por otro lado, el vendedor tiene derecho de demandar el cumplimiento forzoso, más no la rescisión. Por último, faculta al comprador para pagar su obligación de pago antes que cause estado el fincamiento del remate.[62]

VI. NORMATIVIDAD EN EL ESTADO DE GUERRERO

En el presente ensayo se ha intentado mostrar las diferencias normativas de la compraventa con reserva de dominio en todas las entidades federativas. Sin perjuicio de dicho esfuerzo, es ilustrativo exponer el caso de Guerrero de manera separada, para reflexionar sobre algunas alternativas en su regulación. Este estado establece cinco derechos adicionales en favor del comprador que no tienen símil en algún otro código del país. Para pronta referencia, se transcriben los artículos en donde se contienen las disposiciones que se analizarán:

> **Artículo 2245**.—La venta de inmuebles a plazo desde la fecha de inscripción en el Registro de la Propiedad, conferirá al adquirente un derecho de preferencia respecto de cualquier venta o gravamen posterior, y cuando se hubiere pagado toda la prestación del precio y se hayan cumplido las demás obligaciones a su cargo, si las hubiere, lo facultará para exigir la transmisión del dominio.
>
> **Artículo 2246.**—También podrá el adquirente comprador exigir la transferencia del dominio, cuando hubiere hecho construcciones o mejoras en el bien vendido que equivalgan al cincuenta por ciento del precio convenido, si se encontrare al corriente en el pago de sus abonos.
>
> En este caso deberá garantizar el pago del precio pendiente de cubrir con primera hipoteca contra el mismo bien.
>
> **Artículo 2247.**—En caso de rescisión del contrato el comprador podrá exigir del vendedor el reembolso de las mejoras útiles y necesarias que aquél hubiere hecho.

61 *Cfr*. Artículo 2585 del Código Civil para el Estado de Tabasco (última reforma publicada el 26 de octubre de 2022).

62 *Cfr*. Artículos 2180, fracción VII y 2181 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Puebla (última reforma publicada el 8 de marzo de 2023).

> **Artículo 2248.**—Cuando el vendedor se hubiere obligado a realizar algunas obras en el inmueble materia de la compraventa, y no cumpliere con ellas, el comprador podrá hacerlo por cuenta del obligado, quien deberá pagarle, además, el interés moratorio que fije la ley.

A continuación se profundizará en los derechos adicionales en favor del comprador, de un orden de menor a mayor impacto respecto de la regulación mayoritaria. Primeramente, en el primer párrafo del artículo 2245, se establece un derecho de preferencia de la parte compradora respecto de las ventas y gravámenes ejecutados con posterioridad a la inscripción de la reserva de dominio. En mi opinión, esta norma es inaplicable y, por lo tanto, intrascendente, toda vez que el vendedor está imposibilitado para vender o gravar el bien hasta que se rescinda el contrato por incumplimiento, según lo señala el artículo 2243.[63] Rojina Villegas, al interpretar el CCDF, argumenta que la violación a dicha prohibición conllevaría una nulidad absoluta debido a que se contravendría una disposición de orden público.[64]

Tal y como se expuso con antelación, en opinión de Rico y Garza es posible celebrar una compraventa con el requisito que comparezca el deudor/comprador.[65] De aceptarse esta afirmación, en el supuesto que comparezcan ambas partes y que el comprador haya cumplido con sus obligaciones, se tendría que llegar la conclusión de que no existe preferencia alguna. Esto debido a que se darían las siguientes situaciones excluyentes: (i) no se aceptó la enajenación o gravamen pretendida por el vendedor, o; (ii) se autorizó y, por ende, se consintió la transmisión de la propiedad o la constitución del gravamen. Es por eso que se sostiene que este "derecho de preferencia" no tiene aplicación o utilidad, por lo que no contiene disposición contraria a los códigos civiles de los otros estados.

En segundo lugar, la parte *in fine* del primer párrafo del artículo 2245 establece el derecho del comprador de exigir la transmisión del dominio al cumplirse las obligaciones a su cargo. Sánchez Medal y Fernández Pérez del Castillo minoritariamente consideran que la transmisión de la propiedad en la compraventa es una obligación y, por ende, susceptible de exigirse.[66] El resto de los autores relevantes en la doctrina mexicana opinan que es un efecto natural que ocurre, por regla general, al perfeccionarse el contrato. Excepcionalmente, se transmitirá el derecho real en un momento posterior en las siguientes modalidades de la compraventa: (i) de géneros, (ii) sujeta a término o condición, (iii) documentos civiles al portador (para quienes opinan que sigue vigente esta figura), (iv) cosa futura, (v) cosa alternativa y (vi) la reserva de dominio.[67]

---

63 "Artículo 2243.—[…] El vendedor, entre tanto no se rescinda el contrato, no podrá vender a un tercero el bien vendido con la reserva de propiedad; y, al margen de la respectiva inscripción de venta se hará una anotación preventiva en la que se hará constar esa limitación de dominio."

64 Rojina Villegas, Rafael, *óp. cit.*, p. 157.

65 Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *óp. cit.*, p. 74.

66 Sánchez Medal, Ramón, *óp. cit.*, pp. 165-170. Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *óp. cit.*, p. 91.

67 *Cfr.* Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *óp. cit.*, p. 27.

Si se considera, como lo hace mayoritariamente la doctrina, que la trasmisión es un efecto natural y no una obligación susceptible de incumplimiento, este derecho no tendría aplicación práctica y no constituiría una regulación contradictoria a la de los demás estados. En mi opinión, esta prerrogativa se refiere al otorgamiento de una nueva escritura o a la cancelación de la inscripción de la reserva de dominio en el Registro Público de la Propiedad. Sin embargo, esto se podría exigir de igual manera con las acciones procesales establecidas en los ordenamientos adjetivos de las entidades federativas, como la acción *pro forma* o la jurisdicción voluntaria.

En tercer lugar, el artículo 2248 establece la obligación del vendedor de pagar intereses moratorios respecto de las obras a las que se hubiere obligado, cuando se realicen por parte del comprador. En mi opinión, el supuesto previsto no puede interpretarse como el cumplimiento de obligaciones por cuenta de tercero regulado en la Teoría General de las Obligaciones,[68] ni como una gestión de negocios.[69] Esto debido a que, en mi lectura de ambas figuras, el tercero o gestor no pueden coincidir con la persona del deudor, sino que deben involucrar a un individuo ajeno al negocio jurídico.

Si se coincide con la idea propuesta, en las demás entidades federativas el supuesto normado generaría una remisión tácita de deuda del comprador.[70] En ese sentido, en la regulación de los otros estados, la parte compradora sólo tiene derecho de exigir el cumplimiento forzoso o la resolución de la obligación de hacer, más los daños y perjuicios. Asimismo, dicha indemnización pudiera no coincidir con los intereses legales que mandata la legislación de Guerrero. En conclusión, si bien este artículo constituye una novedad en la reglamentación de la reserva de dominio, nada impediría que se pactara por la voluntad de las partes en otras entidades federativas, dado que es una obligación en favor del comprador.

El cuarto derecho consiste en el reembolso de las mejoras útiles y necesarias en caso de rescisión, previsto en el artículo 2247 del código en análisis. De acuerdo con la definición que prevé la teoría de los bienes, las mejoras útiles son las que aumenten el precio o producto del bien; mientras que las necesarias son las prescritas por la ley y aquellas sin las que el bien se pierde o se desmejora.[71]

Debido a que en la mayoría de los códigos el comprador con reserva de dominio se considera como arrendatario, se tiene que analizar su responsabilidad en cada uno de ellos. A pesar de esto, en la regulación mayoritaria, el arrendador únicamente está obligado a pagar: (i) las mejoras en general, en los arrendamientos por tiempo indefinido, si se concluyen y no se hubiere compensado su uso; (ii) las mejoras útiles, cuando el arrendamiento se termina por causa de fuerza mayor o por rescisión imputable al

68 *Cfr*. Artículos 2065 a 2071 del Código Civil para el Distrito Federal.
69 *Cfr*. Artículos 1896 a 1907 del Código Civil para el Distrito Federal.
70 *Cfr*. Artículo 2209 del Código Civil para el Distrito Federal.
71 *Vid*. Artículos 817 y 818 del Código Civil para el Distrito Federal, y artículos 726 y 727 del Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Guerrero.

arrendador; y (iii) si consintió a pagarlas.[72] Por lo anterior, el derecho en comento también constituye una novedad respecto de otros estados. De igual forma, al no ser una obligación más onerosa para la parte compradora, nada impide que se pacte de manera voluntaria.

En quinto sitio, el artículo 2246 establece el derecho de la parte compradora de exigir la transferencia de la propiedad cuando haya realizado mejoras equivalentes al 50 % del precio convenido. Esta prerrogativa está sujeta a que se encuentre al corriente en sus pagos y a que garantice el faltante de la contraprestación con una hipoteca en primer lugar. La redacción es criticable, pues no contempla los supuestos en donde la reserva de dominio no esté vinculada al pago o que existan otras obligaciones a cargo del comprador. En ese sentido, se considera que la interpretación adecuada sería que el requisito consiste en que el comprador no se encuentre en incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones.

La principal consecuencia del ejercicio de este derecho consiste en que el vendedor, en caso de incumplimiento, se vea en la necesidad de demandar la ejecución de la garantía hipotecaria. Además, permite a la parte compradora vender o gravar el bien sin autorización del vendedor. Esta disposición parece coincidir con la opinión de Zamora y Valencia que es más benéfica una hipoteca que una reserva de dominio,[73] tema del cual se abundará en el apartado siguiente. Por último, esta prerrogativa constituye una novedad que no tiene correlativo en alguna otra entidad federativa, aunque nada impidiera que se pactara al ser en beneficio del comprador.

VII. COMPARACIÓN RESPECTO DE LA HIPOTECA

Como se anticipó en el apartado precedente, Zamora y Valencia fue un férreo crítico de la compraventa con reserva de dominio, de la que destacó sus inconvenientes prácticos, principalmente en comparación con las ventajas del contrato y derecho real de hipoteca.[74] A continuación se sintetizan algunos de sus argumentos:

1. Genera una limitación en el crédito del comprador, toda vez que no está legitimado para dar en garantía el bien objeto de contrato, sino solamente su derecho de adquirirla una vez cumplida la condición.

2. Favorece la inmovilización de los bienes, ya que ninguna de las partes los podría enajenar o gravar, sin que previamente se concluya el acto jurídico que dio origen a la reserva de dominio.

---

72 *Cfr.* Artículo 2423 del Código Civil para el Distrito Federal. Además, el artículo 2410 del CCDF (reformado el 16 de enero de 2003) dispone la obligación de pagar las mejoras necesarias cuando el contrato se termina por expropiación, siempre que se hayan realizado en los últimos seis meses. Esta obligación es a cargo del expropiador y es debatible si aplica también cuando este acto se realiza con fundamento en la Ley de Expropiación en materia federal.

73 Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *óp. cit.*, p. 122 (nota 46).

74 *Ídem.*

3. Propicia conflictos en el supuesto que el bien se deteriore o destruya por caso fortuito o fuerza mayor.

4. No otorga ventajas adicionales al vendedor de las que lograría mediante la celebración de un contrato idóneo de garantía. Esto lesiona la armonía que debe existir en el tráfico inmobiliario y podría constituir "un instrumento al servicio del egoísmo de especuladores".

5. Ocasiona gastos mayores al comprador, toda vez que tendrá la necesidad de pagar dos escrituras (la de compraventa con reserva de dominio y la de transmisión de la propiedad). Si bien no pasa por alto que en la celebración de una hipoteca también es necesaria una escritura de cancelación, el autor argumenta que es "más simple y menos gravosa".

6. Provoca graves dificultades para el comprador al momento de obtener el documento en donde conste la transmisión de la propiedad. Esto debido a que es posible que el vendedor: (i) muestre desinterés después de recibir el pago; (ii) fallezca; (iii) no cumpla con sus obligaciones fiscales; o, (iv) no esté en posibilidades de otorgar el acto jurídico traslativo.

Estas posturas no son compartidas por todos los juristas, por ejemplo, Domínguez Martínez refuta dichos argumentos con las siguientes razones (los numerales coinciden con los razonamientos del autor previamente referido):[75]

1. No existe una limitación en el crédito del comprador, toda vez que éste adquiere un derecho, el cual también puede otorgar como garantía. Esta situación se equipara con las hipotecas en segundo o ulteriores lugares.

2. No existe una inmovilización de los bienes, ya que es posible que ambas partes cedan los derechos derivados del contrato.

3. La destrucción o deterioro se regulan de manera abstracta en la Teoría General de las Obligaciones.

4. El contrato es "un instrumento de equilibrio y de justicia para que ninguna de la parte sea víctima de la otra".

5. La escritura de reconocimiento de transmisión de propiedad, o cancelación de reserva de dominio, "tiene o debe tener el mismo costo que el de una de cancelación de hipoteca" (remite al arancel de notarios).

6. Respecto de las dificultades para que el vendedor firme la escritura de cancelación de reserva de dominio, señala que aplicaría el mismo razonamiento para la de cancelación de hipoteca.

---

75 Domínguez Martínez, José Alfredo, *óp. cit.*, pp. 291-292.

Más recientemente, Oliveros y Vargas han desarrollado y complementado los argumentos críticos en contra de la reserva de dominio, al exponer los siguientes razonamientos:[76]

1. El riesgo de pérdida del bien le corresponde al vendedor, aun cuando, por regla general, el comprador recibe la posesión física del mismo.

2. Respecto de la responsabilidad civil en caso de incumplimiento por parte del comprador (indemnización por deterioro y pago de renta), las partes tienen prohibido convenir una cantidad distinta a la que, en su momento, fijen los peritos. Asimismo, tampoco podrían pactar un régimen diferente para la parte compradora de la que tendría como arrendatario.

3. Las partes necesitan del consentimiento de ambos para gravar o disponer legalmente del bien.

4. Tiene mayor complicación una cancelación de reserva de dominio que una cancelación de hipoteca. Por ejemplo, en caso de que el vendedor este ausente, fallezca o se niegue a dar su anuencia.

5. Desde el punto de vista de los acreedores del vendedor, se debe valorar si es preferible el derecho de cobro derivado de una garantía real o aquel proveniente de una acción reivindicatoria o comisoria. Este mismo argumento se extiende al caso de cesionarios.

En mi opinión, ambas figuras cuentan con una prospectiva de utilidad distinta, que debe evaluarse en los casos concretos y en función de a cuál de las partes se esté asesorando. La práctica demuestra que el objeto de las enajenaciones más relevantes son bienes inmuebles. En ese sentido, la mayoría de dichos actos se formalizan ante notarios públicos que, por regla general, son escogidos y contratados por la parte compradora (debido a que es quien paga sus honorarios). Tal vez sea por ello que es más común la celebración de hipotecas que compraventas con reserva de dominio, debido a que, de manera abstracta, su regulación pareciera favorecer mayormente a los intereses del comprador. No obstante, es válido preguntarse: ¿Qué pasaría si los vendedores escogieran al notario? ¿Seguiría habiendo más hipotecas que reservas de dominio?

Por ejemplo, ¿cómo se ejecutaría judicialmente una garantía real si la parte compradora es la Guardia Nacional? En ese tenor, si se acepta la premisa que después de vencido el plazo para el pago es válido enajenar sin necesidad de resolución judicial, el vendedor podría demandar la rescisión al mismo tiempo que celebra una nueva compraventa. Por virtud de este acto jurídico pudiera recibir el precio de inmediato y el nuevo comprador sería el encargado de llevar a cabo las acciones encaminadas a recuperar la posesión.

---

76 Oliveros Lara, Manuel E., y Vargas Navarro, Ricardo, *óp. cit.*, p. 175.

VIII. CONCLUSIÓN

La compraventa en su modalidad de reserva de dominio es una figura que amerita un análisis profundo desde el punto de vista del estudio del derecho civil. Se afirma lo anterior, puesto que, de conformidad con la regulación vigente en los diversos estados de la República, constituye una alternativa útil y versátil para el tráfico de bienes inmuebles y muebles. Particularmente, su conveniencia se incrementa cuando es necesario disociar el pago del precio (o cualquier otra circunstancia relevante) de la transmisión de la propiedad.

En este ensayo se realizó un esfuerzo para desarrollar los retos interpretativos de dicha figura. Estos desafíos se abordaron desde dos perspectivas, primero, en los límites a la voluntad de las partes en actos jurídicos en concreto y, segundo, en la posibilidad de proponer reformas legales en función de la normatividad comparada entre entidades federativas. Para ello, se evidenciaron tanto las grandes interrogantes en materia de interpretación de la legislación vigente, como las principales diferencias entre los estados de la República Mexicana.

Una vez que se afrontaron estos desafíos y, por consiguiente, que se logró una comprensión sistemática del negocio jurídico en comento, fue posible compararlo con otro tipo de actos jurídicos con efectos similares, principalmente con el contrato y derecho real de hipoteca. En este sentido, se concluye que, desde un punto de vista de aplicador del derecho, es factible llegar a conclusiones diferentes dependiendo de las ventajas jurídicas y económicas inherentes a la parte vendedora o compradora. En otras palabras, la decisión entre la celebración de una hipoteca o una reserva de dominio se tendrá que evaluar en un caso concreto y en función de la parte interesada.

IX. BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo, Manuel, *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, 11ª ed., Madrid, Edisofer, S. L., 2010.

Domínguez Martínez, José Alfredo, *Derecho Civil. Contratos*, 6ª ed., México, Editorial Porrúa, 2018.

Enneccerus, Ludwig, Kipp, Theodor y Wolff, Martín, *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones. Tomo II*, traducción de Blas Péres Gonzáles y José Alguer, 39ª ed., Barcelona, Editorial Bosch, 1994.

Gutiérrez y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, 18ª ed., México, Editorial Porrúa, 2010.

Josserand, Louis, *Derecho Civil*, traducción de Santiago Cunchillos y Manetrola, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

Kaser, Max, Knütel, Rolf, y Lohsee, Sebastian, Derecho Privado Romano, Traducción al español de Patricio Lazo González y Francisco Andrés Santos, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2021, pp. 436-437.

Lozano Noriega, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos*, 6ª ed., México, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, 2001.

Messineo, Franceso, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo V, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.

Oliveros Lara, Manuel E., y Vargas Navarro, Ricardo, "Tópicos de la compraventa", en: Ademe López, Ángel Gilberto (coord.): *Homenaje a Miguel Ángel Zamora y Valencia*, México, Colegio de Profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho-UNAM, pp. 153-178, 2017.

Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Contratos Civiles*, 17ª ed., México, Editorial Porrúa, 2021.

Rezzonico, Luis María, *Estudio de los contratos*, Tomo 1, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1967.

Rico Álvarez, Fausto y Garza Bandala, Patricio, *De los Contratos Civiles*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 2011.

Rico Álvarez, Fausto, Garza Bandala, Patricio y Cohen Chicurel, Mischel, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 2022, pp.1370-1376

Rodríguez Rosado, Bruno, "La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles", en: *Anuario de Derecho Civil*, LXXIII-II, abril de 2020, pp. 491-558.

Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil IV. Contratos*, 33ª ed., México, Editorial Porrúa, 2018.

Sánchez Medal, Ramón, *De los Contratos Civiles*, 24ª ed., México, Editorial Porrúa, 2010.

Velasco Fabra, Guillermo, *La reserva de dominio simple en Alemania*, en: Revista Chilena de Derecho Privado, núm. 7, diciembre, 2006, pp. 117-134

Wayar, Ernesto, *Compraventa y permuta*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1984.

Zamora y Valencia, Miguel Ángel, *Contratos Civiles*, 14ª ed., México, Editorial Porrúa, 2021.

Apéndice .A
Artículos que regulan la compraventa con reserva de dominio en el Código Civil para el Distrito Federal

(REFORMADO, D.O.F. 3 DE ENERO DE 1979)

ARTÍCULO 2310.—La venta que se haga facultando al comprador para que pague el precio en abonos, se sujetará a las reglas siguientes:

(REFORMADA, G.O. 23 DE JULIO DE 2012)

I. Si la venta es de bienes inmuebles, puede pactarse que la falta de pago de uno o varios abonos ocasionará la rescisión del contrato. La rescisión producirá efectos contra tercero que hubiere adquirido los bienes de que se trata o cualquier derecho real, inclusive de garantía, siempre que la cláusula rescisoria se haya inscrito en el Registro Público;

(REFORMADA, G.O. 23 DE JULIO DE 2012)

II. Si se trata de bienes muebles que sean susceptibles de identificarse de manera indubitable, y el comprador fuere una persona moral, podrá también pactarse la cláusula

rescisoria de que habla la fracción anterior, que surtirá efectos contra terceros si se inscribió en el Registro Público en el folio de dicha persona moral. Si el comprador fuere persona física, se estará a lo dispuesto en la siguiente fracción.

III. Si se trata de bienes muebles que no sean susceptibles de identificarse, los contratantes podrán pactar la rescisión de la venta por falta de pago del precio, pero esa cláusula no producirá efectos contra tercero de buena fe que hubiere adquirido los bienes a que esta fracción se refiere.

ARTÍCULO 2311.—Si se rescinde la venta, el vendedor y el comprador deben restituirse las prestaciones que se hubieren hecho; pero el vendedor que hubiere entregado la cosa vendida, puede exigir del comprador, por el uso de ella, el pago de un alquiler o renta que fijarán peritos, y una indemnización, también fijada por peritos, por el deterioro que haya sufrido la cosa.

El comprador que haya pagado parte del precio, tiene derecho a los intereses legales de la cantidad que entregó.

Las convenciones que impongan al comprador obligaciones más onerosas que las expresadas, serán nulas.

ARTÍCULO 2312.—Puede pactarse válidamente que el vendedor se reserve la propiedad de la cosa vendida hasta que su precio haya sido pagado.

Cuando los bienes vendidos son de los mencionados en las fracciones I y II del artículo 2310, el pacto de que se trata produce efectos contra tercero, si se inscribe en el Registro Público; cuando los bienes son de la clase a que se refiere la fracción III del artículo que se acaba de citar, se aplicará lo dispuesto en esa fracción.

(REFORMADO, D.O.F. 3 DE ENERO DE 1979)

ARTÍCULO 2313.—El vendedor a que se refiere el artículo anterior, mientras no se venza el plazo para pagar el precio, no podrá enajenar la cosa vendida con reserva de propiedad. Esta limitación de dominio se anotará en la parte correspondiente.

(F. DE E., D.O.F. 21 DE DICIEMBRE DE 1928)

ARTÍCULO 2314.—Si el vendedor recoge la cosa vendida porque no le haya sido pagado su precio, se aplicará lo que dispone el artículo 2311.

(F. DE E., D.O.F. 21 DE DICIEMBRE DE 1928)

ARTÍCULO 2315.—En la venta de que habla el artículo 2312, mientras que no pasa la propiedad de la cosa vendida al comprador, si éste recibe la cosa será considerado como arrendatario de la misma.

Apéndice B.
Correlación de los artículos que regulan la compraventa con reserva de dominio en el Código Civil para el Distrito Federal con los códigos civiles de las demás entidades federativas

Ciudad de México	2310*	2311	2312	2313	2314	2315
Aguascalientes	2181	2182	2183	2184	2185	2185
Baja California	2184	2185	2186	2187	2188	2189
Baja California Sur	2215	2216	2217	2218	2219	2220
Campeche	2209*	2210	2211	2212	2213	2214
Chiapas	2284	2285	2286	2287	2289	2290
Chihuahua	2202 a 2205	2206 a 2209*	2210	2211	2212	2213*
Coahuila	2713	2714 a 2716*	2717	2718	2719	2720
Colima	2201*	2202	2203	2204	2205	2206
Durango	2191	2192	2193	2194	2195	2196
Estado de México	7.592*	7.593*	7.594	7.595	N/A*	7.596 y 7.597*
Guanajuato	1808	1809*	1810	1811	1812	1813
Guerrero	2241	2242	2243	2243	2243	2244
Hidalgo	2292	2293	2294	2295	2296	2297
Jalisco	1902	1903	1904	1905	1906	1907
Michoacán	1475	1476	1477	1478	1479	1480
Morelos	1795	1796 a 1799*	1800 y 1802	1801	1801	1803
Nayarit	1682	1683	1684	1685	1686	1687
Nuevo León	2204	2205*	2206	2207	2208	2209
Oaxaca	2184	2185	2186	2187	2188	2189
Puebla	N/A*	N/A*	2180	2180 (F. IV)*	2180 (F. I a III, VI)	N/A*
Querétaro	2195	2196	2197	2198	2199	2200
Quintana Roo	2590	2591 a 2593	2594	2594*	2594	2594*
San Luis Potosí	2141	2142	2143	2144	2145	2146
Sinaloa	2192	2193	2194	2195	2196	2197
Sonora	2562	2563 a 2565*	2566 y 2569*	2567	2568	2571*
Tabasco	2576	2577 y 2578*	2579 y 2582*	2580	2581	2584*
Tamaulipas	1641	1642 y 1643	1644 y 1647*	1645	1646	1648*
Tlaxcala	1923	1924 y 1925*	1926 y 1929*	1927	1928	1931*
Veracruz	2243	2245	2246	2248	2249	2250
Yucatán	1468	1469	1470	1471	1472	1473
Zacatecas	1655	1656 y 1657*	1658 y 1661*	1659	1660	1663*

Fuente: Elaboración propia.
*Artículos que tienen una regulación distinta a la generalidad.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

Erick Mena Moreno*

Para mi hermano Jesús Enrique.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto que el lector pueda conocer el origen de la facultad constitucional consagrada en el artículo 73 fracción XXX a favor del Congreso de la Unión para expedir el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (en lo sucesivo el CNPCF), reseñar los foros de 14 de febrero y 10 de abril de 2018 organizados por el Senado de la República así como el foro de 16 de junio de 2022 organizado por la Escuela Libre de Derecho y en los cuales se presentaron propuestas solidas sobre aspectos esenciales que debía contemplar el Código, la omisión legislativa del Congreso de la Unión para expedir el Código y la cual derivó en la sentencia de 12 de mayo de 2021 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo en revisión 265/2020 que promovió la Barra Mexicana Colegio de Abogados, la aprobación el 12 de abril de 2023 por parte del Senado de la República del dictamen final sobre el Código, su posterior aprobación el 24 de abril de 2023 por parte de la Cámara de Diputados y su publicación el 7 de junio de 2023 en el Diario Oficial de la Federación, la regulación general del mismo a los juicios orales civiles, familiares y de adopción, así como los plazos de entrada en vigor de dicho Código.

PALABRAS CLAVE: Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, Juicio oral civil, Juicio oral familiar, Adopción.

ABSTRACT: The purpose of this article is for the reader to know the origin of the constitutional power enshrined in article 73 section XXX in favor of the Congress of the Union to issue the National Code of Civil and Family Procedures (hereinafter the CNPCF), review the forums of February 14 and April 10, 2018 organized by the Senate of the Republic as well as the forum of June 16, 2022 organized by the Escuela Libre de Derecho and in which solid proposals were presented on essential aspects that should be considered the

* El autor es Abogado por la Escuela Libre de Derecho, con estudios de Especialidad en Propiedad Intelectual por el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México; de Maestría en Derecho Constitucional con Mención Honorifica 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 por el Instituto Universitario de Alta Formación; investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho; ha sido profesor en la Escuela Libre de Derecho, en la Universidad del Claustro de Sor Juana, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en el Centro Carbonell y en el Instituto Dasein Meraki, S.C., miembro del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, fundador de la Agrupación de Abogados Latinoamericanos y socio de Despacho Capin Abogados, S.C.

Code, the legislative omission of the Congress of the Union to issue the Code and which resulted in the judgment of May 12, 2021 of the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation when resolving the amparo under review 265/2020 promoted by the Mexican Bar Association, the approval on April 12, 2023 by the Senate of the Republic of the final ruling on the Code, its subsequent approval on April 24, 2023 by the Chamber of Deputies and its publication on June 7, 2023 in the Official Gazette of the Federation, the general regulation of the same to civil, family and adoption oral trials, as well as the terms of entry into force of said Code.

KEYWORDS: National Code of Civil and Family Procedures, Civil Oral Trial, Family Oral Trial, Adoption.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ARTICULO 73 FRACCION XXX CONSTITUCIONAL. 3. FORO SOBRE EL CNPCF ORGANIZADO POR EL SENADO DE LA REPÚBLICA EL 14 DE FEBRERO DE 2018. 4. TERCER CONVERSATORIO SOBRE EL CNPCF ORGANIZADO EL 10 DE ABRIL DE 2018 POR EL SENADO DE LA REPÚBLICA. 5. AMPARO EN REVISIÓN 265/2020 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CONTRA LA OMISIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN DE EXPEDIR EL CNPCF. 6. FORO SOBRE EL CNPCF ORGANIZADO EL 16 DE JUNIO DE 2022 POR LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO. 7. APROBACIÓN POR EL SENADO EL 12 DE ABRIL DE 2023 DEL CNPCF. 8. APROBACIÓN POR LA CAMARA DE DIPUTADOS EL 24 DE ABRIL DE 2023 DEL CNPCF. 9. PUBLICACIÓN EL 7 DE JUNIO DE 2023 DEL CNPCF EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. 10. REGULACIÓN DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL ORAL EN EL CNPCF. 11. REGULACIÓN DEL JUICIO ORAL FAMILIAR EN EL CNPCF. 12. REGULACIÓN DEL JUICIO DE ADOPCIÓN EN EL CNPCF. 13. ENTRADA EN VIGOR DEL CNPCF. 14. CONCLUSIONES. 15. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido casi seis años desde el 15 de septiembre de 2017, fecha en que se publicó el Decreto que reformó el artículo 73 fracción XXX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al 7 de junio de 2023 en que se expidió el CNPCF.

Durante esos seis años desde que se facultó al constituyente permanente para expedir la legislación procesal ordinaria más importante de los últimos años, se realizaron diversos foros y conversatorios en los cuales participó la academia y el gremio para realizar propuestas específicas sobre el articulado del Código

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares está conformado por 10 libros, 1191 artículos y 20 artículos transitorios, y regula entre otros el juicio ordinario civil oral, el juicio oral familiar y el juicio de adopción.

En el presente trabajo se reseñan algunos de los foros realizados por legisladores federales en preparación de la emisión del Código Nacional en los cuales tuve el alto honor de participar y se resumen algunas de las disposiciones procesales que contempla esta nueva legislación adjetiva de aplicación federal y estatal.

2. ARTICULO 73 FRACCION XXX CONSTITUCIONAL

El 15 de septiembre de 2017 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares) y Decreto que modificó el artículo 73 fracción XXX Constitucional para facultar al Congreso de la Unión para expedir una legislación única en materia procesal civil y familiar.[1]

El Decreto que reformó los artículos 16, 17 y 73 de la Constitucionales entró en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, el 16 de septiembre de 2017, obligando al Congreso de la Unión a expedir el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares en un plazo de 180 días siguientes a esa entrada en vigor, plazo que no fue cumplido en tiempo como expondré más adelante.

3. FORO SOBRE EL CNPCF ORGANIZADO POR EL SENADO DE LA REPÚBLICA EL 14 DE FEBRERO DE 2018

El 14 de febrero de 2018 se organizó en el Senado de la República el Foro "Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares: los nuevos desafíos para el efectivo acceso a la justicia" con la participación de miembros de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México y Asociación Nacional de Abogados de Empresa.[2]

El suscrito tuve la oportunidad de participar en la mesa dos denominada "Las nuevas dinámicas procesales del Derecho Civil" en la cual propuse que todos los procesos que regulara el Código Nacional tuvieran como presupuesto esencial la oralidad.

---

1 Del decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares) es importante tener presente que en el artículo CUARTO TRANSITORIO se estableció que *"El Congreso de la Unión deberá expedir la legislación procedimental a que hace referencia la fracción XXX del artículo 73 constitucional adicionado mediante el presente Decreto, en un plazo que no excederá de ciento ochenta días contados a partir de la entrada en vigor del presente Decreto";* por otra parte, en el artículo QUINTO TRANSITORIO se estableció que *"La legislación procesal civil y familiar de la Federación y de las entidades federativas continuará vigente hasta en tanto entre en vigor la legislación a que se refiere la fracción XXX del artículo 73 constitucional, adicionada mediante el presente Decreto, y de conformidad con el régimen transitorio que la misma prevea. Los procedimientos iniciados y las sentencias emitidas con fundamento en la legislación procesal civil federal y la legislación procesal civil y familiar de las entidades federativas deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a la misma*", por lo que toda la legislación procesal civil y familiar de las entidades federativas sigue vigente hasta en tanto se haga la declaratoria de entrada en vigor en cada entidad tal y como ahora lo mandata el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

2 El programa completo del Foro puede consultarse en el sitio de internet: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/3/2018-02-14-1/assets/documentos/STCJ_08022018.pdf

4. TERCER CONVERSATORIO SOBRE EL CNPCF ORGANIZADO EL 10 DE ABRIL DE 2018 POR EL SENADO DE LA REPÚBLICA

El 10 de abril de 2018 se organizó en el Senado de la República el "Tercer Conversatorio del Ciclo de Conversatorios Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares: Retos y Perspectivas".

En este foro el suscrito propuse la celebración de una audiencia de juicio oral en todos los procesos a fin de simplificar y concentrar las actuaciones judiciales.

5. AMPARO EN REVISIÓN 265/2020 DE LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN CONTRA LA OMISIÓN LEGISLATIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN DE EXPEDIR EL CNPCF

El plazo de 180 días contado a partir de la entrada en vigor del Decreto Constitucional de 15 de septiembre de 2017 que reformó los artículos 16, 17 y 73 de la Constitucionales para que el Congreso de la Unión expidiera el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares no fue cumplido en tiempo, por lo que el 11 de abril de 2018 la Barra Mexicana Colegio de Abogados promovió demanda de amparo reclamando la omisión legislativa del poder legislativo federal de expedir el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, demanda resuelta en primera instancia por el Juzgado Octavo de Distrito en Materia Civil en la Ciudad de México (expediente 279/2019) otorgando el amparo a la quejosa para el efecto de que el Congreso de la Unión, i) expidiera la legislación nacional única en materia procesal civil y familiar en un plazo no mayor a 180 días contados a partir de que cause ejecutoria su resolución y ii) cumpliera dispuesto en el artículo segundo transitorio del Decreto de reforma constitucional, de modo que adecúe las leyes federales y generales a las modificaciones efectuadas a los artículos 16 y 17 de la Constitución Federal en los casos que así se requiera.

En contra de la sentencia de 28 de junio de 2019, las Cámaras del Congreso de la Unión promovieron recursos de revisión los cuales después de algunos trámites procesales se turnaron a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual dictó sentencia el 12 de mayo de 2021 en el amparo en revisión 265/2020[3], confirmando el amparo a favor de la Barra Mexicana Colegio de Abogados y reconociendo que esta contaba con interés legítimo para reclamar la omisión legislativa del legislador por haberse abstenido dicho poder legislativo en expedir el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares más allá del plazo legal con que contaba conforme al decreto de 15 de septiembre de 2017 que reformó el artículo 73 de nuestra Carta Magna.

Los efectos de la ejecutoria de amparo fueron los siguientes:

---

3 La ejecutoria completa está disponible en el sitio web: https://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/DetallePub.aspx?AsuntoID=271584

I. *DECISIÓN Y EFECTOS*

219. *En suma, por las razones antes apuntadas, deben calificarse como infundados los agravios de las Recurrentes. En consecuencia, lo procedente es confirmar la sentencia recurrida y conceder el amparo solicitado por la Barra Mexicana Colegio de Abogados, A.C.*

220. *Ahora, respecto a los efectos de esta concesión, el artículo 77, fracción II, de la Ley de Amparo dispone que cuando el acto reclamado sea una omisión, lo procedente es "obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija. En ese sentido, cabe destacar los efectos detallados por el Juez de Distrito en su sentencia:*

a) *"[Expedir] la legislación procedimental a que hace referencia la fracción XXX del artículo 73 constitucional adicionado mediante el Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares), en un plazo que no excederá de ciento ochenta días contados a partir de que cause ejecutoria la presente resolución (el que se toma como referencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo CUARTO transitorio de dicho Decreto).*

b) *[Cumplimentar] lo dispuesto en el artículo SEGUNDO transitorio del citado Decreto, es decir: respecto a la reforma del primer párrafo del artículo 16 y la adición de un nuevo tercer párrafo al artículo 17 constitucional, en los casos en que se requiera, el Congreso de la Unión deberá adecuar a las modificaciones en cuestión, respectivamente, las leyes generales y las leyes federales."*

221. *Al respecto, si bien la decisión de esta Corte consiste en confirmar el otorgamiento del amparo, ello no impide que esta Sala realice ciertas delimitaciones a los efectos; al final de cuentas, esta Primera Sala reasumió la competencia originaria del asunto y consideró que sí existe una omisión legislativa que viola los derechos de la Quejosa, pero a partir de ciertas premisas que no fueron advertidas por el Juez de Distrito.*

222. *En consecuencia, para mayor claridad, esta Primera Sala llega a la convicción de que el efecto de la concesión del amparo es que el Congreso de la Unión cumpla con las obligaciones establecidas en los artículos segundo y cuarto transitorios del Decreto de la reforma constitucional en materia de justicia cotidiana consistentes en: (a) expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar y (b) adecuar las leyes generales y federales que así lo requirieran al nuevo contenido de los artículos 16 y 17 constitucionales. Para ello, esta Suprema Corte estima que:*

- *Por lo que hace al plazo de cumplimiento de estas obligaciones, se considera que debe hacerse antes de que finalicen los próximos dos periodos ordinarios de sesiones del Congreso de la Unión; es decir, antes del treinta de abril de dos mil veintidós.*
- *En cuanto a los deberes legislativos, el derivado del cuarto transitorio se cumplirá con la expedición de la legislación única en materia procesal civil y familiar.*
- *Por su parte, el derivado del segundo transitorio, como se indica en su propio texto, busca un análisis exhaustivo de la legislación para verificar su ade-*

cuación a la Constitución. Esto, a juicio de esta Primera Sala, implica que el Congreso debe llevar a cabo un proceso de revisión integral de la legislación general y federal a fin de verificar el acatamiento del contenido incorporado a los artículos 16 y 17 constitucionales.

— *En caso de que se requieran adecuaciones, éstas deben emitirse en el plazo señalado anteriormente.*

— *En caso de que se estime que no se requiere ninguna modificación legislativa a ninguna ley, ello deberá ser producto de una decisión de ambas cámaras que cumpla con las diferentes etapas y requisitos del procedimiento legislativo; lo cual tendrá que ser acreditado e informado.*

6. FORO SOBRE EL CNPCF ORGANIZADO EL 16 DE JUNIO DE 2022 POR LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO.

El 16 de junio de 2023 se celebró un Foro sobre el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares que organizaron conjuntamente el Senado de la República (LXV Legislatura) y la Escuela Libre de Derecho de forma presencial (con transmisión simultanea por medio de comunicación); este foro estuvo compuesto de tres mesas de trabajo.[4]

El suscrito tuve la oportunidad de ser moderador de la Mesa Tres en la cual se propuso esencialmente el establecimiento en el Código Nacional de un proceso único, ágil y moderno que regulara de forma estándar las adopciones nacionales en nuestro país.

Las conclusiones de todas las mesas quedaron recogidas en la exposición de motivos del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares:

FORO: ESCUELA LIBRE DE DERECHO CDMX
(16 DE JUNIO DE 2022)

No.	Observaciones, planteamientos y propuestas
1	Se abordó lo relativo a la omisión legislativa del Congreso Federal y el Juicio de Amparo promovido por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados;
2	La relevancia del tema de Justicia Cotidiana;
3	Las ventajas de la Oralidad y la resolución de fondo del conflicto;

4 La Mesa Uno se denominó "Necesidad de la emisión de un Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares conforme al artículo 73 fracción XXX Constitucional y al amparo en revisión 265/2020 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", la Mesa Dos se denominó "Proceso de declaración de ausencia y su impacto en personas desaparecidas", y la Mesa Tres se denominó "La Adopción y protección de menores en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares".

No.	Observaciones, planteamientos y propuestas
4	Importancia de una codificación única: existencia de diversos juicios especiales en las legislaciones locales;
5	El sistema oral en lugar de acelerar los procesos, por la presencia necesaria del juzgador en las audiencias (principio de inmediación) ha hecho que en la mayoría de los casos se dilate la impartición de justicia;
6	La necesidad de consultar a las Personas con Discapacidad, como se mandata en Convenios Internacionales;
7	La necesidad de que el Código Nacional incorpore un procedimiento de adopción;
8	La grave problemática de que los tribunales de toda la república carecen de recursos financieros;
9	El interés superior del menor se materializa al otorgar herramientas adecuadas a la persona juzgadora;
10	Para el caso de supletoriedad en materia administrativa, se siga aplicando el Código Federal de Procedimientos Civiles y que el Código Nacional atienda solamente cuestiones en materia procesal civil y familiar;
11	Definir los principios de oralidad; dotar de un contenido mínimo a esos principios,
12	En materia familiar se debe adoptar el principio pro-persona y el correspondiente de que el menor tiene derecho a vivir en una familia; se deben plasmar esos principios en este código procesal único;
13	Debe prevalecer el fondo sobre la forma y evitar una cantidad excesiva de requisitos: "Sin menoscabar las formalidades esenciales del procedimiento, se privilegiará el fondo sobre la forma."
14	Se considera que regular instituciones como la de custodia, derechos de convivencia y violencia familiar, podría invadir la facultad sustantiva de las entidades federativas;
15	Establecer un trámite o procedimiento específico para la adopción;
16	Simplificar los procedimientos familiares y que el juez deba tener las más amplias facultades para velar por el interés superior de la niñez, sin establecer requisitos de más;
17	Separar a la materia familiar de la materia civil;
18	El derecho de familia tiene mucho de violencia de género; hay que cambiar el enfoque de impartición de justicia sobre los niños;
19	Se debe abordar de manera muy sensible el procedimiento de adopción y el derecho de familia:
20	Restituir el derecho de los niños a tener familia. El derecho de crecer y en familia;
21	Se hace evidente la necesidad de recursos presupuestarios, de lo contrario el Código Nacional no va a ser eficaz; se tiene que invertir en infraestructura física, inversión en tecnología;
22	Para la implementación del Código Nacional, se debe valorar el funcionamiento del sistema de justicia penal;
23	Se debe colmar una deuda social, civil y familiar; y de las personas con discapacidad; y generar un modelo de respeto cabal a las PcD;

7. APROBACIÓN POR EL SENADO EL 12 DE ABRIL DE 2023 DEL CNPCF.

El 12 de abril de 2023, con una votación unánime de 105 de los 128 senadores que integran la más alta tribuna del país se aprobó el dictamen del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

8. APROBACIÓN POR LA CAMARA DE DIPUTADOS EL 24 DE ABRIL DE 2023 DEL CNPCF

El 24 de abril de 2023 con una votación unánime de 481 de los 500 diputados que integran la Cámara de Diputados se aprobó el dictamen del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y el mismo se turnó al Ejecutivo Federal para los efectos del artículo 72 Constitucional.

9. PUBLICACIÓN EL 7 DE JUNIO DE 2023 DEL CNPCF EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN

El 7 de junio de 2023 se publicó por el Ejecutivo Federal en el Diario Oficial de la Federación el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.[5]

La parte introductoria del Decreto que expide el Código Nacional es el siguiente:

DECRETO por el que se expide el
Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.—Presidencia de la República.

ANDRÉS MANUEL LÓPEZ OBRADOR, Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes sabed:

Que el Honorable Congreso de la Unión, se ha servido dirigirme el siguiente

DECRETO

"EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DECRETA:

SE EXPIDE EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

Artículo Único.- Se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, para quedar como sigue: **CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES**

5 La publicación del Código Nacional puede consultarse en este enlace: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5691385&fecha=07/06/2023

10. REGULACIÓN DEL JUICIO ORDINARIO CIVIL ORAL EN EL CNPCF.

El artículo 456 señala que todas las controversias de naturaleza civil que no tengan señalada una tramitación especial en el Código se ventilarán en el "Juicio Ordinario Civil Oral"; proceso regulado en los artículos 456 a 469 y conforme a las disposiciones generales (etapa postulatoria) de esta ley adjetiva nacional.

El Juicio Ordinario Civil Oral principia con una demanda a la que deberán adjuntarse y ofrecerse las pruebas respectivas conforme al artículo 235.

En caso de que la demanda fuere obscura o irregular el actor tiene un término de tres días hábiles para aclarar o subsanar la misma conforme al artículo 236.

Una vez subsanada la omisión o en caso de que la demanda estuviere ajustada a derecho esta se admitirá conforme a los numerales 236 y 239 y se ordenará emplazar al demandado de forma personal conforme al artículo 210 fracción I, el cual tendrá un plazo de quince días hábiles para contestar la misma conforme a los artículos 239 y 241, ofreciendo las pruebas de su parte.

En caso de que se entable reconvención, el demandado reconvenido tendrá igualmente quince días hábiles para contestar la misma conforme al artículo 242 y en este caso el emplazamiento a la reconvención se hará por correo electrónico.

Tanto el actor principal como el actor reconvencional tendrán un plazo de tres días hábiles para desahogar la vista con las excepciones y defensas de su contraparte conforme al artículo 241 fracción VIII.

Dentro de los quince días hábiles siguientes de que esté integrada la litis, se señalará fecha para la celebración de la Audiencia Preliminar conforme al artículo 251, esta audiencia conforme al artículo 457 comprende las etapas de depuración del procedimiento, conciliación de las partes e invitación a la mediación en los Centro Alternativos de Justicia del Poder Judicial de la entidad, depuración del debate, calificación sobre admisibilidad o desechamiento de pruebas y citación para audiencia juicio

La Audiencia de Juicio debe celebrarse dentro de cuarenta días hábiles siguientes de celebrada la Preliminar conforme al artículo 277; esta audiencia se regula por los artículos 466 a 468 y debe conformarse por cinco etapas, que son i) formulación de alegatos de apertura para formular su teoría del caso, ii) desahogo de pruebas, declarando desiertas las que no estén debidamente preparadas por causas imputables del oferente, iii) la formulación de alegatos de cierre, iv) declarar visto el expediente (cierre de instrucción) y v) dictar sentencia oral, siendo que el Juzgado podrá decretar un receso para la lectura de la misma o en casos complejos, dar lectura a esta en una continuación de audiencia dentro de los 10 días hábiles siguientes conforme al artículo 468.

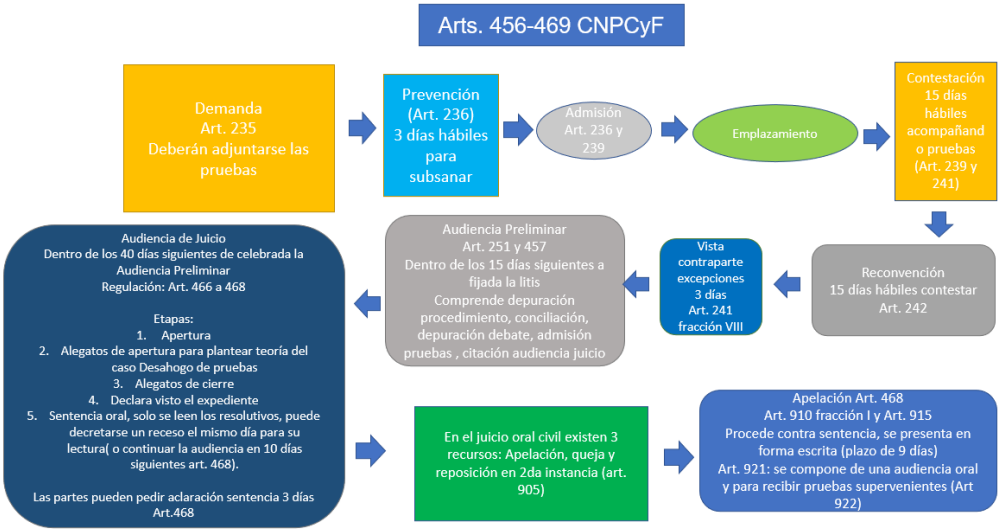
Las partes pueden pedir aclaración de sentencia dentro de los tres días hábiles siguientes a la emisión de la misma conforme al artículo 468.

En el Juicio Ordinario Civil Oral proceden los recursos apelación, queja y reposición en segunda instancia conforme al artículo 905; en contra de la sentencia de primera instancia procede el recurso de apelación en ambos efectos por escrito conforme al artículo 910 fracción I, contándose para ello con un plazo de 9 días hábiles para interponerlo conforme al diverso artículo 915.

La resolución del recurso de apelación conforme al artículo 921 es en una audiencia oral en que se formulen alegatos y se desahogan pruebas en su caso, debiendo dictarse la sentencia de segunda instancia en los plazos marcados por el artículo 926.

Las etapas procesales anteriormente referidas se resumen en el siguiente esquema:

Juicio Ordinario Civil Oral en el Nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares



11. REGULACIÓN DEL JUICIO ORAL FAMILIAR EN EL CNPCF

El "Juicio Oral Familiar" está regulado en los artículos 663 a 683; conforme al propio artículo 663 es la vía para tramitar toda controversia familiar excepto aquellas que tengan una vía especial (por ejemplo adopción, nombramiento de tutores y curadores, divorcio bilateral, restitución nacional de niñas, niños y adolescentes, declaración ordinaria y especial por desaparición de ausencia, consignación de alimentos, juicios sucesorios).

El Juicio Oral Familiar principia con una demanda o mediante comparecencia a la que deberán adjuntarse y ofrecerse las pruebas respectivas, asimismo podrá solicitarse la aplicación de medidas provisionales (artículo 664)

En caso de que la demanda fuere obscura o irregular el actor tiene un término de tres días hábiles para aclarar o subsanar la misma conforme al artículo 664.

Una vez subsanada la omisión o en caso de que la demanda estuviere ajustada a derecho esta se admitirá conforme al artículo 664 y se ordenará emplazar al demandado de forma personal conforme al artículo 210 fracción I, el cual tendrá un plazo de nueve días hábiles para contestar la misma conforme al artículo 665, ofreciendo las pruebas de su parte.

En caso de que se entable reconvención, el demandado reconvenido tendrá igualmente nueve días hábiles para contestar la misma conforme al artículo 670.

Tanto el actor principal como el actor reconvencional tendrán un plazo de tres días hábiles para desahogar la vista con las excepciones y defensas de su contraparte conforme al artículo 670.

Dentro de los quince días hábiles siguientes de que esté integrada la litis, se señalará fecha para la celebración de la Audiencia Preliminar conforme al artículo 670, esta audiencia conforme al artículo 671 tiene dos fases; la primera fase una Junta Anticipada con el Secretario en la cual se cruza información y se intercambian pruebas entre las partes, se formulan propuestas de convenio, se establecen acuerdos sobre hechos no controvertidos y se fijan acuerdos probatorios; la segunda fase que es propiamente la Audiencia Preliminar ya con la presencia del Juez, la cual comprende las etapas de depuración, revisión y aprobación del convenio celebrado por las partes cuando fuere el caso, conciliación, aprobación de acuerdo sobre hechos no controvertidos y aprobatorios, revisión de medidas provisionales, admisión de pruebas y citación para la Audiencia de Juicio.

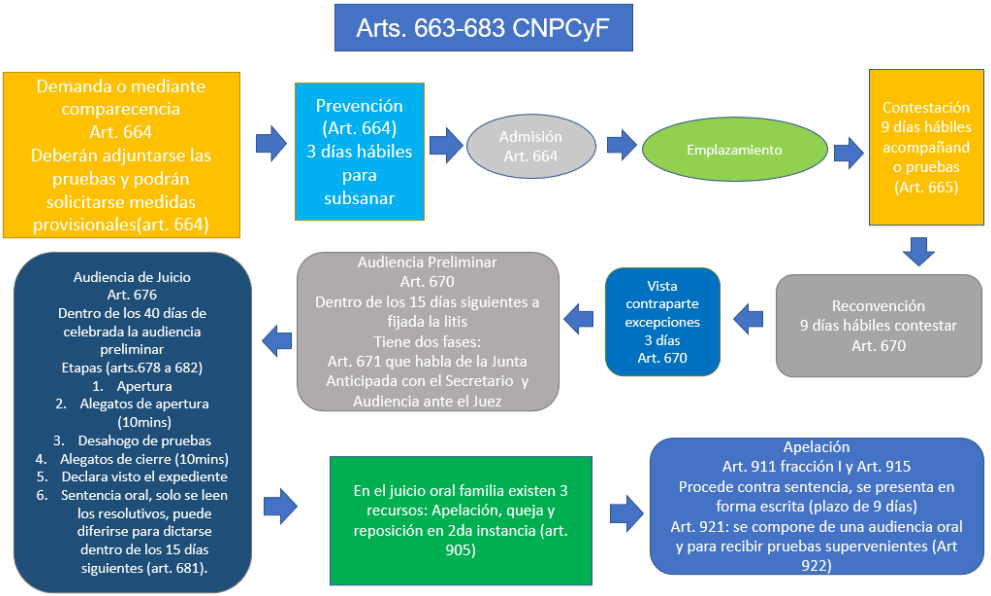
La Audiencia de Juicio debe celebrarse dentro de cuarenta días hábiles siguientes de celebrada la Preliminar conforme al artículo 676; esta audiencia se regula por los artículos 678 a 682 y debe conformarse por cinco etapas, que son i) formulación de alegatos de apertura los cuales durarán un máximo de diez minutos para formular su teoría del caso, ii) desahogo de pruebas, declarando desiertas las que no estén debidamente preparadas por causas imputables del oferente, iii) la formulación de alegatos de cierre, los cuales también durarán un máximo de diez minutos, iv) declarar visto el expediente (cierre de instrucción) y v) dictar sentencia oral, siendo que el Juzgado en caso de no dar lectura a la misma en esta audiencia, podrá señalar una fecha de continuación dentro de los 15 días hábiles siguientes conforme al artículo 681.

En el juicio oral familiar proceden los recursos apelación, queja y reposición en segunda instancia conforme al artículo 905; en contra de la sentencia de primera instancia procede el recurso de apelación en efecto devolutivo por escrito conforme al artículo 911 fracción I, contándose para ello con un plazo de 9 días hábiles para interponerlo conforme al diverso artículo 915.

La resolución del recurso de apelación conforme al artículo 921 es en una audiencia oral en que se formulen alegatos y se desahogan pruebas en su caso, debiendo dictarse la sentencia de segunda instancia en los plazos marcados por el artículo 926.

Las etapas procesales del Juicio Oral Familiar anteriormente referidas se resumen en el siguiente esquema:

Juicio oral familiar en el Nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares



12. REGULACIÓN DEL JUICIO DE ADOPCIÓN EN EL CNPCF

Los juicios de adopción nacional se tramitan conforme a las disposiciones de los artículos 588 fracción IV, 642 al 652 del Código Nacional que regulan este proceso como jurisdicción voluntaria.

Los juicios de adopción internacional se tramitan conforme a las disposiciones de los artículos 653 y 1120 del Código Nacional además del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993; 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.

Conforme al artículo 642 del Código Nacional será competente para conocer del juicio de adopción, la autoridad jurisdiccional ubicada en el domicilio de la o las personas a adoptar.

El procedimiento de adopción conforme al artículo 644 del Código Nacional inicia con una petición escrita o por comparecencia desahogada en audiencia preferentemente videograbada o a través de los medios de comunicación electrónicos previstos en el Código Nacional, ambas modalidades proveídas por la autoridad jurisdiccional el mismo día de la recepción; además en todos los casos, la solicitud deberá hacerse del conocimiento del Sistema Nacional de Desarrollo Integral de la Familia (DIF) para privilegiar el interés superior de la niñez (lo cual es acorde con los artículos 5º y 7º fracción IX del Código Nacional).

Señala también el artículo 644 del Código Nacional que en caso de que la o las personas adoptantes comparezcan sin representación técnica, la autoridad jurisdiccional designará persona defensora pública a fin de que les asista de manera efectiva y gratuita y que cuando se presente la solicitud por comparecencia deberán de apersonarse la o las personas que pretendan adoptar debidamente identificadas y también podrá concurrir la o las personas a las que les corresponde otorgar su consentimiento para la adopción, consentimiento que podrá recibirse en comparecencia por separado o se podrá acreditar mediante la exhibición de la documental pública que consigne el acto, consentimiento que deberá otorgarse de realizarse de manera informada y asistida con la presencia del Ministerio Público, a quien se le notificará a través del medio que la autoridad jurisdiccional considere efectivo.

Indica el artículo 645 del Código Nacional que para la admisión del trámite únicamente deberán de exhibirse las certificaciones de las actas de nacimiento tanto de las personas que pretenden adoptar y de la o las personas que se pretende adoptar y con independencia de los requisitos establecidos en las legislaciones locales, en la solicitud deberá de expresarse, bajo protesta de decir verdad, i) el nombre y domicilio de las personas que se pretenden adoptar, ii) el nombre y domicilio de las personas que ejerzan o estén en aptitud de ejercer la patria potestad de quien se solicita la adopción o bien la tutela, así como quien esté a cargo de la guarda y custodia de hecho o de derecho, iii) el nombre y domicilio de las personas que pretendan adoptar, y iv) los hechos que motiven la solicitud.

En caso de que la petición de adopción no se encuentre ajustada a derecho o falte algún documento, consideró que el Juez puede prevenir a los promoventes para que subsanen la misma o acompañen lo que falte, ello conforme al término genérico de 3 días hábiles previsto en el artículo 176 fracción IV del Código Nacional.

Una vez desahogada la prevención o si esta estaba ajustada a derecho desde un inicio, esta se admitirá conforme a lo dispuesto en el artículo 646 del Código Nacional; el Juzgador deberá indicarse a las personas adoptantes, preferentemente a través del principio de inmediación en audiencia videograbada los requisitos que en contraste con los documentos exhibidos faltan de cumplimentar según las leyes aplicables al procedimiento pretendido[6], asimismo el Juzgador notificará mediante oficio al Sistema

6 Es decir conforme a las leyes aplicables del Código Civil donde se tramite el juicio de adopción, las disposiciones de la Ley General de niñas, niños y adolescentes y las disposiciones de la Ley de niñas, niños y adolescentes que corresponden a la entidad federativa.

Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia o bien a los organismos homólogos en las Entidades Federativas a través de sus Procuradurías de Protección del menor de edad, la tramitación de la solicitud y en caso de que no fuera exhibido el certificado o constancia de Idoneidad de Adopción en la comparecencia inicial o escrito correspondiente, se le notificará de inmediato y preferentemente vía electrónica, al organismo encargado de la expedición del documento que deberá proveer en relación con la expedición o negación del documento en un plazo no mayor a 90 naturales, bajo el apercibimiento que de no hacerlo podrán ser aplicadas las medidas de apremio que establece el Código Nacional.

Asimismo también conforme al artículo 646 del Código Nacional en el auto inicial se apercibirá a la o las personas adoptantes para que comparezcan ante la autoridad encargada de expedir el Certificado de Idoneidad, en el término de 3 días a fin de que realicen todas las gestiones que a ellas corresponda para la expedición del señalado Certificado, bajo el apercibimiento que, de no hacerlo, se le aplicará las medidas de apremio señaladas en el Código Nacional y de manera conjunta con el Certificado de Idoneidad la autoridad administrativa deberá remitir copia certificada del expediente administrativo que dio origen al documento, en el cual siempre deberán ser recabados los estudios psicológicos, sociológicos, médicos y socioeconómicos correspondientes en su caso, a la persona o personas que pretenden adoptar.

Durante el trámite del juicio de adopción, el Juzgador conforme al artículo 647 del Código Nacional deberá proveer las medidas i) de guarda y custodia provisional de la persona o personas que se pretende adoptar, tomando todas las medidas necesarias para la seguridad de dicha o dichas personas, y ii) el acompañamiento psicológico tanto para la o las personas que pretenden adoptar, como para quien o quienes pretenden sean adoptadas, y si es solicitado, para quienes otorgaron el consentimiento para la adopción.

Las autoridades del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF Ciudad de México) deben remitir los reportes de las valoraciones psicológicas, socioeconómicas y de trabajo social, junto con el certificado de idoneidad y el reporte de adoptabilidad del menor en un plazo de 5 días hábiles improrrogables, ello conforme a los artículos 31 Bis 9 y artículo 31 Bis 11 del Decreto de la Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes de la Ciudad de México de 10 de febrero de 2021, plazo que evidentemente se encuentra en contradicción con el artículo 646 del Código Nacional que otorga hasta un plazo de 90 días para expedir el certificado de idoneidad, por lo que conforme al principio de interés superior del menor de edad, debe preferirse el plazo previsto en los numerales 31 Bis 9 y artículo 31 Bis 11 de la Ley de los derechos de niñas, niños y adolescentes de la Ciudad de México, a fin de no dilatar innecesariamente el proceso.

Una vez reunidos los requisitos sustantivos de la adopción (que en el caso de la Ciudad de México están plasmados en los artículos 390 al 410-F del Código Civil para el Distrito Federal que indica los requisitos y condiciones que deben cumplir adoptantes y adoptados

y las condiciones sustantivas del proceso de adopción[7]) y consideró que conforme al artículo 646, una vez que también obren en el expediente los certificados de idoneidad y de adoptabilidad, así como las constancias documentales de las valoraciones psicológicas, de trabajo social y socioeconómicas practicadas por el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF Nacional o DIF estatal que corresponda), el Juzgador conforme al artículo 648 del Código Nacional el Juzgado i) proveerá respecto de los medios de prueba ofertados y ii) señalará fecha y hora dentro de los 15 días hábiles siguientes para la celebración de la Audiencia de comparecencia (primer audiencia del proceso oral de adopción) en la cual se escuchará al o los pretendidos adoptados para conocer su opinión y sentir en la adopción; audiencia en la que los menores de edad deben de ser acompañados del asistente de menores y cumpliendo las pautas que marca el artículo 558 del Código Nacional y el artículo 83 de la Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

Conforme al artículo 648 del Código Nacional, dentro de los 5 días hábiles siguientes de que se realice la Audiencia de Comparecencia del o los pretendidos adoptados, se fijará fecha y hora para la celebración de la Audiencia Especial (segunda audiencia del proceso oral de adopción) en la cual i) los promoventes formulan alegatos, momento en que normalmente los adoptantes manifiestan su intención de adoptar y justifican la misma, ii) desahogo de pruebas, tales como pruebas documentales (atestados del registro civil, valoraciones psicológicas, socioeconómicas y de trabajo social, certificados de idoneidad y de adoptabilidad, consentimiento escrito del tutor o de la institución, instrumental de actuaciones), testimoniales, periciales, etc., y iii) se dictará sentencia oral en que se incluirá la modalidad de seguimiento de la adopción.

---

7 De estos artículos es importante tener presente el artículo 391 que 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 que 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 que 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 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, 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, y los artículos 398, 399, 401 y 402 que precisan la obligación de otorgar el consentimiento por el representante legal del menor para que esta proceda y como suplirlo.

La sentencia que se dicte debe revisarse oficiosamente conforme al artículo 649 del Código Nacional, para lo cual el Juzgado deberá remitir el expediente dentro de los tres días hábiles siguientes a la celebración de la audiencia en que se dicte la sentencia, y la superioridad tendrá un plazo de 15 días hábiles para resolver si confirma, modifica o revoca la sentencia de primera instancia.

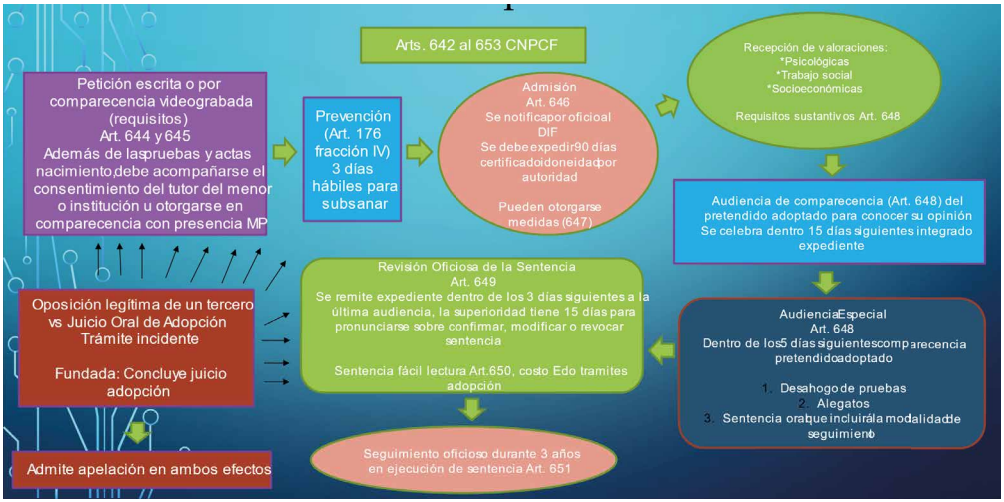
En caso de que la superioridad autorice la adopción, conforme al artículo 650 del Código Nacional deberá emitirse la sentencia en un formato de fácil lectura para ser entendida por el o los adoptados y será a cargo del erario (es decir del Estado) las copias y oficios necesarios para la inscripción de la adopción (es decir, para realizar las anotaciones en el acta de nacimiento anterior y resguardo de la misma y levantar una nueva acta de nacimiento tal y como lo mandata el artículo 405 del Código Civil para el Distrito Federal).

Conforme al artículo 651 del Código Nacional durante los 3 años siguientes a la aprobación de la adopción se dará seguimiento oficioso a la misma y a las medidas decretadas en el fallo, ello mediante ejecución de sentencia y para lo cual se revisarán los informes que remita el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF Nacional o DIF de la entidad donde se tramitó el juicio de adopción).

Finalmente es importante tener presente que conforme al artículo 643 del Código Nacional si durante el trámite de juicio de adopción aparece una oposición legitima de terceros, esta se tramitará incidentalmente y en caso de declararse fundada la misma, se concluirá el juicio de adopción; resolución incidental que admite recurso de apelación en ambos efectos (devolutivo y suspensivo).

Las etapas y términos del juicio de adopción conforme a las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares son las siguientes

Juicio Oral de Adopción en el CNPCF



13. ENTRADA EN VIGOR DEL CNPCF

Considero que la entrada en vigor y aplicación del Código Nacional debe considerarse a partir de seis reglas que he desarrollado y que expongo a continuación para el lector.

La primera regla consiste en que Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, entró en vigor el 8 de junio de 2023, esto es al día siguiente de su publicación (conforme al artículo primero transitorio.[8]

Tan es cierto que el Código Nacional entró en vigor el 8 de junio de 2023 que las partes en un proceso pueden optar de común acuerdo por la regulación del mismo conforme al artículo Cuarto Transitorio.[9] Asimismo conforme a ese artículo cuarto transitorio los juicios que a la entrada en vigor del Código Nacional se encuentren en trámite continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable en el momento del inicio de los mismos.

La segunda regla consiste en la derogación a partir del 8 de junio de 2023 de todas aquellas disposiciones sobre procesos de interdicción que restrinjan la capacidad jurídica de mayores de edad, ello conforme al artículo Décimo Noveno transitorio.[10]

La tercera regla consiste en que a partir del 8 de junio de 2023 se aplican supletoriamente las reglas del procedimiento especial de declaración de ausencia por desaparición en las entidades que no cuenten con un procedimiento de este tipo conforme al artículo Vigésimo transitorio[11]; las entidades federativas que no cuentan con un procedimiento de este tipo y en los cuales por ende puede aplicarse el Código Nacional son Baja California, Campeche, Chiapas, Durango, Guerrero, Hidalgo, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán.

La cuarta regla consiste en que la aplicación del Código Nacional será gradual en cada una de las entidades federativas y a nivel federal, por lo que se requerirá la declaratoria

---

8 Artículo Primero. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

9 Artículo Cuarto. Los procedimientos civiles y familiares que a la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares se encuentren en trámite, continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable en el momento del inicio de los mismos, salvo que las partes conjuntamente opten por la regulación del Código Nacional. No procederá la acumulación de procesos civiles y familiares cuando alguno de ellos se esté tramitando conforme al presente Código Nacional, y el otro proceso conforme a un Código abrogado.

10 Artículo Décimo Noveno. Se derogan todas aquellas disposiciones que establezcan procedimientos de interdicción, cuyo efecto sea restringir la capacidad jurídica de las personas mayores de 18 años, de conformidad con lo previsto por las Disposiciones Transitorias del presente Decreto.

11 Artículo Vigésimo. Para el caso que, en la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación este Código Nacional, en la legislación vigente de las entidades federativas no exista regulación relacionada con el procedimiento especial de declaración de ausencia por desaparición, a partir del día siguiente de dicha publicación, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del presente Código Nacional.

específica del Poder Judicial de la Federación a nivel federal y de cada uno de los Poderes Judiciales locales en los estados para la aplicación específica del Código, debiendo mediar un plazo de 120 días naturales entre la declaratoria y la aplicación del Código, ello conforme al artículo Segundo Transitorio.[12]

La quinta regla consiste en que la aplicación nacional del Código no podrá exceder del 1º de abril de 2027, ello conforme al último párrafo del artículo Segundo Transitorio.

La sexta regla consiste en que las disposiciones del Código Nacional a partir de la declaratoria y aplicación a nivel federal o en la correspondiente entidad federativa abrogará respectivamente el Código Federal de Procedimientos Civiles o el Código de Procedimientos Civiles del estado correspondiente, ello conforme al artículo Tercero transitorio.[13]

14. CONCLUSIONES

El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares es la legislación procesal más importante de los últimos años, la cual busca uniformar la tramitación de los procesos bajo los principios procesales de acceso a la justicia, concentración, colaboración, continuidad, contradicción, dirección procesal, igualdad procesal, inmediación, interés superior de la niñez, impulso procesal, lealtad procesal, litis abierta en materia familiar, oralidad, perspectiva de género, preclusión, privacidad y publicidad.

El juicio ordinario civil oral y el juicio oral familiar contemplan esencialmente la misma estructura consistente en (i) la presentación de la demanda acompañando y ofreciendo pruebas desde el escrito inicial, (ii) la prevención en un término de tres días, (iii) la admisión, (iv) el emplazamiento siendo este personal, (v) en el juicio ordinario

---

12 Artículo Segundo. La aplicación de lo dispuesto en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares previsto en el presente Decreto, entrará en vigor gradualmente, como sigue: en el Orden Federal, de conformidad con la Declaratoria que indistinta y sucesivamente realicen las Cámaras de Diputados y Senadores que integran el Congreso de la Unión, previa solicitud del Poder Judicial de la Federación, sin que la misma pueda exceder del 1o. de abril de 2027.
En el caso de las Entidades Federativas, el presente Código Nacional, entrará en vigor en cada una de éstas de conformidad con la Declaratoria que al efecto emita el Congreso Local, previa solicitud del Poder Judicial del Estado correspondiente, sin que la misma pueda exceder del 1o. de abril de 2027.
La Declaratoria que al efecto se expida, deberá señalar expresamente la fecha en la que entrará en vigor el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, y será publicada en el Diario Oficial de la Federación y en los Periódicos o Gacetas Oficiales del Estado, según corresponda.
Entre la Declaratoria a que se hace referencia en los párrafos anteriores, y la entrada en vigor del presente Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, deberán mediar máximo 120 días naturales. En todos los casos, vencido el plazo, sin que se hubiera emitido la Declaratoria respectiva, la entrada en vigor será automática en todo el territorio nacional sin que la misma pueda exceder el día 1o. de abril de 2027.

13 Artículo Tercero. De conformidad con el Artículo Segundo de las Disposiciones Transitorias de este Decreto, se abrogan el Código Federal de Procedimientos Civiles, así como la legislación procesal civil y familiar de las Entidades Federativas.

civil oral un término de quince días para contestar la demanda y acompañar las pruebas del demandado mientras que en el juicio oral familiar el término es de nueve días para contestar la demanda y acompañar las pruebas del demandado, (vi) un plazo de quince días para contestar la reconvención en el juicio ordinario civil oral mientras que en el juicio oral familiar el plazo es de nueve días para contestar la reconvención, (vii) una vista por tres días con las excepciones respectivas, (viii) el señalamiento de una audiencia preliminar dentro de los quince días hábiles siguientes de que esté integrada la litis, existiendo como diferencia en el juicio oral familiar que la audiencia preliminar contempla la junta anticipada y la audiencia propiamente dicha frente al juez, (ix) la audiencia de juicio la cual se celebra dentro de los cuarenta días de celebrada la audiencia preliminar, (x) que en la audiencia de juicio se formulan alegatos de apertura y de clausura siendo que en el juicio oral familiar los alegatos están limitados a diez minutos por cada intervención, se desahogan pruebas y se dicta sentencia de ser posible en la misma audiencia o con posterioridad (receso o hasta dentro de diez días siguientes en materia civil y hasta dentro de quince días siguientes en materia familiar), (xi) en el juicio ordinario civil oral las partes pueden pedir aclaración de sentencia dentro de los tres días siguientes de dictada la misma, (xii) que en contra de la sentencia procede el recurso de apelación escrita dentro de los nueve días siguientes siendo que en materia civil es en ambos efectos y en materia familiar solo se admite en efecto devolutivo.

El juicio de adopción es un proceso de jurisdicción que inicia con (i) una petición escrita o por comparecencia videograbad a la que deben acompañarse las pruebas, actas de nacimiento y el consentimiento del tutor o tutriz del menor, (ii) se tiene un plazo de tres días para desahogar la prevención si la hubiere, (iii) solventada esta o si la petición esta ajustada a derecho se admite la petición y se notifica por oficio al DIF para que expida en un plazo máximo de noventa días hábiles el certificado de idoneidad, además de que en la admisión pueden dictarse medidas por el juzgador, (iv) se deben reunir los requisitos sustantivos de la adopción (valoraciones psicológicas, socioeconómicas y de trabajo social que hubieren practicado a los adoptantes), (v) dentro de los quince días hábiles recibidas las valoraciones se señala fecha para la Audiencia de Comparecencia para conocer la opinión del menor de edad, (vi) dentro de los cinco días de celebrada la Audiencia de Comparecencia se verifica la segunda audiencia llamada Audiencia Especial en la cual se desahogan pruebas, se formulan

alegatos y se dicta sentencia oral con las modalidades de seguimiento de la adopción, (vii) dentro de los tres días de dictada la sentencia se remite el expediente a la superioridad para que esta en un plazo de quince días revise la misma, si se confirma la aprobación de la adopción se emite una sentencia de fácil lectura y los costos de los tramites de inscripción corren a cargo del Estado, (viii) se debe dar un seguimiento oficios de tres años en ejecución de sentencia a la adopción, (ix) cualquier oposición legitima de un tercero contra el juicio de adopción se tramita incidentalmente, de ser fundada la oposición esta concluye el juicio oral y la resolución del incidente es apelable en ambos efectos.

15. BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO García Carlos, Teoría General del Proceso, 15ª ed., Porrúa, México, 2006.

BECERRA Bautista José, El Proceso Civil en México, Porrúa, México, 1980.

BRISEÑO Sierra Humberto, Derecho Procesal, Oxford University Press, México, 1999.

BUCIO Estrada Rodolfo, Derecho Procesal Civil, Porrúa, México 2011.

CONTRERAS Vaca José Francisco, Derecho Procesal Civil: Teoría y Clínica, Oxford University Press, México, 2011.

GOMEZ Lara Cipriano, Derecho Procesal Civil, Trillas, México, 1987.

FAIRÉN Guillén Víctor, Teoría General del derecho procesal, UNAM, México, 1992.

FIX Zamudio Héctor y Ovalle Favela José, Derecho Procesal, Enciclopedia Jurídica Mexicana, Tomo XI, Porrúa, México, 2002.

GARCÍA Rojas Gabriel, Derecho Procesal Civil, Poder Judicial de la Federación, México, 1998.

MENA Moreno, Erick, La suspensión en las controversias constitucionales, México, Tesis profesional Escuela Libre de Derecho, 2013, 158 pp.

—, 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.

—, "Etapas procesales del juicio de adopción en el código nacional de procedimientos civiles y familiares" en https://centrocarbonell.online/2023/07/12/etapas-procesales-del-juicio-de-adopcion-en-el-codigo-nacional-de-procedimientos-civiles-y-familiares/ (8 de agosto de 2023).

—, "Etapas procesales del juicio oral familiar en el código nacional de procedimientos civiles y familiares" en https://centrocarbonell.online/2023/06/09/etapas-procesales-del-juicio-oral-familiar-en-el-codigo-nacional-de-procedimientos-civiles-y-familiares/ (10 de julio de 2023).

—, "Etapas procesales del juicio ordinario civil oral en el código nacional de procedimientos civiles y familiares" en https://centrocarbonell.online/2023/06/26/etapas-procesales-del-juicio-ordinario-civil-oral-en-el-codigo-nacional-de-procedimientos-civiles-y-familiares/ (10 de julio de 2023).

—, Régimen Jurídico de la Adopción en la Ciudad De México, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, número 45, Tirant Lo Blanch, 2021.

—, Diagramas para el aprendizaje de los procesos escrito y oral en materia civil, mercantil, familiar y de adopción, Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, número 46, Tirant Lo Blanch, 2022.

OVALLE Favela José, Teoría General del Proceso, Oxford University Press, México, 2005.

PALLARES Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Porrúa, México 2001.

PALLARES Eduardo, Tratado sobre las acciones, Porrúa, México

SAID Alberto e Isidro M. González Gutiérrez, Teoría General del Proceso, Iure editores, México, 2007.

PLAZOS EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: CARGA DE LA AUTORIDAD Y DERECHO DE LOS PROBABLES RESPONSABLES

Gilberto Nava Hernández*

RESUMEN: La Ley General de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos es aplicable para todos los servidores públicos del Estado mexicano (en tanto se trata de una ley "general") y tiene una doble naturaleza: sustantiva y adjetiva. Dentro de esta segunda parte se encuentra regulado el procedimiento netamente administrativo a través del cual los diferentes poderes que integran la República mexicana, mediante sus autoridades investigadoras y substanciadoras, deben investigar, tramitar y resolver respecto de las posibles faltas administrativas graves y no graves que pudieran haber cometido las personas servidoras que estén adscritas a estos. Así, una manera con la cual el legislador democrático buscó evitar un actuar discrecional por parte del Estado en contra de las personas servidoras públicas y en aras de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica, es el establecimiento de plazos procesales, es decir, de tiempos en los cuales deben tener lugar determinadas actuaciones y las resoluciones de este tipo de procedimientos, *so pena*, de que no puedan llevarse a cabo de forma posterior. En el presente *paper* se señala que, si bien esta medida es válida para evitar actuaciones discrecionales del Estado en materia de procedimientos administrativos, lo cierto es que resulta insuficiente; pues las leyes deberían precisar de forma clara los momentos en los cuales comienzan y finalizan los plazos y términos procesales, así como las actuaciones que los interrumpen. Finalmente, se señalan y exponen precedentes relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre este tópico.

PALABRAS CLAVE: Plazos, términos, responsabilidades administrativas, procedimiento administrativo sancionador, seguridad jurídica, legalidad, debido proceso.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. I.1. La Ley General de Responsabilidades Administrativas como Ley "General".. I.2. La Ley General de Responsabilidades Administrativas y un Procedimiento Administrativo. II. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVA.. III. LOS PLAZOS Y TÉRMINOS PROCESALES COMO UNA INSUFICIENTE GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA. IV. CONCLUSIONES. FUENTES DE CONSULTA.

I. INTRODUCCIÓN

Como punto de partida del presente *paper*, es necesario tener clara la diferencia entre una ley procesal o adjetiva, y una ley sustantiva; así como la materia, contenido y alcance de los procedimientos administrativos sancionadores.

---

* Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Maestro en Derecho Procesal Constitucional y Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad Panamericana. Profesor titular de Teoría General del Proceso en el ITAM. Secretario Auxiliar adscrito a la Ponencia del Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá.

En cuanto al primero de los temas debe decirse que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante "Primera Sala SCJN"), al resolver la entonces Contradicción de Tesis (hoy Contradicción de Criterios) 65/2010 definió los conceptos de "*derecho sustantivo*" y "*derecho adjetivo*".

Respecto al primero de los conceptos ("*derecho sustantivo*"), la Primera Sala SCJN determinó que se refiere al conjunto de normas que establecen derechos y obligaciones, facultades y deberes de las personas, y que prevén las sanciones que deben aplicarse cuando incurran en su incumplimiento[1]. Por otra parte, la misma Sala de nuestro Máximo Tribunal definió *derecho adjetivo* como aquél que regula a los organismos encargados de administrar justicia, precisa la jurisdicción y competencia respectiva, y señala las formas que deben observarse en la tramitación de los procesos jurídicos, o como el conjunto de preceptos legales que señalan la forma de aplicar las normas jurídicas, de tal manera que constituyen el complemento necesario del derecho sustantivo, en tanto, se encuentran destinadas a garantizar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones consagradas en el citado derecho sustantivo"[2].

En pocas palabras, la propia Primera Sala SCJN, en la misma Contradicción de Tesis (hoy Contradicción de Criterios) 65/2010 mencionó que el derecho adjetivo es el mecanismo procedimental que permite hacer valer el derecho sustantivo.

Teniendo claros esos dos conceptos, ahora debe mencionare que, según el artículo 1 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, su objetivo es establecer las responsabilidades administrativas de los servidores públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que estos incurran y las que correspondan a los particulares vinculados con faltas administrativas graves, así como los procedimientos para su aplicación.

De lo hasta aquí expuesto podemos concluir que la ley general en cita tiene una doble naturaleza: 1) es sustantiva y 2) tiene un carácter procesal o adjetivo. Por un lado, este cuerpo normativo establece las obligaciones y las faltas en que pueden incurrir todas las personas servidoras públicas del Estado mexicano (de los tres niveles de gobierno: federal, estatal y municipal; y de los tres poderes de la Unión: ejecutivo, legislativo y judicial), así como las maneras en cómo serán sancionadas ante el incumplimiento de tales obligaciones o la actualización de la alguna de las faltas o infracciones que prevé; y por otro, dispone el procedimiento para investigar estas conductas y para, en su caso, imponer las referidas sanciones en casos particulares.

---

1 En la misma sentencia de la entonces Contradicción de Tesis 65/2010, la Primera Sala pone el siguiente ejemplo de norma sustantiva "*…Una norma típica del* ***derecho sustantivo*** *o material, la constituye aquélla que determina que aquel que cause un daño a otro, debe repararlo. Ello es así, porque impone una obligación jurídica de reparación o indemnización a favor de la víctima, por parte de aquel que realizó contra ella el hecho ilícito…*".

2 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Contradicción de Tesis 65/2010*, Ciudad de México, 2010, p. 32-33

Lo que interesa para el desarrollo del presente *paper*, es la parte adjetiva de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, la cual comienza en su artículo 90 cuyo título es "Libro Segundo. Disposiciones Adjetivas", así a partir de su precepto 111 se regula el procedimiento de responsabilidad administrativa y la función del Estado mexicano, específicamente las reglas que debe seguir para aplicar el derecho sustantivo en casos concretos, es decir, regula todos los aspectos procesales, a saber sus principios, sus plazos, las partes, medios de apremio, medidas cautelares, pruebas, incidentes, acumulación, notificaciones, informes de presunta responsabilidad, improcedencia y procedimiento, audiencias, actuaciones y resoluciones, el propio procedimiento de responsabilidad administrativa ante las Secretarías de Estado y los Órganos Internos de Control, el procedimiento de la misma naturaleza pero que corresponde a los Tribunales, los recursos (revocación, reclamación, apelación y revisión), y el cumplimiento y ejecución de sanciones por faltas administrativas graves y no graves.

Como se advierte, en esta segunda parte de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, se encuentra regulada la función *administrativa* del Estado mexicano, es decir, de los diferentes poderes que lo integran en esta materia. Al respecto, es importante precisar dos cuestiones de la mayor relevancia:

I.1. La Ley General de Responsabilidades Administrativas como Ley "General".

Sobre este punto debe mencionarse que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Controversia Constitucional 29/2000 desarrolló el concepto de "facultades concurrentes", el cual —dijo el Máximo Tribunal— implica, en el sistema jurídico mexicano que las entidades federativas, incluso el entonces Distrito Federal (hoy Ciudad de México), los Municipios y la Federación, puedan actuar respecto de una misma materia, pero será el Congreso de la Unión el que determine la forma y los términos de la participación de dichos entes a través de una ley general.

En México se le ha denominado "leyes generales" a aquellas que expide el referido Congreso para cumplir con dos propósitos: 1) distribuir competencias entre la Federación y los estados otorgando las bases para el desarrollo de las leyes locales correlativas; y 2) establecer el régimen federal para regular la acción de los poderes centrales en la materia de que se trate[3]. Tal como ocurre en la materia educativa, de salud, asentamientos humanos, seguridad pública, ambiental y protección civil.

Así, la materia de responsabilidades administrativa de las personas servidoras públicas también tiene el carácter de "general", en tanto, la aplicación del Ley General de Responsabilidades Administrativas, es decir, la investigación y sanción de tales infracciones están a cargo de las secretarías de Estado del gobierno federal y de las entidades

3 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, *Controversia Constitucional 29/2000*, Ciudad de México, 2001, 210 pp. 94-97.

federativas, los órganos internos de control, la Auditoría Superior de la Federación y las entidades de fiscalización superior de las entidades federativas; para las personas servidoras públicas adscritas a los poderes judiciales, la aplicación de esta Ley está a cargo, a nivel federal, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal; y, a nivel local, de los poderes judiciales de los estados y el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, y de sus consejos de la judicatura; y de las unidades de responsabilidades de las empresas productivas del Estado.

De todo lo anterior podemos afirmar, en pocas palabras, que el carácter "general" de la materia de responsabilidades administrativas deriva de que cada uno de los diferentes poderes que conforman el Estado Mexicano está obligada a aplicar el mismo cuerpo normativo para investigar y sancionar estas responsabilidades de la manera en cómo lo estableció el Congreso de la Unión, pero únicamente respecto de las personas servidoras públicas que estén adscritas a cada uno de los poderes.

I.2. La Ley General de Responsabilidades Administrativas y un Procedimiento Administrativo

Si bien en líneas anteriores se afirmó que la Ley de referencia regula, entre otras cuestiones, tanto el procedimiento que el Estado mexicano debe seguir, se insiste, para investigar y sancionar responsabilidades administrativas, como todos los aspectos inherentes a éste, el cual debe desarrollarse a través de las personas servidoras públicas facultadas para tal efecto y que tienen competencia para intervenir dentro de este procedimiento; lo cierto es que este procedimiento no es de carácter jurisdiccional, sino netamente administrativo. Ahora se explica este punto.

Según el *Manual del Justiciable. Elemento de Teoría General del Proceso*, publicado en 2003 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podemos entender "*proceso jurisdiccional*" como el conjunto de actos que, a través de diversas fases y dentro de un lapso específico, llevan a cabo dos o más sujetos entre los que ha surgido una controversia, a fin de que un órgano con facultades jurisdiccionales aplique las normas jurídicas necesarias para resolverla, mediante una sentencia revestida de fuerza y permanencia[4].

Así, se afirma que no todo proceso es jurisdiccional, ya que la característica primordial que hace que un proceso tenga tal naturaleza consiste en que éste sea tramitado y resuelto por ciertos órganos a los que el Estado concedió la facultad para resolver los conflictos que los particulares sometan a su consideración desde una posición de imparcialidad, es decir, por un juez o una jueza ajena a la controversia y revestido de jurisdicción, la cual se traduce en la potestad estatal para decir y decidir el derecho.

4 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Justiciable. Elemento de Teoría General del Proceso*, Ciudad de México, Poder Judicial de la Federación, 2003, p. 9.

Al respecto, cabe mencionar que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) define "*imparcialidad*" como "*falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo que permite juzgar o proceder con rectitud*".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CoIDH") al resolver el "*Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*", desarrolló el concepto de "*imparcialidad*". En tal resolución, el tribunal internacional de referencia argumentó que este término exige que el juez[a] que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad (sic)[5].

Sobre esa misma línea jurisdiccional, la Primera Sala SCJN determinó, al resolver el Impedimento 12/2017 que el principio de imparcialidad, en su núcleo esencial, tiene cuatro elementos:

1) Implica que quien juzgue una contienda se aproxime a los hechos de la causa sin prejuicios en lo subjetivo, y con garantías suficientes de índole objetiva que permitan eliminar dudas sobre su imparcialidad.

2) La imparcialidad judicial tiene dos dimensiones: funcional y personal. La Primera Sala SCJN consideró que el primero de los tipos se refiere a las funciones que son asignadas a quienes imparten justicia dentro de un proceso judicial, de modo que no participen en diversos roles, es decir, que no actúen en distintas instancias o carezcan de conexión con alguna de las partes; mientras que la dimensión personal deriva de la conducta de la persona juzgadora respecto a un caso específico y de los sesgos, prejuicios personales o ideas preconcebidas.

3) La imparcialidad funcional se analiza desde un punto de vista objetivo a partir de circunstancias verificables, mientras que la personal se estudia tanto de manera subjetiva como objetiva. Respecto a la primera, cabe mencionar que la Primera Sala SCJN consideró que ésta se refiere a que los intereses o convicciones personales de quien juzga en un determinado caso o en comportamientos que reflejen una falta de distancia profesional de la o el Juez frente a la decisión. Sobre esa misma línea argumentativa, la propia Primera Sala SCJN falló que la prueba objetiva se centra en identificar indicios que resuelvan dudas justificadas o legítimas sobre la conducta que observarán quienes van a resolver un asunto, salvaguardando la confianza que los órganos de impartición de justicia deben inspirar a las personas justiciables.

---

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, San José, 2008, párr. 56.

4) La recusación constituye un instrumento procesal de gran relevancia para la tutela del derecho a ser juzgado por un órgano imparcial e independiente[6].

Como se advierte de todo lo ya desarrollado en este punto, el concepto de "*proceso jurisdiccional*" deriva de que la persona encargada del trámite y resolución de una controversia esté a cargo de una persona ajena a las partes con facultades para aplicar y decidir sobre el derecho objetivo y que se aproxime a aquella sin favorecer a ninguna de las partes.

Ahora bien, resulta importante desarrollar el presente apartado en virtud de que, regresando al tema concreto de análisis del presente *paper*, permite concluir que el procedimiento que prevé la Ley General de Responsabilidades Administrativas, a partir de su artículo 90, no es uno de carácter jurisdiccional, sino administrativo, ¿por qué? Porque, tal y como se argumentó en líneas anteriores, tanto la investigación, trámite, resolución aplicación de las sanciones (en términos muy generales, se abundará sobre las etapas del procedimiento en próximas páginas) contra personas servidoras públicas derivadas de la comisión de infracciones previstas en el mismo ordenamiento legal, no está a cargo de una persona imparcial a las partes en conflicto (como lo podría ser la administración pública contra alguno de sus servidores públicos), sino que el mismo Estado mexicano tramita, resuelve y establece de forma unilateral y obligatoria la sanciones contra sus servidores públicos.

Lo anterior, en virtud de que, en términos de su artículo 10, la aplicación de la ya multicitada Ley General de Responsabilidades Administrativas está a cargo de las propias autoridades federales y locales del Estado mexicano, las cuales están facultadas para dictar, ordenar o ejecutar actos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de forma unilateral y obligatoria. Es decir, los propios entes públicos que conforman el Estado mexicano, incluidos tanto los poderes ejecutivo, legislativo y judicial tanto a nivel federal como local, son parte en litigio y autoridad resolutora en este tipo de procedimientos; no hay una persona imparcial ajena a las partes en conflicto que resuelva el conflicto, el propio Estado resuelve.

Situación jurídica la cual, no sobra precisar, también aplica para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal, los tribunales superiores de justicia y los consejos de la judicatura de las entidades federativas, en tanto, al aplicar la Ley General en cita, respecto a sus servidores públicos, no lo hacen en su función de órganos jurisdiccionales, sino en su función administrativa como entes también pertenecientes al Estado mexicano, que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de forma unilateral y obligatoria, sin echar mano de su función jurisdiccional para esos efectos y fines.

6 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Impedimento 12/2017*, Ciudad de México, 2018, pp. 10-16.

Precisados los dos puntos anteriores, se debe arribar a las siguientes conclusiones respecto a la Ley General de Responsabilidades Administrativas: es una ley de carácter tanto adjetiva como sustantiva; aplica para todos los entes públicos del Estado mexicano y prevé, valga la redundancia de la expresión, un procedimiento administrativo para sancionar unilateralmente a las servidoras públicas, sin la necesidad de acudir a un tercero imparcial a la controversia, en tanto el propio Estado está facultado para investigar, tramitar y resolver respecto de esta materia.

Ahora, aquí se centra el presente artículo, debe decirse que esta última idea de ninguna manera implica que el Estado, al aplicar la Ley General de Responsabilidades Administrativas, actúe de manera arbitraria o discrecional. De forma contraria a ello, esta misma Ley impone límites y regula la forma en cómo deben conducirse las distintas autoridades en materia de responsabilidades administrativas. Como se mencionó en páginas precedentes, las leyes adjetivas regulan todos los aspectos procesales de un determinado procedimiento encaminado a la aplicación del derecho sustantivo a un caso concreto y establecen, se vuelve a mencionar, garantías para evitar una conducta caprichosa de la autoridad que no se encuentra en un plano de igualdad respecto al servidor público probablemente responsable de la comisión de una falta administrativa, sino en una posición de supra-subordinación en los términos ya precisados.

Dicho lo anterior, una de esas garantías que el legislador estableció para proteger a los servidores públicos probablemente responsables de actuaciones arbitrarias por parte de las autoridades administrativas fue el establecimiento de plazos; y con ello crear un sistema de responsabilidades administrativas, confiable, sólido y respetuoso de las instituciones, del estado de derecho y del debido proceso.

II. EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN MATERIA DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVA

En líneas anteriores se mencionó que, según el *Manual del Justiciable. Elemento de Teoría General del Proceso*, que un "*proceso jurisdiccional*" es el conjunto de actos que, a través de diversas fases y dentro de un lapso específico, llevan a cabo dos o más sujetos entre los que ha surgido una controversia, a fin de que un órgano con facultades jurisdiccionales aplique las normas jurídicas necesarias para resolverla, mediante una sentencia revestida de fuerza y permanencia[7].

Ahora bien, por cuestión metodológica y para facilitar la comprensión de la materia de estudio del presente artículo, partamos de que "*proceso*", en términos amplios, es una serie de actos que llevan a cabos las partes en conflicto y que integran diversas fases, a fin de resolver una controversia. Actos y etapas las cuales, en el caso de la materia de

7 Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Justiciable. Elemento de Teoría General del Proceso*, Ciudad de México, Poder Judicial de la Federación, 2003, p. 9.

responsabilidades administrativas de los servidores públicos están regulados en la Ley de materia de la siguiente manera.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo en Revisión 133/2020, determinó que el referido procedimiento, en su etapa de investigación, implica las siguientes subetapas (artículo 90 a 101 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas).

1) **Inicio de la investigación por responsabilidad de faltas administrativas. Ésta puede comenzar de** oficio, por denuncia o derivado de las auditorías practicadas por parte de las autoridades competentes o, en su caso, de auditores externos; al respecto, la propia Segunda Sala precisó que, en los casos de las denuncias, éstas deben contener los datos o indicios que permitan advertir la presunta responsabilidad administrativa.

2) **Substanciación de la investigación**. Respecto a esta etapa, la Segunda Sala consideró que las autoridades investigadoras deben llevar a cabo de oficio las auditorías o investigaciones de forma fundada y motivada, respecto de las conductas de los servidores públicos y particulares que puedan constituir responsabilidades administrativas, con independencia de las denuncias; y que la autoridad investigadora deberá tener acceso a la información necesaria para el esclarecimiento de los hechos, incluso de aquella que tenga el carácter de reservada o confidencial.

3) **Calificación de faltas administrativas**. En esta fase, la Segunda Sala de nuestro Máximo Tribunal Constitucional estimó que, una vez que sean concluidas las diligencias de investigación, la autoridad investigadora procederá al análisis de los hechos, así como de la información recabada, a efecto de determinar la existencia o inexistencia de faltas administrativas y, en su caso, calificarla como grave o no grave. Hecho lo cual, ésta deber incluir tal calificación en el informe de presunta responsabilidad y presentarlo ante la autoridad substanciadora a efecto de iniciar el procedimiento de responsabilidad administrativa[8].

Como se mencionó en el párrafo anterior, con la calificación de las faltas administrativas investigadas concluye la fase de investigación y comienza formalmente el procedi-

8 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, *Amparo en Revisión 133/2020*, Ciudad de México, 2020, pp. 6-8. También se estimó en el mismo Amparo en Revisión 133/2020 que para los casos en los que no se encuentren elementos suficientes para demostrar la existencia de la infracción, la autoridad investigadora debe emitir un acuerdo de conclusión y archivo del expediente, sin perjuicio de que pueda abrirse nuevamente la investigación si se presentan nuevos indicios o pruebas; que la determinación de archivo y conclusión se notificará a los servidores públicos y particulares sujetos a investigación, así como a los denunciantes; y que las as autoridades substanciadoras o resolutoras se abstendrán de iniciar el procedimiento de responsabilidad administrativa previsto en la ley o de imponer sanciones administrativas a un servidor público, cuando de las investigaciones practicadas o de la valoración de las pruebas se advierta que no existe daño ni perjuicio a la Hacienda Pública Federal.

miento de responsabilidad administrativa, el cual está regulado por las disposiciones legales previstas en los artículos 111 y siguientes de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. *Grosso modo*, este procedimiento se encuentra comprendido por las siguientes etapas[9].

---

9 Como una cuestión netamente ilustrativa para efectos del presente *paper*, se toma como base el artículo 208 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas que establece el procedimiento que debe seguir la autoridad substanciadora de las Secretarías de Estado y de los Órganos Internos de Control en los casos de faltas administrativas no graves; precepto legal que dispone lo siguiente:
"**Artículo 208**. En los asuntos relacionados con Faltas administrativas no graves, se deberá proceder en los términos siguientes:
I. La Autoridad investigadora deberá presentar ante la Autoridad substanciadora el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, la cual, dentro de los tres días siguientes se pronunciará sobre su admisión, pudiendo prevenir a la Autoridad investigadora para que subsane las omisiones que advierta, o que aclare los hechos narrados en el informe;
II. En el caso de que la Autoridad substanciadora admita el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa, ordenará el emplazamiento del presunto responsable, debiendo citarlo para que comparezca personalmente a la celebración de la audiencia inicial, señalando con precisión el día, lugar y hora en que tendrá lugar dicha audiencia, así como la autoridad ante la que se llevará a cabo. Del mismo modo, le hará saber el derecho que tiene de no declarar contra de sí mismo ni a declararse culpable; de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor perito en la materia y que, de no contar con un defensor, le será nombrado un defensor de oficio;
III. Entre la fecha del emplazamiento y la de la audiencia inicial deberá mediar un plazo no menor de diez ni mayor de quince días hábiles. El diferimiento de la audiencia sólo podrá otorgarse por causas de caso fortuito o de fuerza mayor debidamente justificadas, o en aquellos casos en que se nombre;
IV. Previo a la celebración de la audiencia inicial, la Autoridad substanciadora deberá citar a las demás partes que deban concurrir al procedimiento, cuando menos con setenta y dos horas de anticipación;
V. El día y hora señalado para la audiencia inicial el presunto responsable rendirá su declaración por escrito o verbalmente, y deberá ofrecer las pruebas que estime necesarias para su defensa. En caso de tratarse de pruebas documentales, deberá exhibir todas las que tenga en su poder, o las que no estándolo, conste que las solicitó mediante el acuse de recibo correspondiente. Tratándose de documentos que obren en poder de terceros y que no pudo conseguirlos por obrar en archivos privados, deberá señalar el archivo donde se encuentren o la persona que los tenga a su cuidado para que, en su caso, le sean requeridos en los términos previstos en esta Ley;
VI. Los terceros llamados al procedimiento de responsabilidad administrativa, a más tardar durante la audiencia inicial, podrán manifestar por escrito o verbalmente lo que a su derecho convenga y ofrecer las pruebas que estimen conducentes, debiendo exhibir las documentales que obren en su poder, o las que no estándolo, conste que las solicitaron mediante el acuse de recibo correspondiente. Tratándose de documentos que obren en poder de terceros y que no pudieron conseguirlos por obrar en archivos privados, deberán señalar el archivo donde se encuentren o la persona que los tenga a su cuidado para que, en su caso, le sean requeridos;
VII. Una vez que las partes hayan manifestado durante la audiencia inicial lo que a su derecho convenga y ofrecido sus respectivas pruebas, la Autoridad substanciadora declarará cerrada la audiencia inicial, después de ello las partes no podrán ofrecer más pruebas, salvo aquellas que sean supervenientes;
VIII. Dentro de los quince días hábiles siguientes al cierre de la audiencia inicial, la Autoridad substanciadora deberá emitir el acuerdo de admisión de pruebas que corresponda, donde deberá ordenar las diligencias necesarias para su preparación y desahogo;
IX. Concluido el desahogo de las pruebas ofrecidas por las partes, y si no existieran diligencias pendientes para mejor proveer o más pruebas que desahogar, la Autoridad substanciadora declarará abierto el periodo de alegatos por un término de cinco días hábiles comunes para las partes;
X. Una vez trascurrido el periodo de alegatos, la Autoridad resolutora del asunto, de oficio, declarará cerrada la instrucción y citará a las partes para oír la resolución que corresponda, la cual deberá dictar-

1) **Admisión del Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa**. La autoridad investigadora debe presentar el Informe de Presunta Responsabilidad Administrativa frente a la autoridad substanciadora (es decir, la encargada tanto de tramitar el procedimiento como de imponer la sanción), la cual debe decidir si lo admite o no, en un plazo no mayor a 3 días.

2) **Emplazamiento**. Se hará del conocimiento de la persona servidora pública la admisión de tal informe y se le citará a la audiencia inicial.

3) **Cita para la Audiencia Inicial**. La audiencia debe celebrarse dentro de un plazo no menor a 10 días hábiles ni mayor a 15. La misma Ley menciona que el llamamiento a la audiencia inicial de demás personas involucradas en la controversia debe realizarse en un plazo de cuando menos 72 horas.

4) **Celebración de la Audiencia.** Durante **ésta,** la persona servidora pública probable responsable rendirá su declaración y ofrecerá pruebas. De similar manera, las personas terceras llamadas al procedimiento de responsabilidad administrativa estarán en posibilidad de manifestar lo que a su derecho convenga y de ofrecer pruebas. La ley establece que, una vez que se cierre la audiencia, ninguna de las partes podrá ofrecer más pruebas, salvo aquellas que sean supervenientes.

5) **Acuerdo de pruebas.** Una vez cerrada la audiencia, la autoridad substanciadora tendrá 15 días hábiles para emitir el acuerdo de admisión de pruebas, en el cual ordenará las diligencias necesarias para su preparación y desahogo.

6) **Alegatos**. Una vez desahogadas las pruebas y cerrada la etapa probatoria, la autoridad substanciadora abrirá la etapa de alegatos durante un plazo de 5 días hábiles común a todas las partes, a fin de que manifiesten lo que a su derecho convenga.

7) **Cierre de instrucción y Resolución**. Transcurrido tal plazo de 5 días hábiles, la autoridad substanciadora cerrará la instrucción y citará a las partes para escuchar resolución, lo cual deberá ocurrir en un plazo no mayor a 30 **días hábiles.**

8) **Notificación de Resolución**. La resolución deberá notificarse al probable responsable de forma personal en un plazo no superior a 10 **días hábiles.**

Como se advierte de este procedimiento, el cual es el previsto por la Ley General de Responsabilidad Administrativas para que las Secretarías de Estado y los Órganos In-

---

se en un plazo no mayor a treinta días hábiles, el cual podrá ampliarse por una sola vez por otros treinta días hábiles más, cuando la complejidad del asunto así lo requiera, debiendo expresar los motivos para ello;
XI. La resolución, deberá notificarse personalmente al presunto responsable. En su caso, se notificará a los denunciantes únicamente para su conocimiento, y al jefe inmediato o al titular de la dependencia o entidad, para los efectos de su ejecución, en un plazo no mayor de diez días hábiles."

ternos de Control tramiten y estén en posibilidades de emitir las resoluciones relacionadas con los casos relacionados con faltas administrativas no graves, está compuesto por una serie de actuaciones que deben realizar las partes involucradas dentro de los plazos que el propio legislador democrático estableció para ese efecto.

Al respecto es de la mayor relevancia mencionar desde este momento que el artículo 74 de la misma ley general establece que las sanciones para los casos relacionados con faltas administrativas no graves deben imponerse en un plazo no mayor a 3 años; y para las faltas graves en un plazo de 7 años; *so pena* que, de no imponerse las sanciones dentro de estos términos prescriban[10] y no sea posible imponerlas en un momento posterior.

III. LOS PLAZOS Y TÉRMINOS PROCESALES COMO UNA INSUFICIENTE GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA

Descrita de forma muy sencilla y general la forma en cómo funciona el procedimiento sancionador en materia de responsabilidades administrativas, es el momento de exponer las razones torales por las cuales el legislador dispuso que cada una de las actuaciones que tienen lugar en este procedimiento deben realizarse en un determinado plazo y el motivo por el cual éste necesariamente debe agotarse igualmente en los plazos de prescripción previstos por la ley de la materia.

El término "*plazo*" ha sido sumamente explorado por la doctrina jurídica. El Doctor José Ovalle Favela, en su libro "*teoría general del proceso*" (sic) menciona que tanto la doctrina alemana como la española distinguen dos conceptos importantes para medir o iniciar la medición del tiempo para la realización de los actos procesales, y que "*plazo*" es "*…un periodo a todo lo largo del cual, desde el momento inicial y hasta el final, se puede realizar válidamente un acto procesal…*"; y distingue este concepto del "*término"* que es el "*momento (día y hora) para el comienzo de un acto procesal*".[11]

Como segundo punto, debe decirse que el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el principio de seguridad jurídica. El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la entonces Contradicción de Tesis 169/2018, en la cual retomó su línea jurisprudencial que sustentó desde la también Contradicción de Tesis 362/2010, fijó el contenido y alcance de los principios de legalidad y seguridad jurídica.

En aquella Contradicción de Tesis 169/2018, el Pleno de nuestro Máximo Tribunal consideró que los principios de legalidad y seguridad jurídica reconocidos en los artículos 14 y 16 constitucionales se respetan por las autoridades legislativas cuando

---

10 El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define "*prescribir*" entre otras acepciones como "3. intr. Dicho de un derecho, de una responsabilidad o de una obligación: Extinguirse por haber transcurrido cierto período de tiempo, especialmente un plazo legal".

11 Ovalle Favela, José, "*teoría general del proceso*" (sic), 7a. ed., México, Oxford University Press, 2015, p. 305

las normas generales que emiten, generan certidumbre en los gobernados sobre las consecuencias jurídicas que producirán, al respecto se precisó que tratándose de normas que confieren alguna facultad a una autoridad, esa certidumbre se genera cuando acotan en la medida necesaria y razonable sus atribuciones impidiéndoles actuar de manera arbitraria o caprichosa; que el principio de seguridad jurídica previsto en el artículo 16 constitucional se debe entender en el sentido de que las normas jurídicas deben ser ciertas y claras, de manera que el gobernado sepa a qué atenerse en caso de su inobservancia, los elementos mínimos para hacer valer sus derechos y las facultades y obligaciones que le corresponden a la autoridad para evitar que cometan arbitrariedades o conductas injustificadas; y se precisó que el legislador no está obligado a establecer en un solo precepto legal todos los supuestos y consecuencias de la norma, dado que tales elementos pueden válidamente consignarse en diversos numerales del propio ordenamiento legal e inclusive en distintos cuerpos normativos, en tanto que no existe alguna disposición constitucional que establezca lo contrario[12].

De tales premisas debe decirse que los plazos, entendidos en los términos ya expuestos, previstos para la realización de las actuaciones de un determinado tipo de procedimiento o, incluso para terminar todo el procedimiento, contribuyen a tutelar el principio constitucional de seguridad jurídica, pues buscan generan certidumbre en los gobernados sobre las consecuencias jurídicas que se producirán en caso de que estos no tengan lugar en un determinado periodo y con ello evitar que las autoridades actúen de manera discrecional, arbitraria o caprichosa.

Por ejemplo, en líneas anteriores se mencionó que el Estado mexicano tiene 3 años para imponer sanciones por faltas administrativas no graves; así este plazo contribuye a proteger el derecho humano a la seguridad jurídica de las personas servidoras públicas, en tanto, se les genera certeza de que, si trascurridos 3 años a partir de que cometieron alguna infracción a la Ley General de Responsabilidades Administrativas, el Estado no les ha impuestos sanción alguna, entonces tienen la certeza de que ya nunca se investigará ni se les castigará por esa conducta.

A esta circunstancia, de manera jurídica se le denomina "*prescripción*". La Primera Sala SCJN, al resolver el Amparo en Revisión 269/2021, consideró que la "*prescripción*" es un límite a la facultad sancionadora del propio Estado mexicano, pues representa una autolimitación a su atribución para sancionar las conductas irregulares, así que ésta no puede ser entendida como una concesión gratuita que se ofrece a los servidores públicos, sino que representa una garantía de seguridad jurídica a su favor, pues con la prescripción se asegura que no sea infraccionado una vez que transcurrió el plazo previsto en la ley para ese efecto; y además es una sanción para las autoridades

12 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, *Contradicción de Criterios 169/2018*, Ciudad de México, 2019, pp. 11-15.

negligentes que no sancionaron cierta conducta en el plazo previsto para ese efecto[13], es decir, una autolimitación que el Estado se impone.

Si bien es cierto que esta figura jurídica de la "prescripción" implica, como se mencionó en páginas anteriores, la pérdida de un derecho o de una facultad por no haberse ejercido en el plazo legalmente previsto para ese efecto, en el caso anterior, el Estado mexicano pierde su facultad para sancionar faltas administrativas no graves, si no lo hace en 3 años; lo cierto es que la misma consecuencia ocurre con las actuaciones intraprocesales, pero con la figura de la "preclusión".

Por ejemplo, la fracción X del artículo 208 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas dispone que, en los procedimientos seguidos ante las Secretarías de Estado y los Órganos Internos de Control por faltas administrativas no graves, la resolución debe dictarse en un plazo no mayor a 30 días hábiles contados a partir del cierre de instrucción, *so pena*, de que precluya la facultad para emitir la resolución que contenga la sanción correspondiente.

Resumidas cuentas, la "prescripción" implica la pérdida de derechos sustantivos por el mero transcurso del tiempo; y la "preclusión" deriva en la pérdida de derechos intraprocesales igualmente por el paso del plazo previsto para ese efecto; siendo la misma idea general.

Sobre esta línea argumentativa, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la ya referida Contradicción de Tesis 169/2018, en la que contendían criterios opuestos de la Primera y Segunda Salas del propio Máximo Tribunal respecto a si el artículo 478 de la Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas resultaba o no violatorio del principio de seguridad jurídica al no prever el plazo con que cuenta la autoridad financiera para dictar resolución en los procedimientos administrativos de infracción seguidos conforme a dicha normatividad; determinó que el precepto 478 en cita que regula a las instituciones de seguros y fianzas resultaba inconstitucional por ser violatorio del principio de seguridad jurídica, al no prever un plazo para que la comisión de la materia dicte las resoluciones con las cuales finaliza el procedimiento sancionatorio y se determinan las faltas y sanciones a las que son acreedoras tales instituciones.

Al respecto, se debe decir que la inconstitucionalidad de tal enunciado normativo 478 deriva de que deja en indefinición el plazo que tiene la autoridad administrativa para dictar la resolución por infracciones a la Ley de Seguros y Fianzas, situación la cual vulnera la seguridad jurídica de las instituciones autorizadas para realizar operaciones en esta materia.

13 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Amparo en Revisión 269/2021*, Ciudad de México, 2022, p. 26.

En similares términos, la Primera Sala SCJN, al fallar el Amparo Directo en Revisión 5482/2022, determinó que el artículo 99 de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro es constitucional y respetuoso del principio constitucional de seguridad jurídica, porque el plazo para la emisión de la multa que ese precepto regula se contiene en el artículo 119 de la misma ley[14], el cual establece 4 meses para que la Comisión de la materia resuelva lo conducente.

Como se advierte de lo hasta aquí, ha sido criterio reiterado de nuestro Máximo Tribunal que, con el establecimiento de plazos tanto en el derecho sustantivo para ejercer derechos o facultades, como en el derecho adjetivo para realizar actos intraprocesales, *so pena* en ambos casos de perder los derechos y la posibilidad de ejercerlos en un momento posterior, el legislador democrático buscó tutelar el principio constitucional de seguridad jurídica y proteger a los gobernados de la actuación arbitrarias y caprichosas de la autoridad administrativa.

Ahora, si bien es cierto lo anterior, también lo es que el mero establecimiento de un plazo para ejercer algún derecho, facultad o acto intraprocesal no es *per se* suficiente para evitar un actuar discrecional por parte del Estado y para tutelar el principio constitucional de seguridad jurídica; pues esa sola circunstancia jurídica no garantiza que los gobernados conozcan *ex ante* y con toda precisión cuándo terminará el plazo para esos efectos, en tanto, no tienen certeza del momento en el que comenzó a transcurrir o cuándo se interrumpió, y con ello tampoco es posible garantizarles que en el futuro no existirán procedimientos o sanciones respecto de conductas que pudieron haber concurrido en un tiempo mayor al plazo de prescripción o preclusión.

Una forma más clara de comprender esta situación es a través del siguiente ejemplo. El artículo 74 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas dispone que la autoridad substanciadora debe imponer las sanciones en los casos relacionados con faltas administrativas no graves en un plazo no mayor a 3 años, y que la prescripción de tal acción se interrumpirá con la clasificación que emita la autoridad investigadora (artículo 100), es decir, se interrumpirá cuando aquella autoridad determine si se trata de una falta administrativa grave o no. Sobre este punto es de la mayor relevancia precisar que, como se explicó también en líneas anteriores, en la fase de investigación no se ha emplazado a la servidora pública probable responsable al procedimiento administrativo sancionador, por lo que, aun no tiene conocimiento de que existe un procedimiento en su contra. Así, como se advierte, la propia Ley autoriza la interrupción del cómputo de un plazo en perjuicio de las personas gobernadas cuando ni siquiera han sido llamadas al proceso.

Circunstancia la cual genera una duda importante de que tanto se garantiza el principio de seguridad jurídica con el mero establecimiento de un plazo. ¿Por qué? En

14 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Amparo Directo en Revisión 5482/2022*, Ciudad de México, 2023, p. 20.

virtud de que, si bien la Ley General en cita menciona de forma expresa que no podrán establecerse sanciones por faltas administrativas no graves en un plazo no mayor a 3 años, ¿qué tanto pueden prorrogarse esos 3 años con motivo de la interrupción del plazo que se origina con motivo de la calificación de la conducta? La Ley General de Responsabilidades Administrativa no menciona algo al respecto. Máxime que, ya se había mencionado, la persona probable responsable no ha sido llamada al procedimiento (debe recordarse que éste tiene naturaleza administrativa y no jurisdiccional).

Este tema lo abordó la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el ya citado Amparo en Revisión 269/2021. En este asunto, la Primera Sala SCJN abordó la interpretación sistemática de los artículos 74 y 100 de la Ley General de Responsabilidades Administrativa y concluyó, entre otras cuestiones que, si bien estas disposiciones legales no resultaban inconstitucionales ni violatorias del principio constitucional de seguridad jurídica, atendiendo al principio *pro personae* previsto en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debía considerarse que los plazos de prescripción únicamente debía entenderse interrumpidos hasta la fecha en que la autoridad administrativa notificara a la persona servidora pública probable responsable la actuación que generara tal suspensión, a fin de que tuviera plena certeza de cuál es la actuación que la genera y el momento en el que tuvo lugar, con el objetivo de tutelar de mejor manera el principio constitucional de seguridad jurídica y garantizar a las personas probables responsables que la autoridad administrativa cumplió con su carga de ejercer las acciones en los términos y plazos[15] que, en este caso, establecía la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Resumidas cuentas, en el Amparo en Revisión 269/2021, la Primera Sala consideró que los plazos de prescripción de las acciones administrativas que el Estado tenga en contra de algunas de sus personas servidoras públicas, únicamente se entenderán interrumpidos hasta el momento en que la autoridad substanciadora notificara la actuación que genera tal interrupción a la persona probable responsable.

Por otra parte, la misma Primera Sala SCJN, al fallar el Amparo Directo en Revisión 2170/2022, estimó que el plazo de 5 años previsto en el artículo 73 de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, si bien puede interrumpirse con el inicio del procedimiento previsto en el artículo 57 de la misma ley, debía entenderse que, a fin de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, el referido plazo de 5 años (contados a partir del día siguiente en que se realizó la conducta infractora o hayan cesado sus efectos), se interrumpirá hasta en tanto se notifique al presunto infractor el inicio del procedimiento y se le conceda su derecho de audiencia, y que la resolución que determinara su situación jurídica debía emitirse antes de que transcurrieran 5 años[16].

---

15 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Amparo en Revisión 269/2021*, Ciudad de México, 2022, pp. 37-38.

16 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Amparo Directo en Revisión 2170/2022*, Ciudad de México, 2022, pp. 21-22.

Así, en este Amparo Directo en Revisión 2170/2022, la Primera Sala SCJN dio un paso más en la protección del principio constitucional de seguridad jurídica, en tanto, si bien también consideró que los plazos de prescripción y preclusión son necesarios para tutelar aquél principio; que aquellos únicamente quedarán interrumpidos hasta que la persona probable responsable tuviera conocimiento de la actuación procesal que la genera; en este precedente también falló que los plazos de prescripción que prevén las leyes implican que dentro de ellos se inicie el procedimiento y quede completamente concluido y resuelta la cuestión analizada en ellos. Situación esta última que, en el caso concreto, se tradujo en que dentro del plazo de 5 años que prevé el artículo 73 de la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación se investigue, se ejerza la acción correspondiente, se tramite y concluya el procedimiento administrativo, es decir, hasta el dictado de la resolución correspondiente.

Avances que hasta ahora integran el criterio vigente de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al contenido y alcance del principio de seguridad jurídica en cuanto a la forma de computar e interrumpir plazos y términos en materia de procedimientos administrativos.

IV. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, es de la mayor relevancia el tema que se abordó en páginas anteriores, referente a la forma de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica al computar los plazos de prescripción y preclusión en materia de responsabilidades administrativas, en tanto, como se expuso a lo largo del presente *paper*, este tipo de procedimientos administrativos (no jurisdiccionales) a cargo del propio Estado mexicano (encargado tanto de investigar como de sancionar de forma unilateral) requieren de mayores seguros que permitan tutelar de forma adecuada el estado de derecho y el principio constitucional de seguridad jurídica y evitar actuaciones discrecionales, arbitrarias y caprichosas de la autoridad; máxime que la Ley General de Responsabilidades Administrativas tiene aplicación para todas las personas servidoras públicas de México, que se encuentran en un plano de subordinación respecto a las autoridades investigadoras y substanciadoras, que están facultadas para imponer las sanciones de forma unilateral y obligatoria.

Razones que deben necesariamente conducir a que en México se replantee la forma de computar e interrumpir los plazos de prescripción en materia de facultades sancionadoras del Estado y de preclusión en cuanto a los actos intraprocesales que éste realiza en los procedimientos de responsabilidades administrativas, con los objetivos de garantizar el derecho humano a la seguridad jurídica de las personas servidoras públicas y evitar actuaciones arbitrarias de la autoridad, todo ello a la luz de la jurisprudencia y fallos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido respecto plazos y términos en procedimientos administrativos y del parámetro, contenido y alcance del principio constitucional en cita.

Así, para el efecto de computar e interrumpir tales plazos y términos en los procedimientos de referencia, deben tomarse en cuenta los siguiente tres elementos para garantizar la protección de las personas servidoras públicas:

1) Para todas las facultades de las autoridades administrativas investigadoras y substanciadoras debe preverse un plazo cierto para su ejercicio, es decir, un tiempo prudente que no quede a su discreción; *so pena* que, de no ejercerse tales facultades en ese plazo cierto, prescribirán y no podrán ejercerse en un momento posterior.

2) Tales plazos ciertos implican todo el tiempo necesario para el completo ejercicio de la facultad que se pretenda ejercer, es decir, no solamente dentro de ese tiempo debe comenzarse el trámite, sino que debe iniciarse y concluirse.

3) Los plazos ciertos únicamente se interrumpirán hasta en tanto la persona a quien cause perjuicio el ejercicio de una facultad tenga conocimiento pleno de la actuación que motiva tal interrupción.

Ideas con las cuales se tutela de mejor manera el principio constitucional de seguridad jurídica en materia de procedimientos administrativos y que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha desarrollado en los precedentes de los que ya se dio noticia, el cual es un derecho de las personas e implica una carga para las autoridades de ejercer sus facultades atribuciones en los plazos y términos que fijan las leyes.

FUENTES DE CONSULTA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, "*Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*", San José, 2008, 73 pp.

Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Ovalle Favela, José, "*teoría general del proceso*" (sic), Ciudad de México, Oxford University Press, 2015, 403 pp.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Contradicción de Tesis 65/2010*, Ciudad de México, 2010, 48 pp.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, *Controversia Constitucional 29/2000*, Ciudad de México, 2001, 210 pp.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Justiciable. Elemento de Teoría General del Proceso*, Ciudad de México, Poder Judicial de la Federación, 2003, 120 pp.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Impedimento 12/2017*, Ciudad de México, 2018, 32 pp.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, *Amparo en Revisión 133/2020*, Ciudad de México, 2020, 18 pp.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, *Contradicción de Criterios 169/2018*, Ciudad de México, 2019, 19 pp.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Amparo en Revisión 269/2021*, Ciudad de México, 2022, 42 pp.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Amparo Directo en Revisión 5482/2022*, Ciudad de México, 2023, 46 pp.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Amparo Directo en Revisión 2170/2022*, Ciudad de México, 2022, 28 pp.

EL ARTÍCULO 124. LA DISTRIBUCIÓN RESIDUAL DE COMPETENCIAS EN EL FEDERALISMO MEXICANO

Dr. Sergio Charbel Olvera Rangel*

RESUMEN: México es un Estado complejo federal, cuyo óptimo funcionamiento depende de una adecuada distribución de competencias. A lo largo de su historia, el federalismo en México ha revelado una inclinación centralista que ha concentrado considerablemente las competencias en el ámbito federal. En este contexto histórico, es fundamental analizar en detalle el artículo 124 para lograr una comprensión profunda del sistema federal mexicano. Solo a través de esta exploración exhaustiva es posible obtener una visión completa de su funcionamiento.

PALABRAS CLAVES: Estados complejos, Estado federal, federalismo, sistema federal mexicano, distribución de competencias, regla residual, artículo 124.

SUMARIO: 1. ESTADOS COMPLEJOS. 2. EL ESTADO FEDERAL. 3. LOS ANTECEDENTES DEL FEDERALISMO MEXICANO. 4. LOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL FEDERALISMO MEXICANO. 5. EL ARTÍCULO124. 6. LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN QUE DERIVAN DEL ARTÍCULO 124. BIBLIOGRAFÍA.

1. ESTADOS COMPLEJOS

Los Estados complejos se conforman por entidades con autonomía, la cual se genera debido a la descentralización de la función legislativa.[1] La característica distintiva entre un Estado unitario y uno complejo es la descentralización de la función legislativa de estos últimos, en los primeros esta unificada.[2] La descentralización legislativa permite la creación de sistemas jurídicos parciales dentro de un sistema jurídico general estatal, esto es lo que caracteriza a un Estado complejo. Hay dos especies de Estados complejos: el Estado regional y el Estado federal.

En los Estados regionales solo se descentraliza la función legislativa ordinaria, no la constitucional; los entes que lo conforman pueden crear normatividad secundaria local con base en la constitución general, pero no pueden darse constituciones locales. Los entes que componen del Estado regional se denominan estados autónomos, la creación

---

* Doctor en Derecho y profesor de la maestría en Derecho Constitucional de la Escuela Libre de Derecho.

1 Juan Ferrando Badía señala que hay descentralización "cuando la dirección de una actividad corre a cargo de una pluralidad de órganos *no* centrales". En *El estado unitario, el federal y el estado autonómico*, 2ª ed., Tecnos, España, 1986, p. 53.

2 En los estados unitarios la función legislativa unificada no impide que las funciones administrativa o jurisdiccional puedan descentralizarse.

de estos responde a conjuntar similitudes etnográficas, económicas, culturales e históricas. Los estados autónomos se pueden definir como unidades de vida comunitaria, no autosuficientes; son áreas homogéneas que poseen características físicas y culturales; la legislación ordinaria que pueden expedir, por lo general, contiene disposiciones relativas a la existencia, organización y funciones de la región. Los ejemplos son: Italia y España.

En el Estado federal la descentralización de la función legislativa es ordinaria y constitucional; los entes que componen al Estado federal, comúnmente denominadas entidades federativas, pueden darse una constitución local. Esa descentralización corresponde a una división vertical del poder, porque se crean poderes y órganos no centrales; las autoridades locales creadas a raíz de esa descentralización tienen su fundamento directo en una constitución local.

Debido a la descentralización legislativa constitucional, la cual permite la existencia de dos ámbitos de autoridad, es necesario el reparto de competencias entre los poderes federales y locales. La constitución general es el ordenamiento en el que se prevé el reparto de competencias, en normas que forman parte del denominado pacto federal.

Tipos de Estados		Grados de descentralización	Grados de autonomía
Simples	Unitario simple	Sin descentralización	Sin autonomía
	Unitario administrativo o complejo	Descentralización administrativa	Sin autonomía
Complejos	Regional	Descentralización legislativa ordinaria	Autonomía ordinaria
	Federal	Descentralización legislativa constitucional y ordinaria	Autonomía constitucional

A través del pacto federal se adopta el modelo federal en un Estado constitucional, con lo cual se crean dos ámbitos jurídicos y de autoridad. La federación se crea a través del pacto federal.

El pacto federal integra a unidades territoriales (estados miembros o entidades federativas) en una organización conjunta, con arreglo a un sistema de relaciones jurídicas de distribución o de coordinación de competencias, o de ambas.

2. EL ESTADO FEDERAL

A través del pacto federal se adopta el modelo federal en un Estado,[3] con lo cual se crean, por lo menos, dos ámbitos jurídicos y de autoridad. La palabra "federación" pro-

3 Al respecto, Carl Schmitt afirma: "La *Federación* es una unión permanente, basada en el libre convenio, y al servicio del fin común de la autoconservación de todos los miembros, mediante la cual se cambia el

viene del latín *federas*, genitivo de *faedus*: pacto, contrato, tratado, alianza, convenio, entre otros, por el cual uno o muchos jefes de familia, comunas, grupos de comunas o estados se obligan recíproca y equitativamente unos a otros para uno o muchos objetos particulares, cuya carga incumbe a los delegados de la federación.[4]

El pacto federal integra unidades territoriales (estados miembros o entidades federativas) en una organización conjunta, con arreglo a un sistema de relaciones jurídicas de distribución o de coordinación de competencias, o de ambas, con base en una constitución estatal. Kelsen señala que el federal es un sistema jurídico constitucional, y el confederal es de derecho internacional.[5] Las normas que contienen el pacto federal son una parte de las normas constitucionales de un Estado, a diferencia del pacto de confederación que se crea con base en un tratado internacional entre Estados.

Los Estados federales surgen principalmente de dos escenarios: de la decisión en un Estado unitario de adoptar el régimen federal; y de Estados independientes que deciden unirse para formar un ente nuevo y expedir normas fundamentales de su organización. El sistema federal es una forma de Estado que se adopta para coordinar a entes diversos previamente existentes o para reconocer la diversidad en un sistema unitario.

El federalismo clásico surge en Estados Unidos de Norteamérica, se le denomina *dual* o *separativo*, y se caracteriza por la fuerza de sus miembros y la amplia separación entre las autoridades centrales y las de sus entidades; cada ámbito de autoridad tiene competencias y responsabilidades claramente definidas y delimitadas en la constitución general; por regla general, actúan de forma separada e independiente.[6]

Otro tipo de federalismo es el *cooperativo*, en el que las autoridades locales y las centrales o federales realizan tareas comunes a fin de proporcionar un buen gobierno a la población; el ejemplo más representativo es Alemania,[7] ya que su gobierno se rige por la solidaridad entre las autoridades centrales y los *länder*.[8]

---

total *status* político de cada uno de los miembros en atención al fin común". En *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional, México, 1966, p. 421.

4 Proudhon, Pierre Joseph, *El principio federativo*, Libros de Anarres, Buenos Aires, 2008, p. 63.

5 Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, IIJ-UNAM, México, 2010, p. 383. *Cfr.* Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado, Ciencia de la política, UNAM,* México, 1985, p. 399; y Juan Ferrando Badía, *op. cit*., p. 92.

6 El modelo dual estadounidense conlleva el derecho de secesión y la facultad de anular las leyes que invadan competencias.

7 *Cfr.* Artículos 91.a. y 91.b. de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana. *Boletín Oficial Federal*. Publicada el 23 de mayo de 1949, trad. Ricardo García Macho y Karl-Peter Sommermann. Disponible en *https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf* Consultado en agosto de 2023.

8 Häberle al referirse al cooperativismo alemán, menciona que es "'casa común alemana', cuyas dieciséis 'habitaciones' constituyen, en consonancia y en disonancia, un 'concierto en casa federalista' en el que cada parte interpreta una 'voz' indispensable de la partitura completa". *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del estado constitucional*, trad. Joaquín Brage Camazano, IIJ-UNAM, México, 2006, p. 84.

Teóricos del federalismo proponen al *competitivo* o *de competencia* como un tercer tipo de federalismo. En este modelo se pretende asegurar la democracia a través de la defensa y promoción de los intereses rivales, contrapuestos, en los distintos niveles de gobierno y las entidades federativas entre sí, con ello se fomenta la innovación y la eficiencia; las autoridades centrales garantizan la igualdad competitiva de las diferentes entidades, en especial, por medio de subvenciones.[9]

Para Michel Mouskheli dos elementos caracterizan al Estado federal: la autonomía de las entidades para otorgarse una constitución y modificarla; y la participación de los estados miembros en la formación de la voluntad general del Estado.[10]

3. LOS ANTECEDENTES DEL FEDERALISMO MEXICANO[11]

El sistema federal mexicano se creó de la necesidad de impedir la segregación de las provincias que conformaban la Nueva España; a ellas se les dotó de facultades a cambio de que permanecieran unidas en el naciente Estado independiente. También fue una forma de descentralizar el poder, que evitó el autoritarismo del Imperio de Iturbide y dio paso a la anhelada emancipación monárquica. Sus principales antecedentes históricos son los siguientes:

Para Häberle un estado constitucional cooperativo tiene una doble dimensión: interior y exterior. Una sociedad no solo tiene expresiones internas, sino que está inmerso en el contexto internacional como una entidad cooperativa que contribuye al desarrollo del derecho y de la cultura más allá de su territorio que se traduce en un pluralismo jurídico y cultural que implica una estructura descentralizada del poder nacional, a través de instituciones federales o regionales. *Cfr. El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, IIJ-UNAM, México, 2003.

9 Brage Camazano, Joaquín, "Estudio preliminar: El federalismo alemán" en *El federalismo y el regionalismo…*, *op. cit.*, p. LXIV.

10 Mouskheli, Michel, *Teoría jurídica del Estado federal*, Ediciones Coyoacán, México, 2011, pp. 188-225. Para este autor la participación en la formación de la voluntad del estado se manifiesta en dos maneras: directamente, por la existencia de una cámara en la que los estados miembros envían sus representantes; e indirectamente, por la parte que toman en la revisión de la Constitución General. *Ibídem*, p. 198. En México la constitución de 1857 fue unicameral, no existía una cámara alta que representará a los estados miembros, el sistema bicameral se restableció hasta el 13 de noviembre de 1874; bajo la vigencia de la constitución de 1917 el sistema bicameral, compuesto por una cámara alta que representaba los interés de los estados miembros estuvo vigente hasta la reforma constitucional del 22 de agosto de 1996 en donde se incluyó la elección de senadores por el principio de representación proporcional, lo que desvirtuó su carácter de órgano representativo de los estados.
El bicamarismo no es una característica esencial del estado federal, no nace con la concepción federalista, surge en Inglaterra en la edad media, en 1300, cuando se crea la cámara de los comunes, integrada por los condados y los caballeros; y una cámara alta o de los lores, compuesta por la nobleza y la alta jerarquía de la iglesia. *Cfr.* Núñez Nava, Rosa Virginia y Matos Mosquera, María Gabriela, "El Estado federal unicameral: Un nuevo paradigma del federalismo" en *Provincia*, número especial, Universidad de los Andes, Venezuela, 2006, pp. 225 y 226.
Lo relevante en el sistema federal mexicano es la participación de los estados miembros en la formación de la voluntad del estado federal. Esto siempre se ha cumplido en el federalismo mexicano.

11 Para la elaboración de este apartado se consultó la siguiente bibliografía: Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005,* 24ª ed., Porrúa, México, 2005, *passim*; Tena Ramírez, Felipe,

El primer Congreso constituyente mexicano fue instalado el 24 de febrero de 1822, disuelto el 31 de octubre de ese año por Iturbide. El autoritarismo de este provocó una rebelión militar que, con fundamento en el *Plan de Casa Mata*, logró la reinstalación del congreso en marzo de 1823, el cual, el 18 de abril de ese año, declaró insubsistente la forma de gobierno que establecía el *Plan de Iguala*, el *Tratado de Córdoba* y el decreto de 24 de febrero de 1822, y se pronunció con facultades para decidir la forma de gobierno.[12]

Las diputaciones provinciales[13] se unieron al *Plan de Casa Mata*, para repudiar del congreso su sometimiento inicial a Iturbide, se proclamaron por el sistema federal y exigieron una mayor participación en el nuevo Estado independiente. Durante esta rebelión, se difundió un programa de intervención de las diputaciones en la vida nacional; ante la imposibilidad de lograrlo se suscitaron, entre otros, los siguientes eventos: Guatemala declaró su independencia; en Oaxaca la diputación provincial y el jefe político declararon su completa independencia respecto del gobierno central de México el 1º de junio de 1823; en Chiapas hubo desavenencias por su intento separatista que fue resuelto a favor de la anexión; Yucatán, San Antonio y las Provincias Internas de Oriente se declararon independientes; el 16 de junio de 1823, Jalisco, dio a conocer su plan de gobierno provisional y decidió no obedecer órdenes del gobierno central hasta que se garantizara el federalismo. Las provincias rechazaban el carácter de constituyente del congreso porque no satisfacía la representatividad anhelada, exigían su disolución y la creación de uno nuevo que se pronunciara por un Estado federal.

Por lo anterior, el Congreso constituyente acordó su disolución y el 17 de junio de 1823 se convocó a un segundo constituyente. Para impedir la separación de las provincias que pretendía declararse soberanas, ese primer congreso constituyente, emitió el *Voto por la forma de república federada*, de 12 de junio de ese año:

> VOTO POR LA FORMA DE REPÚBLICA FEDERADA. El soberano Congreso constituyente, en sesión extraordinaria de esta noche, ha tenido a bien acordar que el gobierno puede proceder a decir a las provincias estar el voto de su soberanía por el sistema de república federada, y que no lo ha declarado en virtud de

---

Derecho Constitucional Mexicano, 39ª ed., Porrúa, México, 2007, pp. 101-111; Tena Ramírez, Felipe, *México y sus Constituciones*, Trabajos jurídicos de homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV aniversario, vol. 2º, Polis, México, 1937, *passim*; Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista,* trad. Gustavo R. Velasco, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2010, *passim;* González Raya, Juan Manuel, *La instauración del Federalismo en México: Surgimiento de una Nación,* 1ª ed., Ecce Homo, México, 2010, *passim*; Marcello Carmagnani (coord.), *Federalismo latinoamericano:* México/ Brasil/ Argentina, 1ª ed., Colegio de México y Fondo de Cultura Económica, México, 2011, *passim*; Barragán Barragán, José, *El federalismo mexicano: Visión histórico-constitucional,* IIJ-UNAM, México, 2007, *passim.*

12 El 28 de mayo de 1823, se presentó ante el Congreso un proyecto con el nombre de *Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana*, que en su artículo 1º ya hablaba de la nación mexicana como república representativa y federal.

13 Las diputaciones provinciales eran una figura de descentralización que reconocía la Constitución Política de la Monarquía Española.

> haber decretado se forme convocatoria para nuevo Congreso que constituya la nación. —Junio 12 de 1823.

La existencia de diputaciones provinciales y sus intentos secesionistas de esos años, originó la idea de que la federación mexicana se formó por la voluntad expresa de Estados preexistentes que renunciaron a su soberanía y cedieron parte de sus competencias a los poderes centrales.[14] Esa teoría es incorrecta. No eran soberanas, eran parte de la descentralización administrativa de la monarquía española, luego fueron parte del imperio de Iturbide; esa característica era necesaria para que cedieran facultades. La realidad era que el poder central no tenía la fuerza para imponer una dirección eficaz al naciente Estado, es por eso que el federalismo mexicano surgió de la necesidad de conservar la unidad de las provincias en un todo.

El segundo congreso constituyente se reunió el 5 de noviembre de 1823 y el 7 de noviembre celebró su instalación formal. En él se discutió qué provincias serían estados miembros. Dos fueron las tendencias: la federalista y la centralista. Prevaleció la primera, de ella se cuestionó su forma de implantarlo, no su instauración. La comisión de constitución, presidida por Miguel Ramos Arizpe, expidió el *Acta Constitutiva de la Federación* del 31 de enero de 1824, con ello se aplacó el entusiasmo de los congresistas por el sistema federal y se aseguró la unión de las provincias. En el acta se dan las primeras cláusulas del pacto federal mexicano. Las disposiciones fueron las siguientes:

> Art. 5º. La nación adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal.
>
> Art. 6º. Sus partes integrantes son Estados independientes, libres y soberanos, en lo que exclusivamente toque a su administración y gobierno interior, según se detalle en esta acta y en la constitución general.
>
> Art. 7º. Los Estados de la federación son por ahora los siguientes:...

Ante la tensión de centralistas y federalistas se discutió un proyecto de constitución, votada en su totalidad el 3 de octubre de 1824 y publicada al día siguiente. Esta Constitución adoptó el régimen federal previsto por el *Acta Constitutiva*. El pacto federal de 1824 fue una concesión de autonomía[15] a los estados de recién creación, con ello se colmó, una vez más, las intenciones de segregación de entidades como Oaxaca, Puebla, Yucatán y Jalisco; fue una reacción ante circunstancias adversas que exigían acciones urgentes e inmediatas. El artículo 5 de esa Constitución enunciaba a las partes de la federación, con ello quedó firme la unión y los miembros que la conformaban.

En los años siguientes se dio una tensión ideológica entre centralización y descentralización. El primero fue centrípeto, favorecía una mayor concentración del poder en

---

14 Arteaga Nava, Elisur. *Derecho Constitucional*, Oxford University Press, México, 2013, p. 51.

15 El artículo 6º dotaba de soberanía a los estados miembros, propósito que fue copiado del federalismo norteamericano.

manos de las autoridades centrales; el segundo era centrífugo, argumentaba la autonomía de los estados dentro del sistema federal. En los primeros años del sistema federal mexicano los poderes centrales no tenían la fuerza para controlar a los estados, ante esas deficiencias se buscó centralizar el poder con el fin de obtener una mejor gobernabilidad.

En el año de 1835 el Congreso federal se declaró investido de poderes constituyentes y expidió las *Leyes Constitucionales* de 1836 que cambiaron la forma de Estado a la centralista, pero continuó una descentralización administrativa en las juntas departamentales.

La controversia entre centralistas y federalistas tuvo relevancia durante la vigencia de la constitución de 1836, porque la organización centralista fue vista como un atentado contra la autonomía estatal.

El régimen centralista fue causa de múltiples rebeliones, como la encabezada por Valentín Gómez Farías en 1840 para restablecer el federalismo, o la del general Mariano Paredes, quien derrocó al presidente Bustamante, lo que permitió convocar a un congreso constituyente conforme a las *Bases de Tacubaya*, el cual comenzó a sesionar el 10 de junio de 1842; en él se volvió a discutir la forma central. En la comisión de constitución se debatió ampliamente sobre la palabra *federal*, si esta debía o no incluirse dentro de las características del Estado. Las ideas liberales de ese Congreso orillaron a que lo disolvieran y se designó a una junta de notables que expidió las *Bases de Organización Política de la República Mexicana* de 1843, de carácter centralista.

Con la firma del *Tratado de Guadalupe* y la eminente invasión norteamericana, se restableció el federalismo por el temor a la desintegración de la república. La opción liberal y federal se hizo patente con la amenaza externa, consecuencia de la guerra contra Estados Unidos.

Por decreto del 22 de agosto de 1846, el general Mariano Salas declaró vigente la Constitución de 1824. Se formó un congreso constituyente que ratificó dicho decreto el 10 de febrero de 1847; el congreso, ante la imposibilidad de emitir una nueva carta magna, elaboró el *Acta Constitutiva y de Reformas*, del 18 de mayo de 1847, que tuvo por base un proyecto de veintidós artículos elaborado por Mariano Otero. Con ese ordenamiento fundamental se restableció el sistema federal.

En 1852, Santa Anna se levantó en armas con el *Plan del Hospicio*, e impuso, nuevamente, el régimen centralista. Con ello se dieron intentos por restablecer una monarquía, fue una época de inestabilidad política que concluyó con la *revolución de Ayutla*.

Con la constitución de 1857 se logró establecer nuevamente el régimen federal sin el bicamarismo, el Senado se consideró como un obstáculo para la democracia, a pesar de ser uno de los elementos del federalismo dual norteamericano; el 13 de noviembre

de 1874, se reincorporó al Congreso de la Unión, con lo cual los estados adquirieron mayor representación.[16]

Finalmente, la constitución de 1917, tuvo por objeto reformar a la de 1857; por ello en el congreso constituyente de Querétaro no se discutió sobre el federalismo y se conservó la redacción de los principales artículos que establecían el pacto federal.

4. LOS FUNDAMENTOS HISTÓRICOS DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL FEDERALISMO MEXICANO

La distribución de competencias en el federalismo mexicano parte de la premisa de que en México se adoptó el modelo del federalismo norteamericano (el dual), sin tomar en cuenta el contexto del que surgió en Estados Unidos.

La federación norteamericana es el resultado de la evolución de una confederación. En el pacto internacional que lo constituyó, los Estados soberanos cedieron a las autoridades centrales facultades de interés común para los estados parte, como la defensa de los estados en el exterior y la resolución de controversias entre los miembros.[17]

En la confederación de las Trece Colonias, la creación de autoridades centrales fue concomitante con la necesidad de repartir competencias. En este sentido, para Alexis de Tocqueville la unión de estados norteamericanos constituyó una forma de sociedad en la cual varios pueblos se fundieron en uno solo en relación con ciertos intereses comunes, permanecieron separados y confederados solamente para todo lo demás.[18]

El federalismo norteamericano fue la evolución de la confederación de las Trece Colonias que decidieron unirse en un pacto constitucional del que surgió la Constitución de 1787, en el que se continuó con el carácter dual de la confederación, se conservó la esencia de esta porque las facultades concedidas a las autoridades centrales se dirigían

---

16 Por desgracia el libro del *Federalista* no fue conocido por los congresos constituyentes del S. XIX, lo cual hubiera facilitado la organización del federalismo mexicano. Así lo afirma Gustavo R. Velasco en el prólogo que forma parte de la edición en español de la citada obra, la cual también tradujo: "…En México por ejemplo, es posible que el estudio de El Federalista hubiera abreviado el lento progreso hacia el concepto de nuestro juicio constitucional, así como que habría frenado un tanto el espíritu teorizante y simplista que presidió en la confección de nuestros códigos fundamentales". *Op. cit.*, p. XVII.
La obra de Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América*, cuya primera edición en español fue traducida por D.A. Sánchez de Bustamante y publicada en París en 1836, se conoció en México en el año siguiente, y se hizo una reimpresión de la misma en 1855, año de la convocatoria del Congreso Constituyente del cual emanó la carta federal de 1857. Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª ed., Porrúa y UNAM, México, 2003, p. 7.

17 Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1973, pp. 272 y 273.

18 Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, Fondo de Cultura Económica, México, 2012, pp. 152 y 153.

a la conservación del pacto federal,[19] y las facultades que se reservaban los estados miembros eran las más. Al tener la federación norteamericana como antecedente a una confederación, se entendió aquella como un pacto en la que los estados miembros conservaron la soberanía que tenían y que no delegaron de forma exclusiva a los Estados Unidos.[20]

Por lo anterior, el reparto de competencias en Estados Unidos de América partió de la base de la renuncia que los estados partes hicieron de algunas de sus facultades para cederlas a las autoridades centrales. El reparto de competencias en la Constitución Norteamericana de 1787, la explica Madison en el *Federalista* de la siguiente manera:

> Los poderes delegados al gobierno federal por la Constitución propuesta son pocos y definidos. Los que han de quedar en manos de los gobiernos de los Estados son numerosos e indefinidos. Los primeros se emplearán principalmente con relación a objetos externos, como la guerra, la paz, las negociaciones y el comercio extranjero; y es con este último con el que el poder tributario se relacionará principalmente. Los poderes reservados a los Estados se extenderán a todos los objetos que en el curso normal de las cosas interesan a las vidas, libertades y propiedades del pueblo, y al orden interno, al progreso y a la prosperidad de los Estados.[21]

La lógica de la distribución descrita por Madison deriva de que, en los Estados federales que nacen de la unión de estados soberanos, se otorga a los poderes centrales únicamente las facultades indispensables para la protección y resguardo de los estados parte. Alexis de Tocqueville explica al federalismo de los Estados Unidos, que tiene como antecedente a una confederación, de la siguiente manera:

> La forma de gobierno federal en los Estados Unidos apareció en último lugar. No ha sido sino una modificación de la república, un compendio de los principios políticos esparcidos en la sociedad entera antes de ella, que subsisten independientemente dentro de la misma. El gobierno federal… no es más que una excepción y el gobierno de los Estados es la regla común. [22]

Lo anterior no es del todo aplicable en los Estados que surgen de la transformación de un Estado unitario a uno federal, en donde la competencia de los estados miembros, por lo general, es limitada a lo necesario para mantener un grado de autonomía; esta es la realidad del federalismo mexicano.

---

19 Las materias del gobierno de la unión eran las de interés general: seguridad contra el peligro extranjero; relaciones con países extranjeros; armonía y relaciones adecuadas entre los estados; diversos objetos de utilidad general; prohibición a los estados de ciertos actos perjudiciales; y medidas para dar a todos estos poderes la eficacia debida. Madison, James. *El Federalista, op. cit*., p. 170.

20 Al respecto, Alexis de Tocqueville afirmó: "Se definieron, pues, cuidadosamente las atribuciones del gobierno federal y se declaró que todo lo que estaba comprendido en la definición caía en las atribuciones del gobierno de los Estados. Así, el gobierno de los Estados siguió siendo el derecho común y el gobierno federal fue la excepción". *Op. cit.*, p. 119.

21 Madison, James, *op. cit.*, p. 198.

22 Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, p. 77.

En México, sin que existiera el antecedente de la unión de distintos estados soberanos, se adoptó la lógica residual de distribución de competencias propia del sistema federal estadounidense y de su antecedente confederativo; el antecedente del que deriva el federalismo mexicano genera una diferencia relevante con el norteamericano. Al respecto, José María Lozano afirma lo siguiente:

> Hemos tomado como modelo de nuestras instituciones políticas las de la República vecina; pero la federación de los Estados Unidos del Norte reconoce como principio fundamental un hecho; la nuestra reconoce una ficción: allí, Estados verdaderamente independientes entre sí, se reunieron para formar un gobierno nacional; aquí la federación formó a los Estados: allí los Estados ahora Unidos, tenían una vida propia, se regían por sí mismos y tenían instituciones que les eran peculiares; aquí los Estados habían sido provincias o Departamentos dependientes en todo de un gobierno central; allí al unirse por medio de un pacto federativo Estados realmente independientes, depositaron como fondo social una parte de su propia soberanía, reservándose el resto; aquí, al fraccionarse la República en diferentes Estados, se invistió a cada uno de ellos de una soberanía a la que se señalaron los límites convenientes.[23]

El origen del federalismo mexicano es distinto al norteamericano porque surge de la descentralización de un Estado unitario. En México fue necesario reconocer la existencia y pluralidad de las partes que lo integraban. Esto implicó que la federación mexicana no se formó por el pacto de entes soberanos; no existieron estados partes que renunciaran a su soberanía y cedieran facultades a autoridades centrales para conservar las no cedidas. En México se les otorgaron facultades a las provincias que conformaban a la Nueva España con el fin de reconocerles un mínimo de autonomía que contrarrestara sus intentos separatistas. La adopción del federalismo era una exigencia de las provincias que pretendían escindirse del Estado mexicano una vez que este se independizó de España, ya que así lograrían tener un control efectivo sobre los habitantes de su territorio y se evitaría la concentración del poder en las autoridades del centro. Alexis de Tocqueville, al explicar la adopción del modelo federal norteamericano en la Constitución Mexicana de 1824, opinó lo siguiente:

> Los habitantes de México, queriendo establecer el sistema federativo, tomaron por modelo y copiaron casi íntegramente la constitución de los angloamericanos, sus vecinos. Pero al trasladar la letra de la ley, no pudieron trasponer al mismo tiempo el espíritu que la vivificaba. Se vio cómo se estorbaban sin cesar entre los engranajes de su doble gobierno. La soberanía de los Estados y la de la Unión, al salir del círculo que la constitución había trazado, se ve arrastrado sin cesar de la anarquía al despotismo militar y del despotismo militar a la anarquía.[24]

---

23 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. 475 y 476.

24 Tocqueville, Alexis de, *op. cit.*, p. 159.

Para Tocqueville la clave del éxito del federalismo norteamericano fue que a pesar de la competencia restringida del gobierno federal se le dio la apariencia y la fuerza de un gobierno nacional, lo que les permitió dar directamente sus órdenes a los ciudadanos.[25] Esta apariencia no se logró en el caso mexicano, porque se mantuvo el rezago de un gobierno centralista. Al lograrse la independencia de México se dotó a las provincias que conformaban a la Nueva España de las facultades necesarias para evitar sus intentos separatistas, y las autoridades centrales conservaron un cúmulo importante de competencias; se dio la apariencia de un federalismo al dotar de autonomía a las entidades federativas; de facto, las autoridades federales conservaron la fuerza de un gobierno central que les permitió imponer directamente sus órdenes. Esto generó el fracaso del modelo federal en México.[26]

En México se vio al federalismo norteamericano como la solución ante dos necesidades: impedir la segregación de las provincias, por ello se les dotó a estas de facultades a cambio de que permanecieran unidas; y descentralizar el poder para evitar el autoritarismo del imperio de Iturbide y, con ello, dar paso a la anhelada emancipación monárquica.

Lo anterior permite concluir que la distribución de competencias en el federalismo mexicano tiene otro sentido en comparación al norteamericano: competencias federales amplias y mínimas competencias locales.

Desde su origen, el federalismo mexicano conserva la esencia de un Estado unitario, en donde las autoridades centrales tienen un amplio campo competencial que les asegura un control sobre las entidades federativas. El sistema presidencialista y el enaltecimiento del poder ejecutivo contribuyeron a que se conservara la concentración de facultades en las autoridades federales. El cúmulo amplio de facultades de las autoridades federales en comparación con las de las entidades federativas es una distribución ajena a la concepción clásica del federalismo de ser un contrapeso del poder. Para evitar el fracaso del federalismo, el modelo ha evolucionado a uno cooperativo en donde se incluyen aspectos de coordinación entre los ámbitos federal y local, pero en el que conserva una preminencia de las competencias centrales.

La distribución de competencias en México evoluciona a un sistema caracterizado por la poca tensión competencial. Lo anterior es resultado, entre otras razones, de múltiples materias coincidentes entre la federación y las entidades federativas. Para lograr un equilibrio del poder a través de su división vertical no se dotó de mayores competencias a las entidades federativas, sino que se elaboró un sistema de tareas en común.

---

25 Ídem.

26 Las diversas comunidades indígenas y mestizas, que constituían una pluralidad de espacios políticos en el régimen colonial, permitieron que al constituirse la federación se reivindicara su mayor autonomía local, pero esto fue solo una apariencia porque el control del poder se tenía en el centro.

5. EL ARTÍCULO 124

La disposición normativa del artículo 124 es la siguiente: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias." Para desentrañar las normas que contiene la disposición citada, se requiere superar la indeterminación semántica de tres términos: "facultades" "funcionarios" y "competencias",[27] por lo que es necesario realizar una interpretación histórica, la cual es la siguiente:

El primer ordenamiento que prevé la disposición normativa de distribución de competencias es el tratado internacional denominado *Artículos de Confederación y Unión Perpetua*, aprobado por el segundo Congreso Continental el 15 de noviembre de 1777, que en su artículo II, establecía lo siguiente: "Cada estado conserva su soberanía, libertad e independencia, así como todo su poder, jurisdicción y derecho no delegados expresamente por esta Confederación a los Estados Unidos cuando actúen por medio de su Congreso". Este fue el antecedente de la cláusula de distribución de competencias en el pacto federal de Estados Unidos de América, la cual quedó plasmada en la décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos del 17 de septiembre de 1787, el precepto es el siguiente: "Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente y al pueblo".

El análisis comparativo de los preceptos del sistema jurídico estadounidense antes citados es el siguiente:

1. Prevén la regla residual de distribución de competencias: lo no delegado a las autoridades centrales se considera reservado para los estados parte (en la confederación) o para los estados miembros (en la federación).

2. Utilizan el verbo "delegar" para referirse a la "cesión" de competencias a las autoridades centrales. En el artículo II de los *Artículos de Confederación* se menciona que la delegación debe ser expresa; esto también se infiere de la redacción de la décima enmienda.

3. Utilizan el término "poder" para referirse al objeto de la delegación.

Como ya se mencionó la disposición normativa que prevé la distribución de competencias fue adoptada por el estado mexicano del sistema federal estadounidense; a partir de adopción normativa, los antecedentes de la vigente disposición normativa prevista en el artículo 124, son los siguientes:

---

27 Para la interpretación que se desarrolla en este capítulo se sigue la teoría interpretativa de Ricardo Guastini *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, IIJ-UNAM/Minima Trotta, México, 2007.

Ni en la *Acta Constitutiva de la Federación* del 31 de enero de 1824 ni en la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* del 4 de octubre de 1824 se previó una disposición que regulara la distribución de competencias entre el ámbito federal y el local. Después de esos ordenamientos fundamentales, las *Leyes Constitucionales* de 1836 cambiaron la forma de Estado federal por la centralista.

En los proyectos de la comisión del Congreso constituyente que dio origen a las *Bases de Organización Política de la República Mexicana*, surgió el primer antecedente de la actual cláusula de distribución de competencias, fue el artículo 80 del *Primer Proyecto de Constitución* del 25 de agosto de 1842,[28] el cual establecía lo siguiente: "Todas las atribuciones y facultades que no se otorguen específicamente[29] al Congreso Nacional, Poder Ejecutivo y Suprema Corte de Justicia, se entenderán que quedan reservadas a los departamentos." En la misma comisión se presentó el *Proyecto Constitucional de la Minoría* (como voto particular), del 26 de agosto de 1842, el cual establecía en su artículo 24: "La administración interior de los Estados, será enteramente libre e independiente de los Poderes supremos, en todo aquello que no estén obligados por esta Constitución para la conservación de la unión federal."

El *Proyecto Constitucional de la Minoría* no prosperó; este contenía una propuesta de estado federal, por eso en su redacción están las palabras "Estados" (los cuales serían libres e independientes en el ámbito de su competencia) y "unión federal", a diferencia de los proyectos de la mayoría en cuyas redacciones están la palabra "departamentos" para referirse a las unidades administrativas del Estado central. En las *Bases Orgánicas de la República Mexicana* no se plasmó ninguna de las disposiciones antes citadas, por lo que no llegaron a ser disposiciones vigentes.

Fue hasta el restablecimiento del federalismo cuando se configuró el reparto de competencias. El *Acta Constitutiva y de Reformas* del 18 de mayo de 1847, tuvo por base un proyecto de veintidós artículos elaborado por Mariano Otero el 5 de abril de 1847, el cual preveía la fórmula de distribución de competencias en los siguientes artículos:[30]

> **Artículo 14.** Los Poderes de la Unión derivan todos de la Constitución, y se limitan sólo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción.
>
> **Artículo 15.** Sobre los objetos sometidos al Poder de la Unión, ningún estado tiene otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución, ni otro medio

28 Las constituciones anteriores no tenían ningún artículo equivalente al actual 124, la cláusula competencial se desprendía de la interpretación armónica de los textos.

29 El adjetivo *específicamente* se sustituyó en la constitución de 1857 por el de *expresamente* lo que ha originado discusiones doctrinales y resoluciones jurisdiccionales.

30 En la vigencia del *Acta de Reformas*, se presentaron numerosos casos de inconstitucionalidad de leyes relacionadas con invasión de competencias entre la federación y los estados, según datos de Santiago Oñate. En "El Acta de Reformas de 1847", en *Derechos del Pueblo Mexicano:* México a través de sus constituciones, t. II, Cámara de Diputados, LV Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, México, 1994, pp. 133-144.

> legítimo de intervenir en ellos que el de los poderes generales que la misma establece. La Constitución sólo reconoce como legítima entre todos o entre algunos de los estados, la relación que constituyó y actualmente constituye su federación.

En relación con el artículo 14 del citado proyecto, Mariano Otero, afirmó:

> El artículo 14 del Proyecto de Reformas, estableciendo la máxima de que los Poderes de la Unión son poderes excepcionales y limitados sólo a los objetos expresamente designados en la Constitución, da a la soberanía de los estados toda la amplitud y seguridad que fuera de desearse. Mas por esto mismo, y por la teoría fundamental que ya indiqué al expresar las razones por las cuales tocaba al Poder general arreglar los derechos del ciudadano, es necesario declarar también que ninguno de los estados tiene poder sobre los objetos acordados por todos a la Unión, y que no siendo bajo este aspecto más que partes de un todo compuesto, miembros de una gran República, en ningún caso pueden por sí mismos, en uso de su soberanía individual, tomar resolución alguna acerca de aquellos objetos, ni proveer a su arreglo, más que por medio de los poderes federales, ni reclamar más que el cumplimiento de las franquicias que la Constitución les reconoce.

La explicación del precepto que proporciona Mariano Otero del artículo 14 es de los pocos materiales que consignan una exposición de motivos sobre la cláusula de distribución de competencias en el federalismo mexicano. De ella se puede concluir lo siguiente:

1. Se precisa la regla residual en el sentido de que el ámbito federal tendrá competencias "expresas".

2. La competencia residual de los estados miembros les da autonomía dentro de su ámbito.

3. El respeto de las competencias es patente, los estados miembros no pueden transgredir la competencia federal ni viceversa.

En el *Acta Constitutiva y de Reformas* se reguló la cláusula de distribución de competencias en similares términos que los del proyecto, por lo que merecen el mismo análisis; los preceptos son los siguientes:

> **Artículo 20.** Sobre los objetos sometidos al Poder de la Unión, ningún estado tiene otros derechos que los expresamente fijados en la Constitución, ni otro medio legítimo de intervenir en ellos, que el de los poderes generales que la misma establece.
>
> **Artículo 21.** Los poderes de la Unión derivan todos de la Constitución, y se limitan sólo al ejercicio de las facultades expresamente designadas en ella misma, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción.

El antecedente directo de la Constitución de 1857 fue el *Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana*, del 15 de mayo de 1856, que establecía: "Todas las facultades que por este estatuto no se señalen expresamente a los gobiernos de los estados y

territorios, serán ejercidas por el presidente de la República, conforme al artículo 3o. del Plan de Ayutla, reformado en Acapulco." Esta disposición normativa contiene una regla residual inversa a la que se plasmaría en dicha Constitución.

El *Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana* del 16 de junio de 1856, en su artículo 48, similar a la décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, establecía: "Las facultades o poderes que no están expresamente concedidos por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservados a los estados o al pueblo respectivamente." En la discusión del proyecto, la palabra *poderes* fue suprimida por ser redundante; la palabra *pueblo* se suprimió porque otros artículos preveían que el pueblo ejercía su soberanía por medio de los poderes de la unión y por los de los estados. Por ello, la regla de distribución de competencias se reguló en el artículo 117 de la Constitución de 1857, con la siguiente redacción: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados".

La disposición citada en el párrafo anterior es exactamente la misma fórmula que previó el texto original del artículo 124 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de 1917. En la 62ª sesión ordinaria del constituyente de Querétaro, celebrada el 25 de enero de 1917, el diputado Ceferino Fajardo, sugirió que se incluyera la palabra *pueblo* a la redacción del artículo 124, argumentó que al crearse el estado federal el pueblo no cedió totalmente el ejercicio de su soberanía a los poderes de la unión y al de los estados, sino que se reservó ciertos derechos.[31]

El artículo 124 de la Constitución de 1917 sólo se ha reformado una vez, esto fue a través del decreto de reformas constitucionales en materia política de la Ciudad de México, publicada el 29 de enero de 2016. El precepto vigente es el siguiente: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias."

Del análisis de los antecedentes que van desde los trabajos legislativos de la Constitución de 1857 hasta el precepto actual del artículo 124, se puede concluir lo siguiente:

1. Desde las discusiones del *Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana* del 16 de junio de 1856, se consideró que el término "facultades" era sinónimo de "poderes", razón por la cual se decidió dejar el primero de ellos y suprimir el segundo. Desde el *Primer Proyecto de Constitución* del 25 de agosto de 1842 se utilizó el término "facultades" probablemente por una traducción poco precisa de la décima enmienda de la Constitución Norteamericana.

31 En *Derechos del Pueblo Mexicano:* México a través de sus constituciones, *op. cit.,* t. XII, pp. 960 y 961.

2. Desde el artículo 48 del *Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana* se incluyó a la disposición el término "funcionarios" (las disposiciones que le antecedieron no utilizaron esta palabra) que se plasmó en la Constitución de 1857 y en la de 1917.

3. No hay una equivalencia lógica para distribuir competencias entre "funcionarios federales" y los "Estados o la Ciudad de México". Lo lógico es que la distribución se dé entre funcionarios federales y funcionarios de las entidades federativas (estados y Ciudad de México), o entre la federación y las entidades federativas.

De conformidad con el anterior análisis, y para poder dar significado a las indeterminaciones semánticas de los términos "facultades" y "funcionarios", se concluye lo siguiente:

El término "facultades" es utilizado como sinónimo de "poder", la utilización de esta palabra proviene del artículo II de los *Artículos de Confederación*; después, fue retomada por la Constitución liberal norteamericana de 1787, en el sentido de poder público, que se divide, conforme a la teoría tripartita de la división del poder, en legislativo, ejecutivo y judicial. En el pacto federal mexicano el término "facultades" se adoptó en el texto de la cláusula de distribución de competencias como sinónimo de "poderes", como se expresó en los trabajos legislativos del Congreso que expidió la Constitución de 1857. Esas palabras no son sinónimas, por lo siguientes:

El artículo 49 de la Constitución General prevé que el poder público se divide para su ejercicio, esto implica que una cosa es el poder y otra su ejercicio; esta distinción ha permitido establecer que el poder es único y no se divide, lo único que es susceptible de dividirse es su ejercicio. Lo que se ejerce respecto al poder son funciones estatales, estas son de tres tipos: legislativas, ejecutivas y judiciales, las cuales se ejercen a través de facultades. Así se complementa la tríada de términos:

1. Poder (público) que es único, dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este (art. 39 constitucional).

2. Funciones (públicas) que son tres: legislativa, ejecutiva y judicial.

   La división de poderes no solo se entiende como una división funcional sino también como una división orgánica. En el ámbito federal los órganos que representan la división del poder son los siguientes: el Congreso de la Unión a quien se le encomienda principalmente la función legislativa, el Presidente de la República (auxiliado de la administración pública federal) a quien se le encomienda principalmente la función ejecutiva, y los tribunales federales a quienes se les encomienda principalmente la función judicial.

   El ejercicio de las funciones se puede entender en un sentido formal o material. Es formal cuando lo realicen las autoridades que orgánicamente pertenecen a alguno de los poderes. Es material en virtud de las características de la función.

3. Facultades son el ejercicio de la función estatal (en su sentido material). La facultad adquirirá la naturaleza de la función que se ejerza; por ejemplo, si se ejerce una función legislativa la facultad será legislativa.

Por último, se entiende por "funcionario" a la persona que ejerce una función estatal, y la "competencia" consiste en acotar los ámbitos de validez material, espacial, temporal y personal a través de un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de normas no pueden, en principio, incidir sobre dichos ámbitos.[32] Por eso hay competencia por razón de materia, tiempo, persona y espacio. Lo que interesa para efectos de desentrañar el significado de la disposición normativa en estudio es la competencia por razón de materia, a través de la cual se acota, por medio de normas, ha determinado ámbito de validez material para la federación y para las entidades federativas.

La actualización de las normas que han acotado ámbitos de validez, desde el punto de vista de la autoridad, tienen como consecuencias normativas a las facultades. Por lo tanto, las "facultades", en términos normativos, son las consecuencias de las normas que determinan la competencia de una autoridad.

Por todo lo anterior, se llega a las siguientes conclusiones generales:

1. El término "facultades" se refiere a las funciones que son ejercidas por los funcionarios (es válido utilizar el término autoridades como equivalente a funcionarios, ya que, conforme a la Constitución General, toda autoridad estatal ejerce funciones estatales).

2. Como se mencionó, no hay una equivalencia lógica para distribuir competencias entre "funcionarios federales" y los "Estados o la Ciudad de México". En virtud de que la disposición normativa, en su parte final, establece: "en los ámbitos de sus respectivas competencias", la distribución debe entenderse entre el ámbito federal y el ámbito local (este está compuesto por las entidades federativas).

3. Los ámbitos competenciales se conforman por un conjunto de normas que acotan los ámbitos de validez del sistema jurídico.

4. La distribución competencial es de facultades. Cada ámbito competencial se compone de normas que prevén las funciones estatales, y el ejercicio de estas (o en otras palabras: la actualización de esas normas) es lo que se denomina facultades. Es correcto referirse a las facultades porque la concesión o prohibi-

32 Esta definición es elaborada a partir de la siguiente que proporciona L. M. Díez-Picazo: "consiste en acotar un ámbito material y encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de norma no pueden, en principio, incidir sobre dicha materia", voz "Competencia", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995. Esta definición es correcta pero no es del todo exacta, ya que también la competencia consiste en acotar el ámbito espacial, temporal y personal de validez a través de determinadas normas.

ción de estas amplia o restringe el ámbito competencial de la federación o de las entidades federativas.

6. LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN QUE DERIVAN DEL ARTÍCULO 124

Una vez que se ha precisado el significado de los términos de la disposición normativa del artículo 124 que tienen una indeterminación semántica, es preciso desentrañar las normas que derivas de la disposición normativa prevista en el mismo.

De la disposición normativa se derivan diversas reglas de distribución de competencias entre el ámbito federal y el local. Esas reglas se dividen en aquellas que derivan de la concesión de facultades y las que derivan de la prohibición de ejercer facultades; son las siguientes:

I. Reglas que atribuyen facultades derivadas de la concesión:

   1. Las facultades que se concedan expresa y exclusivamente por la Constitución General a las autoridades federales son del ámbito competencial federal.

   2. Las facultades que no se concedan expresamente por la Constitución General a las autoridades federales ni se prohíben a las entidades federativas se reservan a estas, son del ámbito competencial local.[33] Esta es la regla primaria que deriva de la disposición del artículo 124, denominada regla residual.

   3. Las facultades que en la Constitución General no se concedan expresamente a las autoridades federales y se conceden expresamente a las autoridades de las entidades federativas son del ámbito competencial local. Esta es una regla que confirma la enunciada en el numeral anterior, la residual.

   4. Las facultades que se conceden expresamente por la Constitución General a las autoridades federales y a las de las entidades federativas corresponden a ambas; las facultades, en estos casos, pertenecen a ambos ámbitos.

   5. Las facultades que no se conceden expresamente por la Constitución General a las autoridades federales y a las de las entidades federativas ¿a qué ámbito competencial corresponden esas facultades? Esta interrogante y la dificultad de su respuesta son muestra de la necesidad de reglas complementarias.

II. Reglas que atribuyen facultades derivadas de la prohibición:

---

33 La precisión de la regla de que además de concederse expresamente a las autoridades federales no se prohíba para las de las entidades federativas deriva de la décima encienda de la Constitución de los Estados Unidos, el precepto es el siguiente: "*The powers not delegated to the United States by the Constitution, **nor prohibited by it to the State**s, are reserved to the States respectively, or to the people*." (Énfasis añadido).

1. Las facultades que se prohíben expresamente a las autoridades federales, aun cuando no se conceden expresamente a las autoridades de las entidades federativas, se reservan a estas, son del ámbito competencial local. Esto es así porque al no estar concedidas expresamente a la federación quedan reservadas a las entidades federativas, conforme a la regla primaria que deriva de la disposición del artículo 124.

2. Las facultades que se prohíben expresamente a las autoridades de las entidades federativas y no se conceden expresamente a las autoridades federales no corresponden a ninguna, están fuera el ámbito competencial de ambas. Esto es así porque conforme al principio de legalidad lo que no está concedido expresamente a una autoridad lo tienen prohibido, por lo tanto, al no concederse la facultad expresamente a las autoridades federales la tienen prohibida (es una prohibición implícita), y como las entidades federativas la tienen prohibida expresamente, entonces, ambas la tienen prohibida.

3. Las facultades que se prohíben expresamente a las autoridades federales y a las de las entidades federativas no corresponden a ninguna, están fuera el ámbito competencial de ambas.

Como se pude apreciar, existe una regla primaria que es la residual, y derivaciones lógicas de esta, a excepción de la listada en el número 5 de las reglas que derivan de la concesión, en este caso se podría pensar en que es aplicable la regla residual, y en efecto podría aplicarse, pero su aplicación sería incorrecta ya que llevaría a un resultado erróneo porque esa regla deriva de un modelo cooperativo y no de uno dual.

De conformidad con lo anterior, del artículo 124 se desprende el siguiente principio de distribución de competencias: **en un estado federal, en el que existen dos ámbitos competenciales, la distribución de competencias pretende evitar duplicidad en el ejercicio de facultades, para lo cual, cada autoridad debe ejercer estas en el ámbito de su respectiva competencia.**

Para resolver la pregunta ¿a qué ámbito competencial corresponden las facultades que no se conceden expresamente por la Constitución General a las autoridades federales y a las de las entidades federativas? es necesario atender el sub principio de distribución de competencias y al modelo de federalismo mexicano, para esto se realizan los siguientes análisis.

En la disposición normativa del artículo 124: "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias." no hay una afirmación categórica, porque se señala que las facultades "se entienden", pero no "son" o "están reservadas" al ámbito local, esto implica que habrá casos en que la reserva no es clara y será necesario interpretar.

Con el adjetivo "expresamente" se reconoce que hay casos de distribución tácita. Por ello, para la aplicación de esta regla, es preciso una interpretación armónica de las normas constitucionales; hay casos en donde se conceden facultades al ámbito competencial federal y, no obstante que son expresas, pueden ser casos de facultades coincidentes porque no le son exclusivas a uno de los ámbitos. La exclusividad de la facultad es un elemento determinante para la aplicación de esta regla.

El estándar mínimo de revisión competencial entre las autoridades federales y locales es la regla residual primaria de distribución de competencias que deriva del artículo 124, la cual se desarrolla en dos sentidos: primero, si una facultad es confiada exclusivamente a las autoridades federales se considera prohibida para las entidades federativas; segundo, las facultades no concedidas a las autoridades centrales se entienden reservadas para las entidades federativas, salvo las prohibiciones que la propia Constitución General les establece.

La regla residual es la principal norma de distribución de facultades entre las autoridades centrales y las locales en el federalismo norteamericano, a través de la cual cada ámbito tiene definidas sus competencias.[34] Es una regla pensada para un sistema de competencias claras y definidas de cada ámbito. La fórmula en su origen era funcional, su simplicidad solucionaba los complejos problemas de invasión de competencias. En México, Mariano Otero, al justificar la redacción de los artículos 14 y 15 del voto particular al Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, expresó lo siguiente (por su importancia, se reitera la transcripción):

> En un tiempo vimos al Congreso General convertido en árbitro de los partidos de los estados al decidir las cuestiones más importantes de su administración interior; y ahora apenas restablecida la Federación, vemos ya síntomas de la disolución, por el extremo contrario. Algunas legislaturas han suspendido las leyes de este Congreso; otra ha declarado expresamente que no se obedecerá en su territorio ninguna general que tenga por objeto alterar el estado actual de cierto bienes; un estado anunció que iba a reasumir la soberanía de que se había desprendido; con las mejores intenciones se está formando una coalición que establecerá una Federación dentro de otra; se nos acaba de dar cuenta con la ley por la cual un estado durante ciertas circunstancias confería el Poder de toda la Unión a los diputados de esa coalición, y quizá se meditan ensayos todavía más desorganizadores y atentatorios. Con tales principios, la Federación es irrealizable, es un absurdo, y por eso los que le hemos sostenido constantemente, los que vemos cifradas en ella las esperanzas de nuestro país, levantamos la voz para advertir el peligro. [35]

---

34 En Alemania, hay una presunción de competencias a favor de los Länder y las competencias federales son catalogadas de forma enumerada (artículos 30, 70, 83, 92, 104.a., entre otros, de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana); el artículo 30 dispone: "El ejercicio de las competencias estatales y el cumplimiento de las funciones estatales competen a los Länder siempre que la presente Ley Fundamental no disponga o admita una disposición en contrario".

35 *Derechos del Pueblo Mexicano:* México a través de sus constituciones, *op. cit.*, t. XII, pp. 960 y 961.

Gracias a esa argumentación se logró introducir la fórmula residual en el pacto federal mexicano. El comentario de Mariano Otero da cuenta de que la razón para introducir la fórmula fue la intromisión de la federación en los asuntos internos de los estados miembros, y de estos en la competencia federal.

Por lo anterior, la regla residual es propia de un sistema dualista. México la adoptó del sistema norteamericano. Con ella se pretende definir con precisión la competencia de los ámbitos federal y local, estos actúan en sus campos de acción, sin invadirse o afectarse, por ello, el rebase de los límites competenciales se repudia.

BIBLIOGRAFÍA

Arteaga Nava, Elisur. *Derecho Constitucional*, Oxford University Press, México, 2013.

Barragán Barragán, José, *El federalismo mexicano: Visión histórico-constitucional,* IIJ-UNAM, México, 2007.

Brage Camazano, Joaquín, "Estudio preliminar: El federalismo alemán" en *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del estado constitucional*, trad. Joaquín Brage Camazano, IIJ-UNAM, México, 2006.

Díez-Picazo, Luis María, voz "Competencia", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.

Ferrando Badía, Juan, *El estado unitario, el federal y el estado autonómico,* 2ª ed., Tecnos, España, 1986.

Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3ª ed., Porrúa y UNAM, México, 2003.

González Raya, Juan Manuel, *La instauración del Federalismo en México: Surgimiento de una Nación,* 1ª ed., Ecce Homo, México, 2010.

Guastini, Ricardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, IIJ-UNAM/Minima Trotta, México, 2007.

Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro, IIJ-UNAM, México, 2003

—, *El federalismo y el regionalismo como forma estructural del estado constitucional*, trad. Joaquín Brage Camazano, IIJ-UNAM, México, 2006.

Hamilton, Madison y Jay, *El Federalista,* trad. Gustavo R. Velasco, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, Editora Nacional, México, 1973.

—, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, IIJ-UNAM, México, 2010.

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.

Marcello Carmagnani (coord.), *Federalismo latinoamericano: México/ Brasil/ Argentina*, 1ª ed., Colegio de México y Fondo de Cultura Económica, México, 2011.

Mouskheli, Michel, *Teoría jurídica del Estado federal*, Ediciones Coyoacán, México, 2011.

Núñez Nava, Rosa Virginia y Matos Mosquera, María Gabriela, "El Estado federal unicameral: Un nuevo paradigma del federalismo" en *Provincia*, número especial, Universidad de los Andes, Venezuela, 2006.

Oñate, Santiago, "El Acta de Reformas de 1847", en *Derechos del Pueblo Mexicano: México a través de sus constituciones*, t. II, Cámara de Diputados, LV Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, México, 1994.

Proudhon, Pierre Joseph, *El principio federativo*, Libros de Anarres, Buenos Aires, 2008.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Editora Nacional, México, 1966.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano,* 39ª ed., Porrúa, México, 2007.

—, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005,* 24ª ed., Porrúa, México, 2005.

—, Felipe, *México y sus Constituciones*, Trabajos jurídicos de homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV aniversario, vol. 2º, Polis, México, 1937.

Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América,* Fondo de Cultura Económica, México, 2012.

Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado, Ciencia de la política, UNAM,* México, 1985 .

NUEVAS TRANSACCIONES COMERCIALES Y EL PROBLEMA DE SU ENCUADRAMIENTO JURÍDICO: EL EJEMPLO DEL PRÉSTAMO MARÍTIMO EN DERECHO ROMANO

Aldo Petrucci*

RESUMEN: Este artículo aborda la cuestión del encuadramiento jurídico de las nuevas transacciones, que nacen y se desarrollan en las prácticas comerciales internacionales, poniendo el ejemplo de la inserción en el sistema contractual romano del *foenus nauticum*, un tipo de préstamo utilizado en los tráficos marítimos del antiguo Mediterráneo oriental, y empleado también por los financiadores romanos. Se traza una breve evolución de las distintas etapas hasta su inclusión definitiva en el esquema del mutuo, y al mismo tiempo, se destacan las principales diferencias con ese tipo de contrato. En la parte final, se dedican algunas consideraciones al régimen del préstamo marítimo en la época de Justiniano y en la tradición jurídica posterior de Europa oriental y occidental.

PALABRAS CLAVE: Derecho romano, *foenus nauticum*, préstamo marítimo.

ABSTRACT: This article deals with the question of the framing in a legal system of the new transactions that are born and develop in international commercial practices, giving the example of the insertion in the Roman contractual system of the *foenus nauticum*, a type of loan used in the maritime traffics of the ancient Eastern Mediterranean, and also used by the Roman financiers. A brief evolution of the different covers is traced until its definitive inclusion in the contractual scheme of a loan, and at the same time, the main differences with that type of contract are highlighted. In the final part, some considerations are devoted to the regime of the maritime loan in Justinian's time and in the later legal tradition of Eastern and Western Europe.

KEY WORDS: Roman law, *foenus nauticum*, maritime loan.

SUMARIO: 1. LA CUESTIÓN ACTUAL Y EL CASO DEL PRÉSTAMO MARÍTIMO DE ÉPOCA ROMANA. 2. CLASIFICACIÓN DEL PRÉSTAMO MARÍTIMO EN EL SISTEMA CONTRACTUAL ROMANO. 3. DIFERENCIAS ENTRE EL MUTUO Y EL PRÉSTAMO MARÍTIMO. 4. EDAD DE JUSTINIANO Y APUNTES SOBRE TRADICIÓN JURÍDICA SUCESIVA HASTA LOS TIEMPOS MODERNOS. 5. CONSIDERACIONES FINALES. FUENTES DE CONSULTA.

1. LA CUESTIÓN ACTUAL Y EL CASO DEL PRÉSTAMO MARÍTIMO DE ÉPOCA ROMANA

En la historia del derecho es un fenómeno recurrente el de la necesidad de dar reconocimiento jurídico a transacciones siempre nuevas que surgen y se desarrollan en la práctica del comercio. Este fenómeno se ha acentuado en las últimas décadas debido a la concomitancia de una pluralidad de factores, como la globalización de la economía,

las nuevas tecnologías, la transición digital y la economía verde, que han generado nuevas actividades, para las que se requiere un marco jurídico a efectos de certeza del derecho, porque su clasificación dentro de las categorías jurídicas existentes sirve para dar indicaciones claras sobre las normas que deben aplicarse, y tutelar las partes involucradas. En dicho contexto, me pareció que merecía la pena reflexionar sobre la manera en que el derecho romano había abordado el empleo y la difusión del *foenus nauticum* o préstamo marítimo.

Esta expresión se utiliza generalmente para referirse a una transacción comercial por la que un financiador concedía un préstamo a un naviero (armador) o capitán de barco (*magister navis*) para permitirle llevar a cabo actividades comerciales y/o transportes por mar, con el compromiso de devolver al financiador las sumas recibidas, más los intereses a una tasa elevada, sólo si el viaje (normalmente de ida y vuelta) tuviera éxito; en caso contrario, también se eximía del reembolso del capital[1].

En las fuentes jurisprudenciales romanas el préstamo que acabamos de describir, se denomina también *pecunia traiecticia* (en D. 22.2.1; D. 22.2.4 pr.) o *nautica pecunia* (en D. 22.2.3; D. 22.2.4 pr., D. 22.2.3; D. 45.1.122.1), para aludir precisamente al uso del dinero para el comercio ultramarino, y con referencia al interés que producía, se habla de *usurae maritimae* (intereses marítimos, en D. 22.2.6), para subrayar su mayor cuantía en comparación con la ordinaria[2].

Las características de tal operación comercial son resumidas sucintamente, en las primeras décadas del siglo III d.C., por el jurista Modestino 10 *pandect*. en D. 22.2.1, quien afirma:

> *«Traiecticia ea pecunia est quae trans mare vehitur: ceterum si eodem loci consumatur, non erit traiecticia. Sed videndum, an merces ex ea pecunia comparatae in ea causa habentur? Et interest, utrum etiam ipsae periculo creditoris navigent: tunc enim traiecticia pecunia fit».*

---

1 En general, véanse Purpura, Gianfranco, *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1996, pp. 93 a 232; Giuffré, Vincenzo, *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli, Jovene, 1997, pp. 105 a 140; Schuster, Stefan, *Das Seedarlehen in den Gerichtsreden des Demosthenes. Mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstitutes: dáneion nautikón, fenus nauticum und Bodmerei*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, pp. 175 a 190; Soriano Cienfuegos, Carlos, *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano*, México, Editorial Porrúa, 2007, pp. 154 a 156; Petrucci, Aldo, "*Aspectos jurídicos particulares de la organización y de las actividades de las empresas de navegación*", en Cerami, Pietro, Petrucci, Aldo, *Derecho comercial romano. Perspectiva histórica*, Camacho López, María Elisa, Colmenares Mantilla, Jorge Alberto (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 362 a 370; Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, Bolonia University Press, 2011, pp. 23 a 25.

2 Para la terminología recurrente en las fuentes cf. Soriano Cienfuegos, Carlos, *Banca, navegación*, cit., p. 154; Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., pp. 23 a 25, quien subraya cómo la denominación *foenus nauticum* (ya presente en el rescripto de Diocleciano en C. 4.33.4(3)) fuese la más común entre los juristas de época justinianea.

> «*Se* <da> como préstamo marítimo aquel dinero que se lleva a ultramar; en cambio, si se consuma en el mismo lugar, no será préstamo marítimo. Pero hay que ver si los bienes comprados con ese dinero se consideran en esa <misma> situación. Y depende de si también navegan por cuenta y riesgo del acreedor, en tal caso el dinero <utilizado para comprarlas> se convierte en <dado> como préstamo marítimo».

Las sumas otorgadas en préstamo marítimo tenían por objeto el comercio y el transporte transmarino (*traiecticia-vehitur*), mientras que si se hubieran consumido en el mismo lugar, el préstamo habría dejado de ser tal (*ceterum si-traiecticia*), adoptando la forma de un mutuo ordinario. En la segunda parte del fragmento (cuya autoría por parte de Modestino o de los compiladores de Justiniano se discute), se plantea la cuestión de si el mismo régimen se aplicaba también cuando con el dinero prestado se compraban mercancías que debían transportarse por mar, y la respuesta positiva o negativa se hacía depender de si habían navegado o no por cuenta y riesgo del acreedor (*sed videndum-traiecticia pecunia fit*) [3]. El elemento del *periculum creditoris* (riesgo del acreedor) sobre el que volveremos en breve (§ 3), es, pues, evidente en esta respuesta.

Parece cierto que los orígenes de esta forma de financiación fueron greco-helenísticos[4], y que su penetración en el ámbito romano tuvo lugar en el lapso de tiempo comprendido entre la República media y la tardía. Como puntos de referencia cronológicos, de hecho, tenemos lo que Plutarco, en las *Vitae parallelae* (Vidas paralelas), dice de Catón el Censor a propósito de las formas (analizadas largamente por la doctrina moderna[5]) en que este ilustre personaje realizó préstamos marítimos en los inicios del II siglo a.C.:

Plutarco, Vida de Catón el Mayor (*Cato maior*), 21.5-7: « (Catón) prestaba con la más desprestigiada de las usuras, las marítimas, de esta manera: invitaba a los que pedían el préstamo a unirse a muchos en sociedad con él; una vez que fueran cincuenta, con otras tantas naves, él mismo recibía una cuota social a través de su liberto Quinción,

---

3 El texto de Modestino ha sido objeto de amplios debates en la doctrina romanística, especialmente en la segunda mitad del siglo XX, con posiciones generalmente críticas o muy críticas respecto a su fiabilidad. En la actualidad, sin embargo, sin negar la existencia de alteraciones formales o de epítomes, prevalece la opinión de que corresponde sustancialmente al pensamiento del jurista tardo-clásico: sobre este punto véase Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., pp. 25 a 32, donde se exponen y debaten las diversas posturas.

4 Véanse, por ej., Castresana Herrero, Amelia, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 69 a 89; Purpura, Gianfranco, *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., pp. 99 a106, 121 a 131, 185 a 189; Schuster, Stefan, *Das Seedarlehen*, cit., pp. 23 a 174.

5 Cf. Serrao, Feliciano, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, Pacini, 1989, pp. 85 a 86; Purpura, Gianfranco, *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., pp. 142 a 150; Giuffré, Vincenzo, *Studi sul débito*, cit., p. 118; Cerami, Pietro, "*Introducción al estudio del derecho comercial romano*", en Cerami, Pietro, Petrucci, Aldo, *Derecho comercial romano. Perspectiva histórica*, cit., pp. 29 a 30.

que la administraba y navegaba junto con los que habían pedido el dinero en préstamo. Así que el riesgo no recaía sobre toda la suma, sino sobre una pequeña parte, con grandes beneficios»[6],

y la opinión expresada en el siglo I a.C., por Servio Sulpicio Rufo, el primer jurista que se interesó en ello (por lo menos según los testimonios a nuestra disposición), al negar al acreedor moroso el derecho a exigir el pago de la penalidad del deudor, que no había devuelto, en el plazo estipulado, las sumas prestadas para la actividad comercial marítima[7].

Si de lo dicho quedan bastante definidos los contornos económico-comerciales de la operación, su clasificación jurídica había sido mucho más compleja, como podemos deducir de una serie de noticias dispersas en los pocos fragmentos de las obras de los juristas contenidos en el Digesto, y en particular en el título D. 22.2, su *sede materiae*, y en algunos rescriptos del emperador Diocleciano (284-305 d.C.), los únicos incluidos en el título C. 4.33 del Códice de Justiniano. Algunos otros datos se han visto en ciertos documentos epigráficos de la praxis, en particular el papiro egipcio de Fayum del 149 d.C. (SB VI 9571), que informa de la comunicación hecha por un banquero relativa a un préstamo marítimo, y dos tablillas pompeyanas de Murécine (*Tabulae Pompeianae Sulpiciorum* n.º 78 y 31), del 38 y 52 d.C. respectivamente, cuya referencia al *foenus nauticum* pero es incierta[8].

El origen extranjero del instituto y el hecho de que no se disponga de bastante información hicieron que durante mucho tiempo la doctrina apareciera dividida o incluso en posturas opuestas en cuanto a sus características[9]. En la actualidad, la mayoría de las divergencias se han superado o atenuado (ya que estában vinculadas principalmente a los resultados del método interpolacionista) y parece haberse consolidado una cierta consonancia sobre algunos puntos fundamentales, que abordaré a continuación.

---

6 Traducción al español mía.

7 Ulpiano 77 *ad ed.* en D. 22.2.8:« Servio afirma que no se puede pedir la penalidad <al deudor> de un préstamo marítimo, si dependió de la mora del acreedor, que no aceptó la devolución del dinero prestado dentro del plazo establecido (*Servius ait pecuniae traiecticiae poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quo minus eam intra certum tempus praestitutum accipiat*)». Sobre tal texto véase Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo in diritto romano*, cit., pp. 107 a 115.

8 Sobre la referencia de los tres documentos a un préstamo marítimo cf. las distintas opiniones de Purpura, Gianfranco, *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, cit., pp. 137ª 138, 243 a 264; Camodeca, Giuseppe, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.). Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, I, Roma, Quasar, 1999, pp. 97 a 99, 177 a 180 y Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 13 a 15, 139 nt. 4.

9 Para una panorámica cf. los estudios clásicos de De Martino, Francesco, "*Sul «foenus nauticum»*", "*Ancora sul «foenus nauticum»*" y "*Sull'«actio pecuniae traiecticiae»*", en De Martino, Francesco, *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, *Diritto privato*, Napoli, Jovene, 1995, pp. 1 a 31, 33 a 45 y 549 a 570; Biscardi, Arnaldo, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*, 2a ed., Torino, Giappichelli, 1974, pp. 3 a 145, 163 a 207; Purpura, Gianfranco, *Studi romanistici*, cit., pp. 96 a 99; Giuffré, Vincenzo, *Studi sul debito*, cit., pp. 105 a 130. Más doctrina se menciona en Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 5 a 19.

2. CLASIFICACIÓN DEL PRÉSTAMO MARÍTIMO EN EL SISTEMA CONTRACTUAL ROMANO

La correspondencia del préstamo marítimo con uno de los esquemas contractuales (o más generalmente negociales) del derecho romano debió pasar por varias etapas. La necesidad de dar a la operación un esquema contractual preciso derivaba, como es bien sabido, de la tipicidad de las acciones previstas en el edicto pretorio, que exigía la redacción de una fórmula específica a disposición de las partes implicadas para hacer valer sus derechos ante los tribunales.

En un primer momento, aceptando autorizadas opiniones modernas, es plausible configurar este préstamo como una simple entrega (*datio*) de una suma de dinero, a la que se añadía la estipulación de intereses (*stipulatio usurarum*)[10]. En tal caso, habría que pensar, con referencia a la entrega, en una cláusula (*lex*) con la que se destinarían las sumas prestadas a la operación comercial marítima (como era el caso del préstamo para reparar una nave, según la orientación jurisprudencial representada por los juristas Ofilio y Pedio, retomada por Ulpiano 28 *ad ed.* en D. 14.1.1.9[11]) con riesgo a cargo del prestamista, mientras que la existencia de una estipulación relativa a los intereses se reflejaría en el uso similar que se hace de ella en el mutuo ordinario. Con respecto a tal configuración, el prestamista estaría protegido por una específica acción (*condictio certi*) para la devolución del capital y otra (la *actio ex stipulatu*) para el pago de intereses.

Sin embargo, pronto resultó más adecuado (y ésta es la hipótesis más acreditada[12]) encuadrar el préstamo marítimo en el esquema contractual de una única *stipulatio* (estipulación), incluyendo en ella todo el conjunto del convenio de las partes (la *conventio*

---

10 Cf., por ej., Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, I, 2° ed., München, Beck, 1971, p. 409 nt. 37; Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 82 nt. 179; Purpura, Gianfranco, *Studi romanistici*, cit., p. 130; Giuffré, Vincenzo, *Studi sul debito*, cit., pp. 107 a 108, 118 a 121.

11 Ulpiano 28 *ad ed*., D. 14.1.1.9: «Por lo tanto Ofilio pregunta si se da la acción en contra del armador en el caso de que <el comandante de la nave> haya utilizado para sus fines, el dinero recibido en mutuo para reparar la nave, y afirma que, si lo recibió con la cláusula de que lo gastaría para la nave, y luego cambió su voluntad, el armador se habrá de culpar a sí mismo por haber empleado <como comandante> a tal individuo; en cambio, si desde el inicio el comandante quería fraudar al acreedor, y no expresó la finalidad del dinero recibido en mutuo, vale la solución opuesta. Y Pedio aprueba dicha distinción (*Unde quaerit Ofilius, si ad reficiendam navem mutuatus nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio. et ait, si hac lege accepit quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris et hoc specialiter non expresserit, quod ad navis causam accipit, contra esse: quam distinctionem Pedius probat*)». Al respecto cf. Soriano Cienfuegos, Carlos, *Banca, navegación*, cit., pp. 156 a 158, y mi comentario en: Petrucci, Aldo, "*Aspectos jurídicos particulares de la organización y de las actividades de las empresas de navegación*", cit., pp. 278 a 281.

12 Cf., por ej., Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations*, cit., p. 184; Giuffré, Vincenzo, *Studi sul debito*, cit., pp. 106 a 107; Schuster, Stefan, *Das Seedarlehen*, cit., pp. 190 a 191; Petrucci, Aldo, "*Aspectos jurídicos particulares*", cit., pp. 283 a 284; Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 137 a 152.

pecuniae traiecticiae), que daba lugar a la obligación por parte del armador (o capitán de la nave) de devolver capital e intereses, si la nave hubiese regresado con éxito. De tal encuadramiento, además de un texto de Pomponio 3 *ex Plaut*. en D. 22.2.2, en donde se cita a Labeón que alude al promitente de una estipulación, que tenía por objeto un préstamo marítimo[13], el caso más conocido es el tratado por el jurista Escévola 28 *dig*. en D. 45.1.122.1. Lo que nos interesa aquí es la exposición de los distintos aspectos convencionales encerrados en tal préstamo, más que las cuestiones planteadas al jurista y sus soluciones, ya que ambas presentan considerables incertidumbres debidas a las corrupciones de la tradición textual:

> «*Callimachus mutuam pecuniam nauticam accepit a Sticho servo Seii in provincia Syria civitate Beryto usque Brentesium: idque creditum esse in omnes navigii dies ducentos, sub pignoribus et hypothecis mercibus a Beryto comparatis et Brentesium perferendis et quas Brentesio empturus esset et per navem Beryto invecturus: convenitque inter eos, uti, cum Callimachus Brentesium pervenisset, inde intra idus Semptembres, quae tunc proximae futurae essent, aliis mercibus emptis et in navem mercis ipse in Syriam per navigium profiscatur, aut, si intra diem supra scriptam non reparasset merces nec enavigasset de ea civitate, redderet universam continuo pecuniam quasi perfecto navigio et praestaret sumptus omnes prosequentibus eam pecuniam, ut in urbem Romam eam deportarent: eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo Lucii Titii promisit Callimachus…*».
>
> «Calímaco recibió dinero como préstamo marítimo de Estico, siervo de Seyo, en la provincia de Siria, en la ciudad de Bérito para un viaje a Brindis, y este dinero se lo dio a crédito por todos los doscientos días de la navegación y fue garantizado con prendas e hipotecas sobre las mercancías que compró en Berito para llevarlas a Brindis y sobre las que compraría en Brindis y llevaría en el barco a Berito; se acordó entre ellos que, cuando Calímaco llegara a Brindis, desde allí para los idus <día 13> de septiembre siguiente, después de haber comprado otras mercancías y haberlas cargado en el barco, zarparía hacia Siria, o que, si para la fecha mencionada no había comprado las mercancías y no había zarpado de esa ciudad en barco, devolvería inmediatamente toda la suma <capital e intereses>, como si hubiera completado el viaje <de vuelta>, y que pagaría todos los gastos a quienes hubiesen recaudado esa suma para llevarla a la ciudad de Roma. Y Calímaco prometió por estipulación a Estico, esclavo de Lucio Ticio <es decir Seyo>, que le había interrogado, obligándose a que todas estas cosas se darían y se harían correctamente…».

Un armador o capitán, llamado Calímaco, obtuvo un préstamo marítimo de Estico, esclavo del acreedor (al que se alude con los nombres ficticios, primero, de Seyo y, más tarde, de Lucio Ticio), para la compra y transporte de mercancías desde Berito (Bei-

13 Pomponio 3 *ex Plaut*., D. 22.2.2:«Labeón afirma que, si no hubiere nadie, al cual por parte del promitente se pueda requerir <la solicitud de pagar> el dinero del préstamo marítimo, tal circunstancia se debe incluir en un comprobante, que tenga lugar de solicitud (*Labeo ait, si nemo sit, qui a parte promissoris interpellari traiecticiae pecuniae possit, id ipsum testatione complecti debere, ut pro petitione id cederet*)». Al respecto véase Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 119 a 121.

rut) hasta Brindis (llamada Brentesio en griego), con el establecimiento de derechos de prenda e hipoteca sobre dichas mercancías. En Brindis, Calímaco debía comprar más mercancías, para transportarlas después a Berito. Los dos viajes, ida y vuelta, debían realizarse en un plazo de 200 días y la salida de Brindisi debía tener lugar antes de los idus de septiembre (el día 13). Si, para entonces, Calímaco no hubiese comprado las mercancías y partido de este último puerto, tendría que devolver inmediatamente (*continuo*) todo el dinero que le había sido prestado con los intereses (*universa pecunia*), como si hubiera completado el viaje de vuelta (*quasi perfecto navigio*), y además tendría que soportar todos los gastos de traslado de este dinero a Roma. Este complejo arreglo de intereses formaba parte de un acuerdo, que luego se vertió en una *stipulatio*, como dice expresamente el jurista: «*eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho servo Lucii Titii promisit Callimachus*» («y todas estas cosas Calímaco prometió con estipulación a Estico, esclavo de Lucio Ticio que le había interrogado, obligándose a que todas estas cosas se darían y se harían correctamente...»).

Por la continuación del pasaje nos enteramos de que Calímaco había cargado la mercancía comprada en Brindis dentro los idus de septiembre en presencia de Erote, otro esclavo del financiador Seyo/ Lucio Ticio, encargado de recibir el dinero y llevarlo a Roma, si no se hubiesen respetado las condiciones del convenio, pero de que el viaje de regreso se emprendió después de esa fecha, de acuerdo con Erote, y que la nave naufragó. Es precisamente en estas circunstancias (carga efectuada a tiempo, pero salida demorada con el consentimiento de Erote) donde se centran las preguntas al jurista y sus respuestas. En consecuencia, con base en este encuadramiento contractual de toda la operación, el acreedor habría podido hacer valer sus pretensiones de restitución de las sumas prestadas (capital e intereses) por la *actio ex stipulatu* (tanto en la hipótesis de que la cuestión se hubiera planteado en torno al cumplimiento de la doble condición para la carga de la mercancía y el inicio del viaje de regreso, como en la hipótesis de que se hubiera centrado en el valor del consentimiento manifestado por Erote)[14]. La finalidad del préstamo para la navegación comercial y la asunción del riesgo con el mayor interés a cargo del deudor atribuyen, sin embargo, una función insustituible a la causa negocial del contrato de *stipulatio*, en que se había encerrado el préstamo marítimo (el *foenus nauticum*)[15].

Más tarde, en las primeras décadas del siglo III d.C., observamos la etapa final del procedimiento histórico que estamos analizando, cuando el jurista Paulo 25 *quaest.* en D. 22.2.6 califica simplemente como dado en mutuo (*mutuam pecuniam dando*)

14 Para la reconstrucción del texto, su contenido y las distintas interpretaciones véanse Purpura, Gianfranco, *Studi romanistici*, cit., pp. 115 a 119, 205 a 215; Krampe, Christoph, "*Der Seedarlehensstreit des Kallimachus. D. 45.1.122.1 Scaevola 28 digestorum*", en *Collatio iuris Romani. Etudes dédiées à H. Ankum*, 1, Amsterdam, Gieben, 1995, pp. 207-222; Soriano Cienfuegos, Carlos, *Banca, navegación*, cit., pp. 155 a 156; Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 137 a 152, y Frunzio, Marina, "*Il caso della sfortunata navigazione di Callimaco: D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 dig.)*", en: *SDHI. Studia et Documenta Historiae et Iuris*, n. 83, Roma, 2017, pp. 276 a 293.

15 Como correctamente subraya Giuffré, Vincenzo, *Studi sul debito*, cit., pp. 118 a 121.

el dinero objeto de un préstamo marítimo, sin referencia a una estipulación o a otra forma contractual. De hecho, en la parte inicial del fragmento, al describir el caso, del que surge la cuestión que se le presenta, afirma:

> *«Faenerator pecuniam usuris maritimis mutuam dando quasdam merces in nave pignori accepit, ex quibus si non potuisset totum debitum exsolvi, aliarum mercium aliis navibus impositarum propriisque faeneratoribus obligatarum si quid superfuisset, pignori accepit ...».*
>
> *«* Un financiador, al dar dinero en mutuo con los intereses del préstamo marítimo, recibió una hipoteca sobre determinadas mercancías cargadas en la nave y, si con ellas no se podr*ía satisfacer la totalidad de la deuda, recibi*ó una hipoteca <también> sobre otras mercancías cargadas en otras naves, pignoradas a favor de otros financiadores, si sobraba algo <tras la satisfacción de estos últimos>...*»*.

También en relación con este pasaje, no interesan aquí ni la cuestión (si, habiendo naufragado la primera nave, cuya carga podría haber satisfecho plenamente el crédito del financiador, éste podría haberse basado en la plusvalía de las mercancías hipotecadas cargadas en las demás naves) ni la respuesta negativa del jurista y la argumentación que la sustenta[16].

En cambio, es relevante que, independientemente de la conclusión de una estipulación (*stipulatio*), el préstamo marítimo se enmarca en el contrato de mutuo[17]. Ello explica por qué en los manuales modernos de derecho romano, esta figura se asocie habitualmente a este último contrato y a la correspondiente protección jurisdiccional mediante la acción por la restitución del dinero prestado (*actio certae creditae pecuniae*)[18].

3. DIFERENCIAS ENTRE EL MUTUO Y EL PRÉSTAMO MARÍTIMO

A pesar de que al final el *foenus nauticum* fue clasificado en el ámbito del mutuo, siguieron existendo diferencias entre ambas figuras.

La primera es el *periculum creditoris*, es decir, el riesgo soportado por el financiador. En el *foenus nauticum*, en efecto, es el prestamista quien soporta las consecuencias del no regreso de la nave, que implican la pérdida del capital y de los intereses sin res-

16 Centrada en el hecho de que en un préstamo marítimo, el acreedor tenía que soportar el riesgo del naufragio, que también implicaba la pérdida de las garantías hipotecarias relacionadas a ello. Sobre tal argumento cf. Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 48 a 52.

17 En doctrina véanse, por ej., Giuffré, Vincenzo, *Studi sul debito*, cit., pp. 107 a 110; Schuster, Stefan, *Das Seedarlehen*, cit., p. 187; Soriano Cienfuegos, Carlos, *Banca, navegación*, cit., p. 156; Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., p. 153.

18 Entre los manuales cf., por ej., Padilla Sahagún, Gumesindo, *Derecho romano*, 3a ed., México, McGrawHill, 2004, p. 158; Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, I, 2a ed., Santiago, Thomson Reuters, 2013, p. 821; entre los estudios específicos véase Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 155 a 156..

ponsabilidad para el financiado, a diferencia de lo que ocurría en el mutuo, en el que la pérdida de sumas o cosas fungibles recibidas por fuerza mayor no liberaba al mutuario de la obligación de reembolso (por ejemplo, Gayo 2 *aur*. en D. 44.7.1.4[19]).

El elemento del riesgo soportado por el acreedor, que caracteriza el préstamo marítimo, se repite constantemente en las fuentes: además de D. 22.2.1, lo vemos, por ejemplo, en D.22.2.5 pr. («*periculi pretium*: remuneración del riesgo»), en D. 22.2.6 («*sed cum traiecticia pecunia ita datur, ut non alias petitio eius creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit*: en el préstamo marítimo, al prestamista le corresponde el derecho de pedir la restitución del dinero sólo al regresar la nave salva dentro del plazo establecido») y en las *Pauli Sententiae* 2.14.3 («*propter periculum creditoris*: a causa del riesgo soportado por el acreedor»). No era cualquier riesgo el que debía soportar el acreedor, sino sólo el derivado de la navegación, quedando así cubierto el deudor de los peligros de ésta. En relación con tal característica, es una opinión difundida en la doctrina actual, que el *foenus nauticum* desempeñaba una función embrionaria de seguro contra este tipo de riesgos, constituyendo así un primer germen del contrato moderno de seguro marítimo[20].

La asunción del riesgo es, por tanto, un elemento esencial del negocio y no meramente accidental[21]. Muy clara en este sentido, si se interpreta correctamente, es la afirmación inicial del fragmento de Papiniano 3 *resp*. en D. 22.2.4 pr:

> *«Nihil interest, traiecticia pecunia sine periculo creditoris accepta sit an post diem praestitutum et condicionem impletam periculum esse creditoris desierit. Utrubique igitur maius legitima usura fenus non debebitur, sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo».*
>
> «No importa si el préstamo marítimo se haya recibido sin riesgo por parte del acreedor o si, una vez transcurrido el plazo fijado o cumplida la condición, el riesgo haya dejado de ser a cargo del acreedor. En cualquiera de los dos casos, por tanto, no se deberán intereses superiores a los legales, pero en el primer caso siempre, en el segundo una vez pasado el riesgo».

---

19 Gai. 2 *aur*. en D. 44.7.1.4: «Y es cierto que el que recibió un mutuo, si por cualquier caso haya perdido lo que recibió, no obstante sigue siendo obligado... (*Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilo minus obligatus permanet...*) ».

20 Cf., por ej., Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations*, cit., pp. 182 a 183; Giuffré, Vincenzo, *Studi sul debito*, cit., p. 106; Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, cit., p. 821; Zamora Manzano, José Luis, "*La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo*", en: *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el Mare nostrum*, I, J.R. Robles Reyes, M.D. Parra Martín, A. Díaz-Bautista Cremades, J.M. del Vas (editores), Pamplona, Editorial Aranzadi, 2015, p. 35.

21 En doctrina véanse Castresana Herrero, Amelia, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana*, cit., pp. 69 a 90; Purpura, Gianfranco, *Studi romanistici*, cit., pp. 185 a 189; Salazar Revuelta, María, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, Jaén, Universidad de Jaén, 1999, pp. 183 a 185; Schuster, Stefan, *Das Seedarlehen*, cit., pp.188 a 189; Petrucci, Aldo, "*Aspectos jurídicos particulares*", cit., p. 287; Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 37 a 67; Zamora Manzano, José Luis, "*La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo*", cit., pp. 44-53; Pontoriero, Ivano, "*Periculum quod ex navigatione maris metui solet*", en: *Interpretatio Prudentium* III, 1, 2018, pp. 261-288.

El texto examina dos distintas hipótesis: que un préstamo para llevar a cabo una transacción comercial marítima se haya concertado sin riesgo para el acreedor (*traiecticia pecunia-accepta sit*) o bien que el riesgo deje de correr a cargo de este tras el vencimiento de un plazo o el acaecimiento de una condición (*post diem-creditoris desierit*). A efectos de los intereses a pagar no hay diferencia entre una y otra hipótesis, pues en ambas no pueden superar el límite legal (*utrubique-non debebitur*): en la primera, en todo caso, en la segunda tras cesar el riesgo (*sed in priore-discusso periculo*)[22]. De dicho texto se desprenden dos perfiles fundamentales: por una parte, los préstamos para realizar operaciones de ultramar en ausencia de riesgo para el prestamista, no podían considerarse un *foenus nauticum* (un préstamo marítimo); por otra, la asunción del riesgo estaba estrictamente correlacionada con el pago de intereses superiores al límite legal (que era el 12% por año).

El segundo rasgo distintivo del préstamo marítimo respecto del mutuo ordinario es que en el primero la obligación relativa a los intereses es inherente al propio negocio e implícita en el acuerdo global, pudiendo el acreedor hacer valer sus pretensiones, según el tipo de contrato adoptado, con la acción que nacía de la estipulación (*actio ex stipulatu*, en el caso de uso de una *stipulatio*) o con la acción que derivaba del mutuo (*actio certae creditae pecuniae*, en el caso de empleo del mutuo)[23]. De hecho, se afirma en un texto de Paulo 3 *ad ed*. en D. 22.2.7:

> *«In quibusdam contractibus etiam usurae debentur quemadmodum per stipulationem. Nam si dedero decem traiecticia, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere».*
>
> «En ciertos contratos también se deben intereses como por una estipulación. Pues si di diez en un préstamo marítimo, para recibir el capital con ciertos intereses, una vez regresada salva la nave, debe decirse que puedo recibir <a cambio> el capital con intereses».

El jurista, en este punto de su comentario, después de sostener que en ciertos contratos (*in quibusdam contractibus*) los intereses son debidos de la misma manera que si hubieran sido incluidos en una estipulación (*etiam usurae-stipulationem*), pone el ejemplo del préstamo marítimo (*nam si-recipiam*), en el que, en su opinión (*dicendum est*), el éxito del viaje de la nave daba lugar al derecho del acreedor a obtener la devolución del capital con los intereses pactados (*posse me sortem cum usuris recipere*)[24].

---

22 Para una amplia exégesis de este texto cf. Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 39 a 47.

23 Coherente con su propia teoría sobre el papel de la estipulación de una penalidad (*stipulatio poenae*) para la asunción de un esquema contractual del préstamo marítimo, Biscardi, Arnaldo, *Actio pecuniae traiecticiae*, cit., pp. 113 a 114, añade también otra acción (la *actio pecuniae traiecticiae*).

24 En doctrina véanse, por ej., las distintas opiniones de Salazar Revuelta, María, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, cit., pp. 185, 340 a 345, y de Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 77 a 101, en particular pp. 93 a 101 para la exégesis de D. 22.2.7.

En cuanto a la tasa de interés, es precisamente la correlación con el riesgo soportado por el prestamista lo que justifica la derogación del límite legal de 12% (las *usurae centesimae*), como se deduce del pasaje antes citado de Papiniano 3 *resp*. en D. 22.2.4 pr. y de lo que se afirma explícitamente en las *Pauli Sententiae* 2.14.3[25]:

> *«Traiecticia pecunia propter periculum creditoris, quamdiu navigat navis, infinitas usuras recipere potest».*
>
> « El préstamo marítimo, debido al riesgo del acreedor, mientras la nave navegue, puede devengar intereses sin límite».

Esta es la *ratio decidendi* que subyace también en dos rescriptos de Diocleciano de 286 d.C., en el primero de los cuales (C. 4.33.2(1)) se reafirma la posibilidad de obtener el pago de intereses superiores al interés legal sólo por el período de tiempo que la nave del deudor navegue hasta al puerto[26], mientras que en el segundo (C. 4.33.3(2)) se niega la posibilidad de percibir intereses superiores al límite legal porque la mujer mutuante (llamada Aurelia Cosmiana), al conceder el préstamo, no había declarado que había asumido el riesgo (*periculum*) de la navegación[27].

Los intereses podían calcularse en función del tiempo o, según una práctica que parece más extendida, ya predeterminados en una cantidad fija en relación con la operación comercial financiada; sin embargo, no conocemos con exactitud la tasa practicada hasta época justinianea; a pesar de ello, en la doctrina se ha pensado que rondaba el 33% del capital[28].

Otro perfil de especialidad del préstamo marítimo, con independencia del esquema contractual empleado, estaba representado por la adición al contrato de una cláusula penal (*stipulatio poenae*) a carga del deudor por mora en el pago del capital y de los intereses[29]. En la actualidad, la doctrina parece casi unánime en atribuir a dicha cláu-

---

25 Sobre este texto cf. Salazar Revuelta, María, *La gratuidad del mutuum*, cit., p. 343; Giuffré, Vincenzo, *Studi sul debito*, cit., p. 108.

26 C. 44.33.2(1): « Es manifiesto que el dinero entregado como préstamo marítimo, al ser entregado a riesgo del acreedor, está exento de las normas comunes sobre los intereses hasta que la nave haya atracado en el puerto (*Traiecticiam pecuniam, quae periculo creditoris datur, tamdiu liberam esse ab observatione communium usurarum, quamdiu navis ad portum appulerit, manifestum est*)».

27 C. 44.33.3(2): « Puesto que dices que prestaste el dinero para que te fuera devuelto en esta ciudad sagrada <Roma>, y no alegas que el riesgo incierto, que suele derivarse de la navegación en el mar, recayó sobre ti, no cabe duda de que no puedes reclamar intereses por el dinero prestado más allá del límite legal (*Cum dicas pecuniam te ea lege dedisse, ut in sacra urbe tibi restitueretur, nec incertum periculum, quod ex navigatione maris metui solet, ad te pertinuisse profitearis, non dubium est pecuniae creditae ultra licitum te usuras exigere non posse*)». Para un análisis de ambos rescriptos véanse Salazar Revuelta, María, *La gratuidad del mutuum*, cit., p. 344 y Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 55 a 58.

28 Puede encontrarse un extenso tratamiento del tema en Purpura, Gianfranco, *Studi romanistici*, cit., pp. 124 a 125; 257 a 264.

29 Cf. Ulpiano 77 *ad ed.* en D. 22.2.8 (transcrito *supra*, nt. 8) y Labeón 5 *pith. a Paulo ep.* En D. 22.2.9.

sula sólo una finalidad de garantía para el acreedor[30], mientras que se abandonó la tesis, tenazmente sostenida por Arnaldo Biscardi[31], que le atribuía la función, dentro de la operación de préstamo marítimo, de hacer legalmente exigible la obligación del deudor de devolver el capital recibido y pagar los intereses pactados.

Además, precisamente porque el dinero prestado debía destinarse a ultramar, el acreedor tenía la costumbre de hacer que uno de sus esclavos viajara con el deudor para cerciorarse de su empleo real y, en su caso, acordar con el deudor cualquier modificación de las condiciones de devolución. En caso de retraso en el cumplimiento, el acreedor recibía una compensación adicional por los perjuicios sufridos debido a la indisponibilidad de su esclavo[32].

4. EDAD DE JUSTINIANO Y APUNTES SOBRE TRADICIÓN JURÍDICA SUCESIVA HASTA LOS TIEMPOS MODERNOS

Sobre el uso del *foenus nauticum* en época justinianea disponemos de algunos datos explícitos, sobre los que conviene hacer unas breves anotaciones.

No es necesario detenernos en la famosa constitución de Justiniano de 528 (en C. 4.32.26.2) sobre el límite de las tasas de interés convencional, que fijó aquel de 12% para los préstamos marítimos (el doble respecto del 6% ordinario) incluso en los casos en que antes se había permitido uno superior:

> «*in traiecticiis contractibus... usque ad centesimam tantummodo licere stipulari nec eam excedere, licet veteribus legibus hoc erat concessum*».
>
> «en los contratos de préstamo marítimo <ordenamos> que no se pueda estipular una tasa de interés excedente al 12 %, aunque las antiguas leyes lo permitían»[33].

Más interesante, sin embargo, es el contenido de dos Novelas (*Novellae*) del mismo emperador: Nov. 106 de 7 de septiembre de 540 y Nov. 110 de 26 de abril de 541, ambas dirigidas a Juan de Capadocia, prefecto del pretorio para Oriente[34].

La ocasión para la promulgación de la primera viene dada por un informe de este funcionario, en el que comunica al emperador las súplicas de dos financiadores del

30 Véase a propósito Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 103-135, con mención de la doctrina anterior.

31 Biscardi, Arnaldo, *Actio pecuniae traiecticiae*, cit., pp. 22 a 36, 165 a 207.

32 Sobre tales argumentos cf. Purpura, Gianfranco, *Studi romanistici*, cit., pp. 192 a 193, 212 a 215.

33 Al respecto cf., por ej., Salazar Revuelta, María, *La gratuidad del mutuum*, cit., pp. 196 a 198; Fasolino, Francesco, *Studi sulle usurae*, Salerno, Brunolibri, 2006, pp. 153 a 181; Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 159 a 164.

34 Un análisis detallado de las dos Novelas fue realizado por Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., pp. 164 a 183. Posteriormente cf. también Luchetti, Giovanni, "*Disciplina del prestito marittimo in Nov. Iust. 106 (a. 540)*", en: *Interpretatio Prudentium*, n. III, 1, Lisboa, 2018, pp. 245 a 259.

comercio marítimo, Pedro y Eulogio, que afirmaban temer los litigios surgidos de su actividad a causa de las incertidumbres del derecho a aplicar. Por ello, habiendo propuesto a Justiniano la necesidad de averiguar las costumbres vigentes en la materia y habiendo recibido de él el encargo, Juan de Capadocia se enteró por los armadores, de que en la práctica, los préstamos marítimos adoptaban dos formas: una implicaba el pago por parte de los financiados de un 10% de interés y la asunción del riesgo de la navegación a cargo de los prestamistas, con la posibilidad, no obstante, de que éstos cargaran en la nave, sin pago de derechos, una fanega de trigo o cebada por cada moneda de oro prestada (la unidad monetaria de referencia era el *solidus aureus*, el sólido de oro). La segunda forma implicaba simplemente el pago de un interés del 12,5% por parte del financiado a cambio del riesgo del transporte marítimo, que asumía el prestamista. El aumento del 0,5% respecto del límite máximo permitido se explica en la doctrina moderna, prevalente hoy en día, no como una violación de lo establecido en la constitución de 528, sino por razones de comodidad de cálculo, debido a la reforma (del emperador Constantino, 306-337 d.C.) que había introducido el sólido de oro, cuya moneda divisoria se llamaba *siliqua* con un valor igual a 1/24 del mismo[35].

Se agregan otras indicaciones (que no tienen interés aquí) sobre la duración de los viajes financiados y otros aspectos de la relación de préstamo sucesivos al feliz viaje de la nave. La Cancillería Imperial, habiendo tomado nota de este trabajo de reconocimiento, atribuye valor jurídico a los usos atestiguados, ya que no se consideran contrarios a la legislación vigente.

Sin embargo, unos meses más tarde, con la Novela 110, atendiendo a peticiones (no especificadas) dirigidas a la Cancillería Imperial, Justiniano derogó la Novela 106. En cuanto a las razones por las que lo hizo, la opinión moderna, dominante hasta hace unos años, según la cual se debió a la violación del límite de interés máximo sancionado en C. 4.32.26.2, parece haber perdido fuerza; tampoco no es respaldada por pruebas, la conjetura que explica la derogación por la presión del Colegio de los banqueros de Constantinopla[36]. En cambio, parece más verosímil que las motivaciones de la Novela 110 fueran la inconveniencia de fijar en una medida legislativa, aplicable a todo el Imperio, costumbres propias de la región de Constantinopla en un sector financiero y comercial que necesitaba normas especialmente flexibles[37], y la influencia en el poder imperial de los grandes financieros, que se oponían a la previsión legislativa, contenida en la Nov. 106, sobre la conversión de los intereses marítimos en ordinarios[38].

Para los periodos posteriores, en el ámbito bizantino del Mediterráneo oriental, hay reglas en la compilación normativa sobre el comercio marítimo, conocida como Ley

---

35 Véanse Fasolino, Francesco, *Studi sulle usurae*, cit., p. 166; Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., p. 169.

36 Por ej., cf. Salazar Revuelta, María, *La gratuidad del mutuum*, cit., p. 185.

37 Así Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo*, cit., p. 182.

38 En este aspecto insiste Luchetti, Giovanni, "*Disciplina del prestito marittimo in Nov. Iust. 106 (a. 540)*", cit., pp. 258 a 259.

náutica de los Rodios (*Nómos Rhodíon nautikós*), que prueban la existencia de ciertos aspectos de continuidad con el derecho justinianeo, como la asunción del riesgo de la navegación por parte del acreedor, la duración de los viajes financiados, el envío de un esclavo para vigilar la correcta ejecución del contrato y las diferencias con el mutuo ordinario, especialmente en cuanto a los intereses a pagar[39].

En cambio, en Europa occidental, el *foenus nauticum* romano se injertó en la práctica del comercio marítimo medieval, generando el contrato de cambio marítimo, también llamado contrato a la gruesa ventura, mencionado por los estatutos de muchas ciudades portuarias (así como Venecia, Pisa, Marsella), y reglamentado por el Libro del Consulado de Mar (*Libre de Consulat de Mar*), una obra del siglo XIII, escrita en un lenguaje de tipo catalán por un jurista privado (probablemente de Barcelona), que recogió las costumbres formadas poco a poco entre los mercantes que frecuentaban los puertos de España, Italia y Francia. En este último País la figura del contrato a la gruesa fue recibida por la *Ordonnance de la Marine* (libro III, título V), otorgada por el rey Luis XIV en 1681, y luego incluida en el Código de Comercio de 1807 (artículos 311 a 331), mientras en España estaba disciplinada por el Capítolo XXIII de las Ordenanzas de Bilbao de 1737. En Italia, bajo el nombre de contrato de cambio marítimo (*contratto di cambio marittimo*) aún se regulaba en los artículos 426 a 445 del Código de Comercio de 1865 y en los artículos 590 a 603 del Código de Comercio de 1882, aunque ya había caído en desuso al ser sustituido por el seguro marítimo. Pero esta evolución queda fuera del ámbito de mi presente investigación[40].

5. CONSIDERACIONES FINALES

En las páginas precedentes hemos trazado brevemente el camino que llevó a encuadrar el préstamo marítimo (*foenus nauticum*) en la figura más amplia del contrato de mutuo, aunque con características propias. Fue un camino gradual, que el derecho romano emprendió por etapas, ante la difusión de este tipo de transacciones en el tráfico comercial marítimo. Dado que tenía orígenes extranjeros y, por tanto, debía incorporarse y armonizarse en el ordenamiento jurídico romano, la primera aproximación de los magistrados con funciones jurisdiccionales y de los juristas consistió en considerar por separado los distintos momentos de la operación en sí, distinguiendo la transmisión de la propiedad del dinero prestado (la *datio*) de la estipulación relativa a los intereses (la *stipulatio usurarum*), que el financiado debía pagar a condición de que la nave, a cuyas actividades se refería el préstamo, regresara sana y salva al puerto de destino. De este modo, el financiador podría haber utilizado las dos acciones espe-

39 Cf. aún Pontoriero, Ivano, Il prestito marittimo, cit., pp. 184 a 190.

40 Para una visión general de dicha evolución véanse, Campanino, Giuseppe, "*Prestito a cambio marittimo*", en: *Nuovo Digesto Italiano*, X, Torino, Utet, 1939, pp. 319 a 330; y más recientemente, con enfoque a la experiencia española del comercio colonial, Bernal, Antonio-Miguel, "*Dal Mediterraneo all'Atlantico. Il cambio marittimo e il finanziamento del commercio coloniale spagnolo (secolo XVI)*", en: *Storia economica*, n. XVI-1, Napoli, 2013, pp. 37 a 87.

cíficas: una para la devolución del principal (la *condictio certi*) y otra para el pago de los intereses (la *actio ex stipulatu*).

Esta solución fue sustituida por la de encerrar en una sola estipulación el acuerdo global sobre el conjunto de la operación de financiación, incluidos los detalles, de modo que el financiador pudiera beneficiarse de la acción pertinente (*ex stipulatu*) para obtener la satisfacción de su crédito. Al encuadramiento en una estipulación se unió gradualmente el de un mutuo, porque, al fin y al cabo, el elemento central de la transacción seguía considerándose un préstamo de dinero, que debía devolverse con el añadido de los intereses. La aplicación del esquema contractual del mutuo acabó convirtiéndose en el imperante, aunque ambas figuras nunca llegaron a equipararse. En efecto, si, por un lado, esta inclusión permitía al acreedor de un préstamo marítimo acogerse a todos los remedios jurisdiccionales previstos para el mutuo, por otro lado, las diferencias estructurales fundamentales entre ambas transacciones seguían subsistiendo: en efecto, el *foenus nauticum* se caracterizaba por el riesgo de pérdida de la nave a cargo del prestamista, compensado por el pago de intereses más elevados, cuyo importe se preveía (al menos según la doctrina que prevalece hoy en día) en una simple cláusula contractual, en lugar de en un contrato accesorio separado (una *stipulatio usurarum*).

Así, por lo que respecta a los préstamos marítimos, la experiencia jurídica romana demuestra que siguió un camino distinto del de los contratos consensuales (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato), que también surgieron de la práctica comercial internacional y luego se transpusieron al derecho interno. Para éstos, en efecto, como es bien sabido, el pretor peregrino (con jurisdicción sobre los litigios civiles y mercantiles entre romanos y extranjeros) había introducido fórmulas especiales de acciones, sobre las que se construyeron las figuras individuales y más tarde la categoría general.

Incluso en la tradición jurídica posterior, la fortuna de las operaciones de préstamo marítimo, con el riesgo de la navegación a cargo del prestamista y el pago de intereses más elevados al prestatario cuando el viaje por mar concluía con éxito, atrajo la atención de los ordenamientos jurídicos y de los juristas, que las encuadraron en nuevas categorías contractuales, en las que se conservaban ciertas raíces romanas. Esta situación, como hemos visto, se mantuvo hasta las codificaciones comerciales del siglo XIX, cuando estos contratos fueron sustituidos por el sistema de seguro marítimo.

FUENTES DE CONSULTA

Bernal, Antonio-Miguel, "*Dal Mediterraneo all'Atlantico. Il cambio marittimo e il finanziamento del commercio coloniale spagnolo (secolo XVI)*", en: *Storia economica*, n. XVI-1, Napoli, 2013, pp. 37 a 87.

Biscardi, Arnaldo, *Actio pecuniae traiecticiae. Contributo alla dottrina delle clausole penali*, 2a ed., Torino, Giappichelli, 1974.

Camodeca, Giuseppe, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.). Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, I, Roma, Quasar, 1999.

Campanino, Giuseppe, "*Prestito a cambio marittimo*", en: *Nuovo Digesto Italiano*, X, Torino, Utet, 1939, pp. 319 a 330.

Castresana Herrero, Amelia, *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiecticia romana*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.

Cerami, Pietro, "*Introducción al estudio del derecho comercial romano*", en: Cerami, Pietro, Petrucci, Aldo, *Derecho comercial romano. Perspectiva histórica*, Camacho López, María Elisa, Colmenares Mantilla, Jorge Alberto (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 23 a 150.

De Martino, Francesco, "*Sul «foenus nauticum»*", "*Ancora sul «foenus nauticum»*", "*Sull'«actio pecuniae traiecticiae»*", en: De Martino, Francesco, *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, *Diritto privato*, Napoli, Jovene, 1995, pp. 1 a 31, 33 a 45, 549 a 570.

Fasolino, Francesco, *Studi sulle usurae*, Salerno, Brunolibri, 2006.

Frunzio, Marina, "*Il caso della sfortunata navigazione di Callimaco: D. 45.1.122.1 (Scaev. 28 dig.)*", en: *SDHI. Studia et Documenta Historiae et Iuris*, n. 83, Roma, 2017, pp. 271 a 297.

Giuffré, Vincenzo, *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, Napoli, Jovene, 1997.

Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano*, 2a ed., Santiago, Thomson Reuters, 2013.

Kaser, Max, *Das römische Privatrecht*, I, 2a ed., München, Beck, 1971.

Krampe, Christoph, "*Der Seedarlehensstreit des Kallimachus. D. 45.1.122.1 Scaevola 28 digestorum*", en: *Collatio iuris Romani. Etudes dédiées à H. Ankum*, 1, Amsterdam, Gieben, 1995, pp. 207 a 222.

Luchetti, Giovanni, "*Disciplina del prestito marittimo in Nov. Iust. 106 (a. 540)*", en: *Interpretatio Prudentium*, n. III, 1, Lisboa, 2018, pp. 245 a 259.

Padilla Sahagún, Gumesindo, *Derecho romano*, 3a ed., México, McGrawHill, 2004.

Petrucci, Aldo, "*Aspectos jurídicos particulares de la organización y de las actividades de las empresas de navegación*": en Cerami, Pietro, Petrucci, Aldo, *Derecho comercial romano. Perspectiva histórica*, Camacho López, María Elisa, Colmenares Mantilla, Jorge Alberto (trads.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 289 a 377.

Pontoriero, Ivano, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna, Bononia University Press, 2011.

Pontoriero, Ivano, "*Periculum quod ex navigatione maris metui solet*", en: *Interpretatio Prudentium* III, 1, Lisboa, 2018, pp. 261-288.

Purpura, Gianfranco, *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1996.

Salazar Revuelta, María, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, Jaén, Universidad de Jaén, 1999.

Schuster, Stefan, *Das Seedarlehen in den Gerichtsreden des Demosthenes. Mit einem Ausblick auf die weitere historische Entwicklung des Rechtsinstitutes: dáneion nautikón, fenus nauticum und Bodmerei*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005.

Serrao, Feliciano, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, Pacini, 1989.

Soriano Cienfuegos, Carlos, *Banca, navegación y otras empresas en el derecho romano*, México, Editorial Porrúa, 2007.

Zamora Manzano, José Luis, "*La asunción de riesgos y la seguridad en el transporte marítimo*", en: *La actividad de la banca y los negocios mercantiles en el Mare nostrum*, I, J.R. Robles Reyes, M.D. Parra Martín, A. Díaz-Bautista Cremades, J.M. del Vas (editores), Pamplona, Editorial Aranzadi, 2015, pp. 35-53.

Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

EL *PLAN B* A REVISIÓN: LAS (IN) CONSTITUCIONALIDADES PENDIENTES DE UNA REFORMA ELECTORAL FALLIDA (2022-2023)

Arturo Ramos Sobarzo*
Arturo Camacho Loza**

RESUMEN: El presente estudio tiene como objetivo analizar, desde una perspectiva objetiva, el llamado *Plan B*, el cual consistió en una reforma legal que pretendía modificar aspectos estructurales del sistema político-electoral mexicano. Dicho análisis considerará, dentro del conjunto de inconstitucionalidades que plantea la reforma en sí, algunos aspectos positivos de la misma, que pudieren abonar al sistema democrático.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze, from an objective perspective, the so-called *Plan B*, which consisted of a legal reform that sought to modify structural aspects of the Mexican political-electoral system. This analysis will consider, within the set of unconstitutionalities posed by the reform itself, some positive aspects of it, which could contribute to the democratic system.

PALABRAS CLAVE: Derecho electoral, derechos político-electorales, derecho constitucional, reforma constitucional, *Plan B*, acción de inconstitucionalidad, INE, reviviscencia.

KEYWORDS: Electoral law, political-electoral rights, constitutional law, constitutional reform, *Plan B*, action of unconstitutionality, INE.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ASPECTOS POSITIVOS. a. Reconocimiento de la comunidad afromexicana. b. La no eliminación de la Sala Regional Especializada. c. La no inclusión de la cláusula de vida eterna de los partidos políticos. d. La eliminación de las prerrogativas postal y telegráfica. III. ASPECTOS NEGATIVOS: LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL *PLAN B*. a. El proceso legislativo y la crónica de una reforma fallida. a. Sobre los alcances de la propaganda gubernamental del *Decreto 1*. b. La reestructuración a nivel distrital y local: afectación a las garantías institucionales. c. El uso del pasaporte o matrícula consular para conformar listas nominales de mexicanos en el extranjero. d. El control sobre el flujo de información. IV. LA REVIVISCENCIA COMO EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ Y LA NECESIDAD DE CONTAR CON UNA LEGISLACIÓN APLICABLE. V. BALANCE GENERAL A MANERA DE CONCLUSIÓN. VI. FUENTES.

* Maestro en derecho. Director del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho y profesor de derecho electoral.

** Doctor en derecho. Investigador del Centro de Investigación e Informática Jurídica de la Escuela Libre de Derecho y profesor de metodología jurídica.

I. INTRODUCCIÓN

En 2023, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) determinó la inconstitucionalidad del llamado *Plan B,* es decir, la pretendida reforma electoral legal que surge como consecuencia del fallido intento de enmienda constitucional que, entre otras cosas, buscaba la elección popular de magistrados y consejeros electorales, además de una transformación más al Instituto Nacional Electoral en el llamado Instituto Nacional de Elecciones y Consultas (INEC).[1]

Las razones del máximo tribunal para declarar la invalidez del *Plan B*, se sustentaron en vicios en el procedimiento de reforma legislativa sin que, por tanto, hubiera un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión dado la forma tan burda de procesar dicha reforma. Tal decisión, por tanto, implicó que muchos temas ahí establecidos no fueran analizados ni revisados en sede jurisdiccional, sin embargo, es muy probable que en el futuro vuelvan a la palestra de la discusión legislativa, académica y judicial como lo han manifestado sus autores.

En ese sentido, el presente artículo pretende retomar ciertos temas que eventualmente pueden regresar al debate público, de ahí la necesidad de rescatar algunos rubros que, a partir de una nueva reflexión, pudieren coadyuvar a repensar nuestro sistema democrático.

Asimismo, dentro del mar de inconstitucionalidades y abundantes errores de técnica legislativa que podemos encontrar en dicha reforma legal, poco se ha señalado —desde una mirada que busca imprimirle el mayor sello de imparcialidad posible— sobre los elementos positivos que dichas modificaciones pretendían ser introducidas por el Congreso.

Hay que señalar que nuestra democracia se ha forjado a partir de las diversas reformas electorales, desde aquellas de la década de los 70, hasta la serie de enmiendas constitucionales de la década de los 90, pasando por las subsecuentes de 2007 y 2014. El espíritu reformista es parte del ADN del sistema electoral mexicano, de ahí que la revisión de esta reforma no puede dejar de ser crítica y analítica.

Desde nuestro punto de vista, en la circunstancia constitucional del *Plan B*, podemos encontrar ciertos paralelismos con coyunturas en donde se involucra, por un lado, un gobierno altamente popular con apoyo colectivo, y, por otro, el papel de la Corte como árbitro nacional.

De esta forma, como se sabe, el actual momento mexicano hace recordar episodios como la época de Roosevelt, quien, a pesar de gozar de una importante aceptación

1 Nos referimos a las acciones de inconstitucionalidad 29/2023 y sus acumuladas, la cual recayó en contra del llamado decreto 1 del DOF del 27 de diciembre de 2022 y las acciones de inconstitucionalidad 71/2023 y acumuladas en contra del decreto 2 del DOF del 2 de marzo de 2023.

social, muchos de sus proyectos políticos fueron frenados por la Corte norteamericana. Otro ejemplo, con cierto paralelismo puede ser el fallido indulto ejercido en Argentina por parte del presidente Menem a un grupo de militares de la dictadura enjuiciados por la violación grave de derechos humanos. A pesar de la popularidad y legitimidad democrática del presidente de entonces, la intervención del control constitucional se justificó porque, en ese caso, bajo la mirada de Carlos Santiago Nino, se atentaba contra aspectos medulares de lo que él considera la constitución histórica y por tanto se justificaba la limitación política bajo el tamiz judicial.[2]

Esos dos casos, por solo mencionar algunos, encuentran consonancia con el momento mexicano actual, en donde se puede observar la paradoja entre la popularidad y el poder legítimo derivado de las urnas, de un lado, y, por otro lado, los contornos del ejercicio del poder delineados por la Corte.

En esa línea, el presente trabajo abordará dos decretos publicados que en conjunto constituyen precisamente el llamado *Plan B* de la reforma electoral, es decir, nos referimos a los correspondiente de fecha 27 de diciembre de 2022[3] y el 2 de marzo de 2023[4] localizables en el Diario Oficial de la Federación (DOF) de esas fechas.

En esa línea, habrá que estar atentos a otros temas como la elección popular de consejeros o magistrados electorales que, a pesar de ser inviable en ese momento al no reunirse la votación necesaria para una reforma constitucional, es probable que se pretenda nuevamente incluir como parte de una futura agenda reformista.

Finalmente, habrá que señalar que muy probablemente se dejaron diversos temas fuera del presente estudio, sin embargo, ello se explica por el tamaño de dicha reforma y por los límites de espacio propios de este artículo. A pesar de tales circunstancias, este hecho debe motivarnos a continuar investigando sobre esta materia.

II. ASPECTOS POSITIVOS

a. Reconocimiento de la comunidad afromexicana

Un primer aspecto positivo de la pretendida reforma (y que puede ser retomado en ejercicios legislativos futuros) consistió en reconocer en el ámbito político electoral a la comunidad afromexicana o afrodescendiente, aspecto ausente hasta antes de ese intento de cambio legislativo.

---

2 Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, p.p. 280-283 y 300.

3 En este caso, dicho decreto se refiere a la Ley General de Comunicación Social y la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

4 Este decreto involucró a la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, la Ley General de Partidos Políticos, La Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral

Cabe señalar que dicha pretensión de ajuste normativo se deriva desde el ámbito internacional ya que desde el 2012, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas (*CERD* por sus siglas en inglés) había reprochado al Estado Mexicano no tener siquiera información sobre la condición de los afrodescendientes desde 2006. Textualmente señaló en esa ocasión:

> "10. El Comité toma nota con preocupación que, a pesar de reiteradas recomendaciones y solicitudes al respecto, la situación de los afrodescendientes se encuentra invisibilizada. El Comité lamenta que, a pesar de haber solicitado información detallada sobre afrodescendientes en 2006, ésta no fue provista por el Estado parte en su informe periódico. (Artículo 1)." [5]

De esta forma, uno de los primeros elementos necesarios recae en la noción de *visibilización* de los problemas, es decir, contar con información de determinado tema u objetivo para que a partir de ella puedan realizarse políticas públicas, así como la tutela de derechos. En esa línea, la visibilización es un concepto que consiste en identificar un problema específico con miras a discutir y buscar eventuales soluciones.[6]

Asimismo, dicho Comité hace referencia a la *Recomendación General No 34 de 2011 sobre Discriminación racial contra afrodescendientes*, en la cual se reitera la solicitud hecha al Estado parte a que proporcione información sobre los afrodescendientes, cuya presencia es numéricamente pequeña y vulnerable y por ello deben contar con garantías de protección que la Convención establece y por ende es necesario reconsiderar el reconocimiento étnico de esa población, así como la adopción de acciones para tutelar sus derechos entre ellos los políticos.[7]

Así, desde el ámbito internacional, desde uno de los comités de Naciones Unidas, se exigía a México contar con información relativa a esa comunidad. Posteriormente, en el informe del 29 de agosto de 2019, es decir, siete años después, dicho Comité reconoce los avances de México en cuanto al reconocimiento constitucional de los pueblos y comunidades afromexicanas en 2019; b) Las reformas realizadas a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación de junio de 2018; c) La creación del Instituto

---

5 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racional, *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, 80º período de sesiones 13 de febrero a 9 de marzo de 2012, pág. 2. (Consultable en https://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/cerd.c.mex.co.16-17_sp.pdf el 21 de marzo de 2023).

6 Marín, Ángel, "Sobre la visibilización y sus excesos" en *Filosofía & Co,* publicación en línea del 17 de septiembre de 2019, consultable en https://filco.es/sobre-la-visibilizacion-y-sus-excesos/ el 26 de marzo de 2023. Cabe señalar que este autor, desde la filosofía es crítico del concepto en el ámbito social por generar un desgaste actual del término y por ser producto de una moda. Su crítica recae también por la incorporación de cierto dramatismo en su uso sin que en muchas ocasiones pueda brindar soluciones a lo que pretende señalar la visibilización de cualquier fenómeno social. A pesar de su crítica, la noción de visibilización resulta útil en el presente trabajo.

7 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racional, *ibid.*

Nacional de los Pueblos Indígenas en 2018; d) La aprobación del Programa Nacional de los Pueblos Indígenas 2018-2024; e) La realización de la primera Encuesta Nacional sobre Discriminación realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (ENADIS 2017).[8]

En efecto, con la reforma constitucional de agosto de 2019, se incluyó a los pueblos y comunidades afromexicanas[9] y ello explica el desenvolvimiento legal que en consecuencia se desarrolló, y, como parte de ello, su regulación en la materia electoral.

Por otro lado, dicho Comité señaló como aspectos pendientes a atender, los relacionados con los derechos políticos, los cuales son los siguientes:

- El Comité recomienda al Estado parte que lleve a cabo una revisión de su legislación federal y de las entidades federativas a fin de asegurar que la definición y prohibición de discriminación racial contenga todos los elementos del artículo 1 de la Convención **para evitar la discriminación en la vida pública**, ello de acuerdo con la recomendación general 14 de 1993.[10]

- Adoptar medidas especiales para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de la población afromexicana de acuerdo con las recomendaciones generales núm. 32 (2009) sobre el significado y alcance de las medidas especiales en la Convención y núm. 34 (2011) sobre discriminación racial contra afrodescendientes, **con la debida participación de la población afromexicana, incluidos aquellos cargos de toma de decisiones**.[11]

- Asegurar de forma efectiva su **plena participación en los asuntos públicos**, tomando debidamente en cuenta las diferencias culturales y lingüísticas en seguimiento de la recomendación general núm. 25 (2000) sobre las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género.[12]

Cabe señalar que, desde el ámbito internacional de los derechos humanos, tanto en el universal como interamericano, la noción de participación en asuntos públicos es

---

8 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racional, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 18º a 21º combinados de México*, celebrado el 23 de agosto de 2019 y publicadas el 29 siguiente, parr. 3. (Consultable en https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/CERD_C_MEX_CO_18-21_36936_S.pdf

9 DOF del 9 de agosto de 2019. Textualmente la Constitución federal en el artículo 2º, apartado C establece: "Esta Constitución reconoce a los pueblos y comunidades afromexicanas, cualquiera que sea su autodenominación, como parte de la composición pluricultural de la Nación. Tendrán en lo conducente los derechos señalados en los apartados anteriores del presente artículo en los términos que establezcan las leyes, a fin de garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social."

10 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racional, *Observaciones finales sobre los informes periódicos 18º a 21º combinados de México*, parr. 9.

11 *Ibid*., parr. 17.

12 *Ibid*., parr. 25.

un derecho más amplio que involucra la idea de derechos políticos, los cuales no solo se reduce a votar, ser votado y asociación, sino que implica derechos como la consulta popular, el referéndum, plebiscito o revocación de mandado, derechos políticos que involucran una mayor participación en asuntos públicos.

Finalmente, en la fallida reforma electoral encontramos puntualmente dos aspectos sobre el tema en comento, el primero de ellos en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales en relación con la comunidad afrodescendientes:

> "**Art. 11.**
>
> 4. En observancia al principio de igualdad sustantiva, los partidos políticos nacionales deberán incluir en la postulación de sus candidaturas a diputaciones por ambos principios, al menos 25 postulaciones:
>
> a) Personas pertenecientes a una comunidad indígena;
>
> b) Personas Afromexicanas;

Como se puede observar, con lo anterior se establece una nueva acción afirmativa en las diputaciones por ambos principios. La segunda mención de esta nueva acción afirmativa tiene su correlación con la Ley General de Partidos Políticos, la cual establece lo siguiente:

> **Artículo 3.**
>
> **1.** a **5. ...**
>
> **6.** En caso de grupos de población de personas con discapacidad, jóvenes, afromexicanas, integrantes de la diversidad y residentes en el exterior, se estará a lo dispuesto en el artículo 11, párrafo 4, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Uno de los aspectos más interesantes que implicará lo anterior es que la reforma sólo se incluye en las diputaciones federales y no en las locales ni en las senadurías. Esto eventualmente, a partir del principio de progresividad podría extenderse a esos otros cargos de elección popular. La exclusiva previsión en el ámbito de las diputaciones puede explicarse por el grado de representatividad popular que supuestamente significan, a diferencia de las senadurías que representan en todo caso a una entidad federativa.

Por otro lado, es posible que la ausencia de inclusión de la acción afirmativa en diputaciones locales y munícipes (por ejemplo, concretamente en regidurías) se deba a una idea subyacente de federalismo electoral, es decir, que ello corresponderá al desglose legislativo de cada entidad federativa, esto al margen que desde una ley general podrían incluirse líneas generales. Desde nuestro punto de vista, **debió integrarse alguna disposición que indique que las legislaturas de los estados, de acuerdo con su realidad demográfica incluya acciones afirmativas en sus ámbitos espaciales de validez y competencia legislativa**, ello cumpliría de mejor manera con las directivas establecidas en el ámbito internacional.

Habrá que considerar también que esta nueva acción afirmativa tendrá que convivir con el resto de las acciones afirmativas ya existentes como las relativas a indígenas o jóvenes y por tanto, su debida articulación entre todas ellas puede ser complicada.

Finalmente, relacionado con lo anterior, el 29 de marzo de 2023 se planteó una iniciativa de reforma constitucional destinada a dos cuestiones: limitar las facultades interpretativas del TEPJF en relación con la implementación de las acciones afirmativas esto en los artículos 41, 73, fracción XXXI y 99 de la Constitución federal y el establecimiento de la incompetencia del TEPJF en temas relacionados con el gobierno parlamentario. Finalmente, dicha enmienda constitucional tampoco prosperó.

b. La no eliminación de la Sala Regional Especializada

Uno de los errores más grandes del *Plan B* hubiera sido la eliminación de la Sala Regional Especializada del TEPJF, por ello, se convierte en un tema que **no era necesario** haberlo propuesto en algún momento, ello porque dicha Sala se constituye como el guardián del actual modelo de comunicación política lo cual significa una de las bases del sistema democrático de nuestro país. Afortunadamente, **en la versión final de la ley no fue incluida tal eliminación, aspecto que debe ser así considerado en las posibles reformas futuras**.

Al respecto, dentro de la iniciativa que propuso reformar diversas leyes en materia electoral[13] publicada por la Cámara de Diputaciones a través de la Gaceta Parlamentaria Número 6169-C, del 6 de diciembre de 2022, se incluyó dicha eliminación para que su lugar fuera tomado por una Sección Resolutora integrada por tres magistradas o magistrados de Sala Superior que serían rotados cada seis meses.[14]

En esa línea, los procedimientos especiales sancionadores de órgano central, conforme dicha propuesta, se habrían resuelto por la citada Sección Resolutora, mientras que los procedimientos de órganos distritales y locales serían resueltos por la Salas Regionales competentes de acuerdo con su jurisdicción territorial.[15]

---

13 "Que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley General de Partidos Políticos, y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y expide la Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral, suscrita por diputados integrantes del Grupo Parlamentario de Morena."

14 Iniciativa que "Que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley General de Partidos Políticos, y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y expide la Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral, suscrita por diputados integrantes del Grupo Parlamentario de Morena." publicada por la Cámara de Diputaciones a través de la Gaceta Parlamentaria Número 6169-C, del 6 de diciembre de 2022, pp. 26, 163 y 164.

15 *Ídem.*

Habrá que señalar que la Sala Regional Especializada del TEPJF fue producto de la reforma electoral de 2014 y entró en operaciones el 10 de octubre de ese año[16] y, a partir de esa fecha, se ha encargado de sustanciar y resolver los procedimientos especiales sancionadores que se presentan por las causales siguientes:

a) Violación a lo señalado en la base III del artículo 41, así como en los párrafos séptimo y octavo del artículo 134 de la Constitución Federal;

b) Contravención a las normas sobre propaganda política o electoral;

c) Actos anticipados de precampaña o campaña; y,

d) Quejas o denuncias por violencia política en razón de género.[17]

En este sentido, existen una multiplicidad de materias específicas de la rama político electoral que la Sala Especializada tiene encomendadas resolver, las cuales por la naturaleza de su impacto —propaganda política— cobran una importancia sustancial dentro de cualquier proceso electoral; de ahí su trascendencia para el sistema democrático de nuestro país. **Su eliminación hubiera trastocado una pieza fundamental del sistema electoral mexicano.**

Aunado a lo específico de las materias de su competencia, se suma el factor de lo expedito que es su actuar, ya que, por mandato legal, una vez integrado el expediente, dentro de las 48 horas siguientes, la magistratura instructora deberá poner a consideración de sus pares el proyecto de resolución y, dentro de las 24 horas siguientes se deberá resolver el asunto en sesión pública.

En este sentido, podemos señalar algunos datos que ponen de relieve la carga de trabajo y la productividad material de la sala de acuerdo con los informes de labores respectivos.

Así la Sala Especializada, tan solo durante el primer año de su funcionamiento resolvió 1,358 casos sobre asuntos de su competencia, impuso 506 sanciones, en tanto que el monto de las multas impuestas, así como la reducción de ministraciones a partidos políticos, ascendió a $131,715,079.63.[18]

Más recientemente, en el periodo 2020-2021, la Sala Especializada emitió 719 resoluciones[19], contando con un plazo promedio de resolución de 21 horas y 50 minutos.[20]

---

16 Informe de labores 2014-2015 de la Sala Regional Especializada del TEPJF, p.7. Disponible en: https://www.te.gob.mx/media/files/4190faeb51a00c3.pdf (Consultado el 26 de marzo de 2023).

17 Artículo 442, numeral 2, párrafo segundo de la Legipe. A partir de la reforma del 13 abril de 2020. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5591565&fecha=13/04/2020#gsc.tab=0 (Consultado el 26 de marzo de 2023).

18 Informe de labores 2020-2021 de la Sala Regional Especializada del TEPJF, p.21. Disponible en: https://www.te.gob.mx/media/files/1c43507e136f113.pdf (Consultado el 26 de marzo de 2023).

19 *Ídem*.

20 *Ibidem*, p. 23.

Asimismo, impuso 1,470 sanciones[21] a diferentes personas físicas y morales, así como partidos políticos que ascendieron a un monto de $21,202,217.43.[22]

Bajo esta lógica de rapidez en los plazos de sustanciación y resolución de los asuntos parece un contrasentido de la reforma, el buscar encomendar a otros órganos del TEPJF, los asuntos que son competencia actual de la Sala Especializada ya que, por un lado, en la propio *Plan B* se busca acortar los plazos para hacer más expeditos los resultados y, por el otro, busca encargar tareas de la Sala Especializada a otras Salas del TEPJF, lo cual provocaría invariablemente trastocar la lógica normal de la carga de trabajo y de lo específico de la materia competencial de la Sala Especializada.

Otro defecto en que pudo haber caído la reforma en caso de haberse concretado en sus términos, es que al crear una Sala Resolutora integrada por las y los mismos magistrados de Sala Superior, se hubiera carecido de una instancia revisora o de la garantía de un recurso efectivo en contra de los asuntos resueltos por dicha Sala Resolutora, debido a que algunas personas magistradas electorales que formarían parte de la Sala Resolutora (órgano revisado) son parte de la Sala Superior (órgano revisador). En todo caso, esas magistraturas que integraran la Sala Resolutoria por obvias razones no integrarían a la Sala Superior en la revisión de las sentencias de la primera, pero ello de suyo, trastoca la normal organización y distribución de competencias del TEPJF.

Por lo tanto, se considera que fue adecuado no haber realizado reforma alguna que afectara el funcionamiento actual de la Sala Regional Especializada del TEPJF, debido a que dicha Sala se ha constituido como un pilar para el resguardo de la equidad de las campañas políticas. Lo anterior, por la especificidad de su competencia, la cantidad de asuntos que sustancia, así como el reducido tiempo de resolución con el que actúa en cada asunto.

c. La no inclusión de la cláusula de vida eterna de los partidos políticos

Otro punto que fue considerado **indeseable** dentro del *Plan B* fue la permisión de la transferencia de votos entre partidos, lo que hubiere dado lugar a la posibilidad de una existencia prolongada e indefinida de los partidos. Ello, a su vez, hubiera generado un desequilibrio democrático, además de un gasto desproporcionado y sin justificación al existir organizaciones partidistas sin el respaldo ciudadano. **Afortunadamente en su momento, no fue incluido en la propuesta final de la reforma.**

En este sentido, en la iniciativa de reforma bajo estudio que constituía el *Plan B*, se previó una porción normativa que establecía la posibilidad de dicha transferencia o distribución de votos entre ellos, tal y como se aprecia a continuación:

---

21 *Ídem.*
22 *Ibidem*, p. 24.

Texto original	**Propuesta en el *Plan B*** Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados, número 6169-C, del 6 de diciembre de 2022.
Legipe **Artículo 12.** ... **2.** El derecho de asociación de los partidos políticos en los procesos electorales a cargos de elección popular federal o local estará regulado por la Ley General de Partidos Políticos. Independientemente del tipo de elección, convenio de coalición y términos precisados en el mismo, cada uno de los partidos políticos aparecerá con su propio emblema en la boleta electoral, según la elección de que se trate; los votos se sumarán para el candidato de la coalición y contarán para cada uno de los partidos políticos para todos los efectos establecidos en esta Ley. **En ningún caso se podrá transferir o distribuir votación mediante convenio de coalición.**	**Legipe** **Artículo 12.** ... **2.** El derecho de asociación de los partidos políticos en los procesos electorales a cargos de elección popular federal o local estará regulado por la Ley General de Partidos Políticos, los votos se sumarán para el candidato de la coalición y contarán para cada uno de los partidos políticos para todos los efectos establecidos en esta Ley. Los Partidos Políticos podrán postular candidatos bajo la figura de Candidatura Común. En este caso aparecerá en un mismo recuadro de la boleta electoral el logo o emblema de los Partidos que decidan participar en esta modalidad. **Los Partidos deberán celebrar un convenio de distribución de los votos emitidos.**

Al respecto, la SCJN en la acción de inconstitucionalidad 61/2008, ya ha había fijado un criterio sobre este tema **y había establecido con toda claridad la inconstitucional de la transferencia de votos.**

> "**El procedimiento previsto para que los partidos que se coaliguen puedan transferirse un determinado porcentaje de votos**, aun con los requisitos y límites establecidos, **viola la voluntad expresa del elector**, como se estableció, **y, por ende, el principio constitucional de elecciones auténticas previsto en el invocado artículo 41 constitucional**, toda vez que, mediante el mecanismo de transferencia de un determinado porcentaje de votos a uno o más partidos, que si bien alcanzaron, por lo menos, un uno por ciento pero no el umbral mínimo del dos por ciento, **se permitiría que un partido coaligado que no obtuvo suficiente fuerza electoral en las urnas** ciudadanas para alcanzar o conservar su registro legal y acceder a la representación ciudadana **obtuviera un porcentaje de votación que no alcanzó realmente, con lo cual la fuerza electoral de ese partido devendría artificial o ficticia.**
>
> **En consecuencia, los votos emitidos por los ciudadanos se manipularían, lo cual impacta la calidad democrática de la elección y, por lo tanto, el principio constitucional de elecciones auténticas establecido en el artículo 41 constitucional.**"
>
> ***Énfasis añadido.***

Por tanto, resultaba absurdo e inentendible que se hubiera incluido una propuesta con tales características pues a la postre, de haberse incluido, indudablemente la Suprema Corte la hubiera invalidado en una impugnación vía control constitucional.

Este tema también ha sido materia de revisión por parte de otras cortes constitucionales extranjeras, por ejemplo, la Corte Constitucional de Italia en la sentencia 1/2014 declaró la inconstitucionalidad de la legislación secundaria que tenía previsto el llamado "premio de mayoría" o *premio di maggioranza* sosteniendo que aun con la libertad de configuración que otorga la Carta Magna al legislador para optar por el sistema que considere idóneo, la legislación secundaria violenta el texto constitucional de Italia.[23]

El *premio di maggioranza* consistía en una regla de tipo electoral-parlamentario que se traducía en que aquel partido que hubiera obtenido la mayoría de los votos sin tener la mayoría de las curules, podría acceder a más de estas últimas como premio al ser el partido más votado. Era algo más o menos similar a la llamada *cláusula de gobernabilidad* que rigió en el sistema constitucional de nuestro país hace algunas décadas.

Así, la inconstitucionalidad se surtía, al asignar un número de escaños muy elevado que se traduce en una mayoría absoluta de integrantes de la asamblea, incluso cuando estos no hubieran conseguido los sufragios que implicaban un número equivalente de curules o asientos parlamentarios, lo que es incompatible con los principios constitucionales al verse mermada la representatividad del Parlamento.[24] En el fondo, en los hechos se estaba manipulando o trastocando el sentido de los votantes italianos, pues en todo caso su voto se había dirigido a alguna opción política distinta al sentido de su voto original de manera injustificada.

Bajo este panorama, consideramos que cada partido debe de mantener su registro mediante el auténtico respaldo de la ciudadanía, es decir, que los votos que fueron para un partido efectivamente respalden a ese instituto político y no a otro diferente por el que no votó la ciudadanía; **a este principio bien lo podríamos llamar aquel consistente en "que cada quien debe rascarse con sus propias uñas"**, con lo cual se evita un fraude a la ley y permite una auténtica representatividad de la ciudadanía.

Por tanto, se considera que fue adecuado no haber mantenido la idea inicial del *Plan B*, que permitía la transferencia de votos, debido a que se hubiera transgredido el principio constitucional de elecciones auténticas, al no permitir que cada partido respalde su registro con votos emitidos por la ciudadanía para dicho partido.

d. La eliminación de las prerrogativas postal y telegráfica

Uno de los aciertos de la reforma legal, que prácticamente tenía un acuerdo mayoritario de todas las fuerzas políticas consistió en la eliminación de las prerrogativas de las franquicias postal y telegráfica.

---

23 Valle Aguilasocho, Claudia Bindi, Elena, "Sentenza 1, anno 2014: Corte Constitucional de Italia", en *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, trad., Soriano Cienfuegos, Carlos, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2018, núm. 16, pp. 11-12.

24 *Idem.*

En efecto, derivado de la invalidez de la reforma que derogaba dicho régimen, actualmente siguen destinándose recursos públicos a pagar tales prerrogativas como la postal, a fin de que los partidos políticos puedan enviar su correspondencia ordinaria, propaganda y publicaciones periódicas (Art. 188.1 inciso e) de la Legipe).

La forma de cumplir con la prerrogativa postal, como lo marca la ley, se realiza mediante el pago trimestral que ejecuta el INE al Servicio Postal Mexicano en favor exclusivamente de los partidos políticos nacionales una vez que determina el presupuesto correspondiente por ese rubro y de forma individualizada.

Algunos artículos derogados en este punto pero que lamentablemente recuperaron su vigencia son los preceptos 55.1, 95.1, 187.1 y 188.1 inciso e) de la Legipe.

De acuerdo con cifras proporcionadas por diputados federales cada uno de los partidos políticos nacionales gozan por concepto de la prerrogativa de franquicia postal una cifra superior a los $16,960,047.00 de pesos, mientras que por la prerrogativa telegráfica pueden ejercer poco más de $99,070.00 cada una de las organizaciones partidistas a nivel nacional. La multiplicación de dichas cantidades por los 7 partidos nacionales da como resultado un global de $118,720,329.00 y $693,429.00 respectivamente. El gran total por ambos rubros asciende a más $119,413,880.00.[25]

Lo cuestionable de tales prerrogativas es que la utilización de recursos públicos se destina a medios que actualmente son poco utilizados en la realidad. Así que para comunicar propaganda o publicaciones periódicos de hecho se usan mecanismos más idóneos y eficaces para llevarlos a cabo, tales como medios electrónicos o redes sociales. Así que, si una medida claramente parece ser adecuada en favor del principio de austeridad en el manejo de recursos públicos sería la efectiva eliminación de las franquicias postal y telegráfica. Esto es una de las cosas que debe reconsiderarse para eliminarles del marco legal electoral del país dado que es un campo en el cual si es justificable generar ahorros en esos rubros.

III. ASPECTOS NEGATIVOS: LAS INCONSTITUCIONALIDADES DEL *PLAN B*

a. El proceso legislativo y la crónica de una reforma fallida

Durante este periodo, comprendido entre 2022 y 2023, se presentaron dos propuestas de reforma en materia político-electoral, la primera de ellas comprendía una reforma constitucional (mejor conocida como *Plan A*) y, la segunda, una reforma de tipo legal (mejor llamada *Plan B*).

25 García Almaguer, Hamlet, *Foro informativo sobre la reforma electoral*, presentación realizada en diciembre de 2022 en el marco de la discusión de la reforma constitucional y legal electoral en la Escuela Libre de Derecho.

I. El *Plan A*. Un intento fallido de reforma constitucional.

El *Plan A* como lo habíamos adelantado consistió en una iniciativa de reforma constitucional presentada por el ejecutivo federal, el 29 de abril de 2022, que implicaba una modificación sustancial al sistema electoral mexicano. Los cambios más relevantes que proponía fueron los siguientes:[26]

a) Sustituir al actual Instituto Nacional Electoral (INE), así como a los Institutos Electorales Locales (Organismos Públicos Locales —Oples—) concentrándolos ahora en un nuevo órgano denominado "Instituto Nacional de Elecciones y Consultas" (INEC);

b) Desaparecen los Tribunales Electorales Estatales con el propósito de concentrar todo el ámbito jurisdiccional en el Tribunal Electoral del Poder Judicial;

c) Las personas magistradas electorales integrantes de la Sala Superior serían elegidas mediante voto directo y secreto de la ciudadanía a nivel nacional.

d) Se reducen los recursos públicos destinados a los partidos políticos nacionales y locales.

e) Reducir el porcentaje requerido para hacer válido el proceso de revocación de mandato a 33%;

f) Introducir el voto electrónico.

g) Se eliminan 200 escaños de la Cámara de Diputados y se modifica la forma de elección mediante el sistema de listas votadas en cada una de las entidades federativas.[27]

h) Se reduce el número de integrantes del Senado, pasando de 128 a 96, eligiéndose tres senadores por entidad federativa mediante el sistema de listas.[28]

---

26 Página oficial de la Cámara de Diputados. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ASS-11-22.pdf (Consultada el 28 de febrero de 2023).

27 La citada reforma constitucional, en el artículo 54 prevé establecer el procedimiento de elección mediante el sistema de listas para integrar las diputaciones, indicando que, a cada partido político y lista de candidaturas independientes, le será asignado el número de diputaciones que le corresponda, de acuerdo con su votación obtenida en cada entidad federativa. A efecto de obtener el cociente natural de asignación, se dividirá la votación válida de la entidad federativa entre el número total de diputaciones por asignar.

28 La citada reforma constitucional, en el artículo 56 prevé el sistema de listas, observando el principio de paridad de género, señalándose que los partidos políticos y listas de candidaturas independientes se les sea asignado el número de senadurías que les corresponda, de acuerdo con la votación obtenida en la entidad federativa, y que de existir remanentes, se repartirán atendiendo al método de cociente natural y resto mayor; mientras que para la asignación se seguirá el orden que tuvieren las candidaturas en la lista correspondiente.

Finalmente, el 6 de diciembre de 2022, la Cámara de Diputados desechó el dictamen con proyecto de decreto por el que se reformaba la Constitución en materia electoral, con 269 votos a favor, una abstención y 225 en contra;[29] señalándose que por tanto no se obtenía la mayoría calificada necesaria para aprobar el proyecto de reforma constitucional.[30]

Algunos de los posicionamientos de las diferentes bancadas políticas fueron las siguientes:[31]

El coordinador parlamentario de Morena, el diputado Ignacio Mier Velazco, consideró necesario aprobar la reforma electoral ya que en los últimos años el Instituto Nacional Electoral fue degradado por una dinámica de cuates y de cuotas.

El coordinador parlamentario del PAN, diputado Jorge Romero Herrera, recalcó que su bancada defenderá la Constitución, la democracia y libertad. "No nos sorprendería ni lo más mínimo que con su *Plan B*, con su reforma a las leyes secundarias violen a la Constitución. No nos sorprendería en lo más mínimo, pues ya lo hicieron con la Guardia Nacional".

En tanto, el coordinador parlamentario del PRI, diputado Rubén Moreira Valdez, llamó a las fuerzas políticas y a la sociedad, a un esfuerzo de reconciliación nacional, a fin de insistir que el país está antes que las disputas de los personajes, que los intereses de los grupos de poder y que las riñas político-electorales.

Lo anterior revela el enorme encono entre las diversas fuerzas política respecto con la reforma electoral en comento.

II. El *Plan B*. Una reforma legal con vicios en el procedimiento

Como alternativa, al no haber alcanzado la mayoría calificada la reforma constitucional, el 6 de diciembre del 2022, se presentó el *Plan B*, con el cual se buscaba una reforma legal en los ordenamientos siguientes: Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales; Ley General de Partidos Políticos; Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; Ley General de Comunicación Social; Ley General de Res-

29 Diario de los Debates. Cámara de Diputados, 6 de diciembre de 2022 p. 104.

30 Recordemos que la CPEUM, en su artículo 135, establece un procedimiento de modificación constitucional de tipo rígido al señalar que para poder llegar a reformar o a modificar la propia Constitución federal por parte del Poder Legislativo, se requiere el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes en el Congreso de la Unión; asimismo, que dichas modificaciones sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas de nuestro país.

31 Canal del Congreso. "Desechan en San Lázaro reforma constitucional en materia electoral.", 6 de diciembre de 2022.
https://www.canaldelcongreso.gob.mx/noticias/16132/Desechan_en_San_Lzaro_reforma_cnstitucional_en_materia_electoral (Consultada el 10 de marzo de 2023).

ponsabilidades Administrativas, así como la expedición de una nueva Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Algunas de las modificaciones más relevantes dentro del sistema electoral son las que se describen a continuación:

a) Se ahonda en temas de acciones afirmativas y mecanismos de paridad de género para las candidaturas.[32]

b) Se establece un criterio para candidaturas de grupos vulnerables, incluyendo personas con discapacidad, afromexicanas, jóvenes, de diversidad sexual, migrantes y residentes en el extranjero.[33]

c) Las Juntas Ejecutivas Distritales serían integradas por cinco vocalías; en su lugar, queda una Vocalía Operativa (VO) unipersonal.[34]

d) Se reduce la estructura de las 32 Juntas Ejecutivas Locales (JEL) integradas por cinco vocalías, las cuales pasan a tres.[35]

e) Se presentan diversos cambios en la estructura central del INE como la creación de la Comisión de Administración, en sustitución de la Junta General Ejecutiva, responsable del manejo presupuestal. Asimismo, diversos órganos se fusionan para dar lugar a órganos con funciones adicionales.[36]

f) Se recortan plazas del Servicio Profesional Electoral Nacional (SPEN). Se mantiene solo el 15.4% del personal de la estructura actual.[37]

---

32 Artículos 3 numerales 3 al 5; 9 fracción IV; 34 numeral 2, inciso g); 39, numeral 1, incisos g) e i); y, 44, numeral 1, inciso b), fracción II, de Ley de Partidos.

33 Artículo 11, numeral 4, de la Legipe.

34 Artículo 71, numeral 1 de la Legipe.

35 Artículo 62, numeral 1 de la Legipe.

36 Por ejemplo: La Dirección Ejecutiva de Organización Electoral y la Dirección Ejecutiva de Capacitación y Educación Cívica se fusionan para formar la Dirección Ejecutiva de Organización y Capacitación Electoral. La Dirección Ejecutiva de Administración y la Dirección Ejecutiva del Servicio Profesional Electoral Nacional se compactan para formar la Dirección Ejecutiva de Administración y del Servicio Profesional Electoral Nacional.
La Unidad Técnica de lo Contencioso Electoral y la Dirección Jurídica se fusionan para dar origen a la Dirección Ejecutiva Jurídica y de lo Contencioso Electoral. La Unidad Técnica de Fiscalización se convierte en Dirección Ejecutiva, la Unidad Técnica de Servicios de Informática se subsume en la Dirección de Administración y de Servicio Profesional Electoral, y las funciones de la Unidad Técnica de Vinculación con los OPL pasan a ser parte de la Dirección Ejecutiva de Organización y Capacitación Electoral.
La Comisión de Organización y Capacitación se compacta para conformar la Comisión de Organización y Capacitación Electoral, y la Comisión de Prerrogativas absorbe al Comité de Radio y Televisión.

37 Versión ejecutiva del Informe que, por instrucciones del Consejero Presidente, rinde la Secretaría Ejecutiva al Consejo General del Instituto Nacional Electoral, en relación con la incidencia en la función electoral de los decretos de reforma por los cuales se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de las leyes generales de Comunicación Social, de Responsabilidades Administrativas,

g) Se modifica el calendario electoral acortando tiempos los procesos.[38]

h) La reforma plantea que los cómputos distritales comiencen el mismo día de la jornada y no hasta el miércoles siguiente, como sucedía hasta antes de la reforma.[39] Ello sin que se suprima el Programa de Resultados Electorales Preliminares (PREP).[40]

i) Se reducen de siete a cuatro los medios de impugnación en materia electoral.[41]

j) Se acota la aplicación de sanciones para que se impongan bajo el principio de estricto derecho.[42]

k) Se incluye en la Legipe el derecho a votar a personas que se encuentran en prisión preventiva.[43]

l) Se modifica el concepto de "propaganda gubernamental" estableciendo que para que se considere como tal —la propaganda gubernamental— es necesario que se encuentre etiquetada para tal fin en el presupuesto público.[44]

Dicha reforma legal fue aprobada con 70 votos a favor, 50 votos en contra, haciendo un total de 120 votos.[45]

Ahora bien, en este punto, conviene recapitular algunos hechos dentro del proceso legislativo:

En la sesión vespertina del martes 6 de diciembre de 2022, la diputada Graciela Sánchez Ortiz, de la fracción parlamentaria de Morena, presentó dos iniciativas: [46]

---

de Instituciones y Procedimientos Electorales y de Partidos Políticos, así como de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y por el que se expide la Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral., p.6.
Disponible en: https://www.ine.mx/informe-sobre-las-implicaciones-del-planb-de-la-reforma-electoral/ (Consultado el 15 de marzo de 2023).

38 Por ejemplo, se reduce el tiempo de insaculación, capacitación y selección de personas ciudadanas que integran las mesas directivas de las casillas. Se modifica la fecha de cómputo de votos al pasar del miércoles siguiente al día de la jornada electoral al mismo día de las elecciones a partir de las 18:00 horas.

39 Artículo 310 de la Legipe.

40 Artículo 219 de la Legipe.

41 Artículo 3, numeral 2, de la Ley de Medios.

42 Artículo 2, numeral 2, de la Ley de Medios.

43 Artículo 284 bis, de la Legipe.

44 Artículo 4, fracción VIII Bis, de la Ley General de Comunicación Social. La reforma mediante la cual se modifica la Ley General de Comunicación Social, fue realizada por separado y con antelación al paquete de reformas en comento, es decir, el 27 de diciembre de 2022 fue publicada en el DOF.

45 Senado de la República. Versión estenográfica de la sesión de 22 de febrero de 2023. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/65/version_estenografica/2023_2_22/2297 (Consultada el 11 de marzo de 2023).

46 Cámara de Diputaciones. Versión estenográfica de la sesión de 6 de diciembre de 2022. Disponible en: http://cronica.diputados.gob.mx/Ve06dic2022-V.html (Consultada el 11 de marzo de 2023).

a) Una referente al proyecto de decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley General de Partidos Políticos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Y que expide una nueva Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral.

b) Y otra diversa, por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Comunicación Social y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

Al respecto, debemos señalar que en su participación solicitó que se les diera trámite de urgente resolución con el objetivo de ahorrar el tiempo que tardarían las dos iniciativas si se turnaran a Comisiones. Ello fue de la manera siguiente: "Le pido respetuosamente que, con fundamento en el artículo 82, numeral 2, fracción I del Reglamento de la Cámara de Diputados, estas dos iniciativas con proyecto de decreto se les dé trámite de urgente resolución…"[47]

En este sentido, cabe señalar que llamó la atención que la solicitud de urgente resolución se realizó sin hacer referencia a un motivo o alguna causa que justifique por qué se le debe de dar urgencia a ese trámite.

En este punto, es importante señalar que efectivamente existió una votación sobre la dispensa para asuntos de urgente resolución en términos del artículo 82, numeral 2, fracción I del Reglamento de la Cámara de Diputados. Lo anterior, se aprecia en la parte conducente de la sesión, la cual es la siguiente:

Cámara de Diputados Sesión ordinaria vespertina del martes 6 de diciembre de 2022	
Diputado Santiago Creel Miranda (presidente)	"Tal y como ha sido solicitado por quien acaba de hacer uso de la voz en la tribuna, con fundamento en el artículo 82, numeral 2, fracción I del Reglamento de la Cámara de Diputados, **consulte la Secretaría, en votación económica, si las iniciativas se consideran de urgente resolución**, se le dispensen todos los trámites y se someta a discusión y votación de inmediato."
Diputada Brenda Espinoza López (secretaria)	**"Las diputadas y los diputados que estén por la afirmativa sírvanse manifestarlo (votación).** Las diputadas y los diputados que estén por la negativa sírvanse manifestarlo (votación). **Mayoría por la afirmativa, señor presidente."**
Diputado Santiago Creel Miranda (presidente)	"**Se considera de urgente resolución y se le dispensan los trámites**. En consecuencia, está a discusión ambos proyectos de decreto."

**Énfasis es propio*

47 *Idem.*

Posteriormente, diversos diputados de oposición hicieron uso de la voz y solicitaron en varias ocasiones una moción suspensiva (la cual fue negada reiteradamente por votación económica) y señalaron, entre otros, los argumentos siguientes:

1. Marco Humberto Aguilar Coronado (PAN) quien mencionó que no era una iniciativa preferente y que por lo tanto debía pasar a comisiones.

2. Salomón Chertorivski (MC) sostuvo que existió cambios a la iniciativa sin que tuviera la oportunidad de pasar por comisiones o por un Parlamento Abierto

3. Miguel Ángel Torres Rosales (PRD) señaló que no les dio tiempo para revisar las iniciativas contenidas en 300 cuartillas.

4. Jaime Bueno Zertuche (PRI) adujo que las reformas eran una copia de lo que les enviaba el ejecutivo federal y que cuál era la prisa por votarlo en ese día.

Una vez negadas por la mayoría parlamentaria las mociones suspensivas presentadas por cada uno de los legisladores de oposición antes mencionados, continuó la sesión sin discutir o ahondar más en este tema.

En este sentido, otros de los puntos que pudieren afectar el debido proceso legislativo fueron las mencionadas por los diputados antes señalados relacionados con: a) los cambios a la iniciativa original sin que tuviera que pasar por comisiones, b) la falta de tiempo para la revisión de cada una de las iniciativas, c) lo abreviado del procedimiento sin justificación alguna.

Por otra parte, en la Cámara de Senadores durante la sesión del 14 diciembre de 2022[48], la senadora Beatriz Paredes Rangel del grupo parlamentario del PRI, retomó las violaciones al procedimiento legislativo en la Cámara de Diputados y mencionó lo siguiente:

48 Senado de la República. Versión estenográfica de la sesión de 14 diciembre de 2022. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/65/version_estenografica/2022_12_14/2288 (Consultada el 11 de marzo de 2023).

Cámara de Senadurías Sesión de 14 de diciembre de 2022	
Senadora Beatriz Paredes Rangel	… Al iniciar la sesión vespertina del martes 7, en la Gaceta Parlamentaria 61/69C aparecían las iniciativas del grupo parlamentario de Morena para reformar la LGIPE, LGPP, LOPF y una nueva LGMIME. B) Poco después de las 23 horas reanudó la sesión después de un receso y el presidente de la Mesa Directiva dio la palabra a la Diputada Graciela Sánchez Ortiz, del grupo parlamentario de Morena, **para presentar las iniciativas anteriormente mencionadas, señalando que tenían algunos cambios y modificaciones, el presidente dio por recibidas las iniciativas sin ordenar que fueran publicadas en la Gaceta Parlamentaria.** C) En el transcurso de la sesión ningún Diputado o Diputada hizo referencia a los cambios que se habían introducido en la iniciativa del grupo parlamentario de Morena. D) Puedo asegurar que, al momento de aprobarse la dispensa de trámites para autorizar la discusión sin dictamen de la iniciativa del grupo parlamentario de Morena, lo que aparecía en el sitio de internet de la Gaceta Parlamentaria de la Cámara era la iniciativa que había sido publicada horas antes. E) **Es altamente probable que, al tomarse la votación en lo general y de los artículos no impugnados en la Gaceta Parlamentaria 6169-C, seguía apareciendo la iniciativa de Morena sin los cambios a los que de manera genérica había hecho referencia la Diputada Sánchez Ortiz al iniciar su presentación.** F) **Lo que ocurrió en algún momento de la sesión fue la sustitución de la Gaceta Parlamentaria 6169-C, con el fin de publicar la segunda versión de la iniciativa de Morena, con los cambios que la Diputada Sánchez Ortiz refirió de manera genérica, pero esto no estaba realizado en el momento en que se dio la votación**. De los hechos antes señalados, y a partir de los datos que pudimos obtener, tengo la conclusión de que **los cambios introducidos en la iniciativa de Morena entre las 22:00 y las 23:00 horas no fueron informados al Pleno de la Cámara de Diputados, textualmente "por lo que no pueden ser considerados como aprobados por el Pleno; en todo caso, es un vicio muy grave de origen** y, si se pretende que se voten por esta alta representación, estaremos incurriendo en una ilegalidad, como incurrió la Cámara de Diputados". **Lo que el Pleno tenía a la vista cuando dispensó el trámite, y muy probablemente cuando se tomó la votación en lo general, era la iniciativa que aparecía en la Gaceta Parlamentaria original.** **Esto se traduce de una grave violación al procedimiento legislativo en la Cámara de Diputados, que,** como ya lo dije, **vicia de origen la minuta** turnada a este Senado de la República. … Considero indispensable … **solicite a la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados el que se sustancie la probanza de que los artículos que se votaron en el Pleno de la Cámara estaban debidamente publicitados en la Gaceta Parlamentaria y que no se realizó un fraude en el procedimiento legislativo de la Cámara de Diputados**. …

** Énfasis es propio*

El pronunciamiento fue apoyado por Dante Delgado Rannauro (MC), Germán Martínez Cázares (Grupo Plural), Miguel Ángel Mancera Espinosa (PRD), Julen Rementería del Puerto (PAN), Jorge Carlos Ramírez Marín (PRI) y, parcialmente, por Ricardo Monreal Ávila (Morena), señalando este último que estaba de acuerdo con el planteamiento, pero no con el procedimiento propuesto.[49]

En este sentido, el punto controvertido fue una violación al procedimiento legislativo, específicamente, en que la versión del dictamen que se votó durante la dispensa del trámite y durante la votación en lo general, de los diferentes cuerpos normativos fue distinta al que se había publicado en la Gaceta Parlamentaria.

Ahora bien, todas estas inconsistencias, entre otras, fueron plasmadas en diversos medios de control constitucional ante la SCJN.

En este punto conviene recapitular que existieron dos decretos legislativos impugnados:

- **Decreto 1.** Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Comunicación Social y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. Dicho decreto fue publicado en el DOF el 27 de diciembre de 2022.[50]

  Las acciones de inconstitucionalidad de este decreto fueron la 29/2023 y sus acumuladas 30/2023, 31/2023, 37/2023, 38/2023, 43/2023 y 47/2023; y en el caso de las controversias constitucionales cada una se resolvió en un expediente distinto, **las cuales se sobreseyeron en su totalidad al haber quedado sin materia por lo resuelto en dichas acciones de inconstitucionalidad**.[51]

- **Decreto 2.** Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley General de Partidos Políticos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y se expide la Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral. El aludido decreto fue publicado en el DOF el 2 de marzo de 2023.[52]

---

49 Sosteniendo que la Cámara de Senadores no tiene facultades para revisar si el procedimiento legislativo en la Cámara de Diputados fue apegado a Derecho.

50 Diario Oficial de la Federación. Disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5675885&fecha=27/12/2022#gsc.tab=0 Consultada el 1 de agosto de 2023.

51 Nos referidos a las controversias constitucionales identificadas con las claves 15/2023, 18/2023, 19/2023, 21/2023, 23/2023, 18/2023, 24/2023, 25/2023, 26/2023, 28/2023, 29/2023, 30/2023, 32/2023, 33/2023, 34/2023, 35/2023, 37/2023, 38/2023, 40/2023, 42/2023, 43/2023, 43/2023, 44/2023, 45/2023, 46/2023, 47/2023, 48/2023, 49/2023, 50/2023 y 51/2023, entre otras. En total sumaron más de 162 controversias constitucionales de ese decreto y todas fueron sobreseídas. SCJN. Análisis constitucional de las Reformas político-electorales 2022-2023. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/rpe/ Consultada el 1 de agosto de 2023.

52 Diario Oficial de la Federación. Disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5681325&fecha=02/03/2023#gsc.tab=0 Consultada el 1 de agosto de 2023.

Las acciones de inconstitucionalidad fueron la 71/2023 y, su acumulada, la 75/2023; y en el caso de las controversias, estas se radicaron en los expedientes distintos.[53]

La SCJN en las acciones de inconstitucionalidad 29/2023 y sus acumuladas 30/2023, 31/2023, 37/2023, 38/2023, 43/2023 y 47/2023, —relacionadas con el *Decreto 1*—, en lo que respecta al procedimiento legislativo, se resolvió la inconstitucionalidad, en esencia, por lo siguiente:

a) Violación al artículo 72 de la Constitución Federal porque el Decreto combatido se aprobó sin observar las reglas del procedimiento legislativo

Cabe señalar que el Grupo Parlamentario de Morena en la sesión ordinaria del Pleno de la Cámara de Diputados de 6 de diciembre de 2022, hizo suya la iniciativa que minutos antes se había presentado del Ejecutivo Federal. Aunado a ello se solicitó que, con fundamento en el artículo 82, numeral 2, fracción I del Reglamento de la Cámara de Diputados, a las dos iniciativas con proyecto de decreto antes precisadas se les diera trámite de urgente resolución, lo que fue votado de manera económica en sentido favorable, por lo que se dispensaron todos los trámites legislativos y se procedió a su discusión y votación de manera inmediata.

Al respecto la SCJN afirmó que **con ello se acreditó una violación grave al procedimiento legislativo.**

Lo anterior debido a que el artículo 102, numeral 1, del Reglamento de la Cámara de Diputados, prevé que tanto las iniciativas a nombre de un Grupo Parlamentario, como las del Titular del Poder Ejecutivo Federal, Senadores y Legislaturas de los Estados, pasarán a comisión.

En el caso concreto únicamente se ordenó que pasaran por comisiones aquellas iniciativas presentadas por el Poder Ejecutivo Federal; es decir, las iniciativas del Titular del Poder Ejecutivo fueron las únicas enviadas a las Comisiones Unidas de Gobernación y Población, y de Transparencia y Anticorrupción, para su dictamen.

En este sentido, se dio un trato diferenciado a la iniciativa de los Grupos Parlamentarios de Morena, Partido del Trabajo y Verde Ecologista, pues a pesar de ser prácticamente idéntica, se le dio tratamiento de urgente y, por ende, se le dispensaron todos los trámites, inclusive el pasar por comisiones, lo cual contraviene el artículo del Reglamento antes precisado.

---

53 En este caso fueron un total de 14 controversias constitucionales. Algunas fueron desechadas y otras sí se les dio trámite. Algunas de ellas son las controversias constitucionales 261/2023, 281/2023, 282/2023, 285/2023, 287/2023 291/2023, 292/2023, 294/2023, 296/2023 a la 300/2023 y 302/2023. SCJN. Análisis constitucional de las Reformas político-electorales 2022-2023. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/rpe/ Consultada el 1 de agosto de 2023.

b) La iniciativa no pasó por un procedimiento legislativo ordinario pues, para su aprobación, se recurrió al trámite de "urgencia u obvia resolución"

La SCJN señala que **no se publicó con la anticipación suficiente el orden del día** por lo que, los diputados accionantes no tuvieron conocimiento oportuno de lo que habría de discutirse en ella y, mucho menos, de tener un debate real, democrático e informado sobre ella.

Asimismo, se sostuvo que **no se actualizó la figura del trámite urgente** —prevista en el artículo 82, numeral 2, fracción I, del Reglamento de la Cámara de Diputados— la cual permite el trámite urgente. Ello debido a que la figura de urgencia únicamente fue creada para casos y hechos excepcionales que razonablemente justifiquen la urgencia de aprobación.

Por otra parte, en el procedimiento seguido ante la Cámara de Senadores, también existió inobservancia al Reglamento de dicha Cámara, ya que el doce de diciembre de 2022, las Comisiones de Gobernación y de Estudios Legislativos, Segunda, **sesionaron de manera individual y aprobaron una minuta y su dictamen sin contar con el quórum exigido** en el artículo 147 de dicho ordenamiento; esto es la Comisión de Gobernación decidió convocar y sesionar de manera individual para aprobar el Dictamen de Comisiones Unidas, sin los integrantes de la Comisión de Estudios Legislativos.

c) No se llevó a cabo una la deliberación democrática real, cualitativa y de fondo en la aprobación del decreto

La SCJN sostuvo que el cúmulo de irregularidades y violaciones a los Reglamentos de cada Cámara en las que se incurrió durante el procedimiento legislativo que culminó con la aprobación del Decreto impugnado, conllevan una afectación sustancial a los valores centrales de la dimensión deliberativa de la democracia representativa.

Dicha afectación se presentó, particularmente, en cuanto a la necesidad de resguardar el debido proceso, el respeto a los derechos de las minorías parlamentarias, la libertad de expresión que asiste a cada uno de los legisladores, así como su derecho al voto, de forma tal que ningún parlamentario sea excluido del proceso deliberativo,

Así, dichos aspectos impidieron que en el presente caso existiera un debate abierto e informado por parte de todos los integrantes del cuerpo legislativo, respetando los tiempos y las formas respectivas, pues no se tenía un conocimiento preciso sobre el alcance de las disposiciones que se estaban modificando, debido a que no se cumplió con los preceptos reglamentarios sobre la forma, publicidad, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.

En este sentido se concluyó que, al resultar **fundado** el concepto de invalidez relativo a la violación al procedimiento legislativo, **lo procedente fue declarar la invalidez total del Decreto impugnado**, **por lo que resultó innecesario emprender el estudio de los restantes conceptos de invalidez.**

Ahora bien, en las acciones de inconstitucionalidad 71/2023 y, su acumulada, la 75/2023, —relacionadas con el *Decreto 2*—, en el tema legislativo, el Pleno de la SCJN dividió su estudio en las interrogantes siguientes:[54]

1. **¿El Congreso de la Unión omitió indebidamente llevar a cabo un ejercicio de parlamento abierto antes de aprobar el decreto impugnado?** Resultó **infundado** el concepto de invalidez, entre otras cuestiones, porque la SCJN, en la diversa acción de inconstitucionalidad 29/2023 sostuvo que, si bien los ejercicios de parlamento abierto son herramientas válidas y del todo deseables para cualquier sociedad democrática, no representan un requisito constitucional de validez de las normas que expida el Congreso de la Unión. Por tanto, la omisión de realizarlos no puede considerarse una violación a las normas que rigen el procedimiento legislativo.

2. **¿Los integrantes del Congreso de la Unión tienen constitucionalmente prohibido hacer suyas y solicitar que se tramiten como urgentes las iniciativas del Ejecutivo Federal que no sean de carácter preferente?** Se calificó como **infundado** el concepto de invalidez porque el hecho de que en el proceso legislativo diversos grupos parlamentarios hayan hecho suya la iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal y solicitaran dispensarle el trámite ordinario en el pleno de la Cámara de Diputados no constituye una violación al proceso legislativo debido a que la facultad constitucional del Ejecutivo Federal de presentar iniciativas para trámite preferente no restringe en modo alguno el derecho de los legisladores federales a presentar iniciativas de ley, ni tampoco traslada al Presidente la facultad del Congreso para definir la agenda legislativa.

3. **¿La Cámara de Diputados omitió indebidamente motivar la dispensa del trámite ordinario de la iniciativa sometida a discusión?** Se señaló que **quedaba plenamente acreditado que la Cámara de Diputados incurrió en una violación al principio de deliberación democrática** previsto en el artículo 72 de la Constitución Federal por someter a votación dos dispensas del trámite legislativo ordinario por urgencia cuando se había omitido por completo motivarlas. Ello debido a que la línea jurisprudencial de la SCJN[55] requería necesariamente que se expusieran, así sea someramente, las razones que llevaban a solicitar la dispensa del trámite por condición de urgencia, sin que estas omisiones sean convalidables por el voto mayoritario del pleno de la Cámara.

4. **¿La Cámara de Diputados omitió publicar con la anticipación debida la iniciativa sometida a discusión?** La SCJN consideró que **la Cámara de Diputa-**

54 Cabe señalar a la fecha de elaboración del presente ensayo no se encuentra la versión definitiva de la sentencia; sin embargo, en la página oficial de la SCJN, se encuentra publicado el proyecto de la misma: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2023-06/A.I.%2071.pdf Consultado el 20 de agosto de 2023.

55 De acuerdo con lo resuelto en la acción de inconstitucionalidad 29/2023 y sus acumuladas.

dos omitió indebidamente publicar y distribuir con la anticipación requerida por su propio reglamento, la iniciativa sometida a discusión del pleno en la sesión del 6 de diciembre de 2022, toda vez que, que la iniciativa presentada por los grupos parlamentarios de los partidos Morena, del Trabajo y Verde Ecologista de México no fue publicitada con la anticipación requerida y, por tanto, los demás diputados no tuvieron conocimiento de ella al momento de discutirla. Ello porque la iniciativa en comento fue publicada por primera vez el mismo día de la sesión en el anexo C de la Gaceta Parlamentaria de 6 de diciembre de 2022, por lo que no se cumplió con la regla general de publicación oportuna que obligaba a hacerlo por lo menos a las diez de la noche del día anterior.

5. **¿Los integrantes de la Cámara de Diputados tuvieron un plazo razonable para deliberar la iniciativa sometida a discusión?** La SCJN sostuvo que la discusión y votación de la iniciativa en cuestión ocurrió en un periodo de tan solo cuatro horas y media. Esto **denota una evidente imposibilidad de los legisladores para conocer lo discutido y votado**, pues implicaba la discusión y aprobación de aproximadamente dos artículos cada minuto, lo que además otorgaba en promedio cuatro segundos por artículo a cada uno de los siete grupos parlamentarios representados para posicionarse o formular reservas. También se señaló que es perfectamente factible discutir la reforma de un solo precepto legal en un breve periodo de tiempo, pero se estimó que ello no lo es tratándose de una reforma que requería un análisis de alrededor de quinientos diez artículos de diversas legislaciones.

6. **¿Las Cámaras del Congreso de la Unión modificaron indebidamente artículos del proyecto de decreto que ya habían sido aprobados?** La SCJN concluyó que **la violación alegada está plenamente acreditada porque ambas Cámaras del Congreso de la Unión discutieron y eliminaron artículos del proyecto de decreto que ya habían sido aprobados** por las dos Cámaras en sesiones anteriores y, por ende, en ese momento ya únicamente podían ser remitidas al Ejecutivo Federal para que publicara las reformas. Por tanto, las dos Cámaras vulneraron la prohibición de discutir y/o modificar artículos ya aprobados prevista en el artículo 72, apartado E, de la Constitución federal.

7. **¿Las Comisiones Unidas del Senado de la República omitieron indebidamente aprobar su dictamen de manera conjunta?** La SCJN sostuvo que el dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y de Estudios Legislativos, Segunda, del Senado de la República a la minuta con proyecto de decreto proveniente de la Cámara de **Diputados tiene un vicio de inconstitucionalidad porque tales comisiones nunca sesionaron de manera conjunta, ni tampoco cumplieron con las reglas de votación** previamente establecidas.

8. **¿Las violaciones al procedimiento legislativo acreditadas tienen potencial invalidante en el caso concreto?** La SCJN señaló que en la diversa acción de inconstitucionalidad 29/2023, decidió por mayoría de nueve votos que las

> irregularidades identificadas en el proceso legislativo del que derivó el decreto mediante el cual se reformaron y derogaron diversas disposiciones de la Ley General de Comunicación Social y la Ley General de Responsabilidades Administrativas representaron, en su conjunto, una violación directa y manifiesta al principio de deliberación democrática de tal magnitud que daba lugar a decretar la invalidez de la totalidad de ese decreto. Toda vez que el proceso legislativo antes señalado aconteció de forma paralela y simultánea al que se analiza en este caso, y por tanto, es claro entonces que las violaciones señaladas también ocurrieron al discutir y aprobar el *Decreto 2*[56], **por lo que si en aquella ocasión se concluyó que esas irregularidades tenían potencial invalidante, lo conducente es sostener la misma conclusión**.[57]

De esta forma, fue que el Plan B nunca llegó a tener aplicación de cara a los procesos electorales.

a. Sobre los alcances de la propaganda gubernamental del *Decreto 1*

Como hemos afirmado, el decreto del 27 de diciembre de 2022 trajo consigo la reforma a la Ley General de Comunicación Social y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

En la primera de esas leyes, el cambio fundamental consistió en la redefinición de la propaganda gubernamental desplegada por servidores públicos. Al respecto, si bien no hubo una determinación de fondo, pues la invalidez derivó por violaciones al procedimiento legislativo, deben de tomarse ciertos precedentes en torno a dicha temática provenientes de la justicia electoral.

Así, el problema clave de constitucionalidad lo observamos en el artículo 4, fracción VIII bis de la Ley General de Comunicación Social el cual establece:

> "Artículo 4 VIII Bis: (…) (…) No constituyen propaganda gubernamental las manifestaciones de las personas servidoras públicas que realicen en uso de su libertad de expresión y en el ejercicio de sus funciones públicas."

Para un mejor contexto del problema, debe recordarse que el Congreso de la Unión emitió un decreto de interpretación auténtica sobre el concepto "*propaganda gubernamental*" el 17 de marzo de 2022

---

56 "Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley General de Partidos Políticos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y se expide la Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral".

57 Añadiendo que en el presente caso se identificaron elementos adicionales que agravan las violaciones señaladas.

Posteriormente, la Sala Superior estableció la inaplicabilidad de dicho decreto en el SUP-REP-96/2022 respecto a esa interpretación auténtica realizada por el Congreso, entre otras cuestiones porque su texto contravenía el artículo 35, fracción IX, apartado 7° de la Constitución conforme a lo siguiente:

> "Como puede advertirse del texto constitucional, existe un mandato de suspensión de toda clase de propaganda gubernamental de cualquier orden de gobierno, lo cual incluye a los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias, las entidades de la administración pública y cualquier otro ente de gobierno.
>
> Mandato del cual se exceptúan ciertas clases de propaganda gubernamental en atención a su contenido, a saber: la relativa a los servicios educativos, de salud y/o protección civil.
>
> (...)
>
> Lo anterior es importante porque el Decreto de interpretación auténtica, en su artículo primero, párrafo tercero, establece una excepción a **la prohibición de difusión de propaganda gubernamental que no está comprendida ni por el texto constitucional ni por el texto que pretende interpretar, el cual, como ya se observó, es exactamente el mismo**:
>
> No constituyen propaganda gubernamental las expresiones de las personas servidoras públicas, las cuales se encuentran sujetas a los límites establecidos en las leyes aplicables."[58]

Asimismo, la Sala Superior afirmó la noción de *propaganda gubernamental* no presenta, desde el punto de vista estrictamente semántico, alguna duda que sea necesario disipar mediante la interpretación auténtica, en torno a quién puede emitirla, pues precisamente el mismo contexto en el cual se inserta aclara, indubitablemente, que opera en relación con cualquier orden de gobierno, y para cualquier poder público, órgano autónomo, dependencia, entidad de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno

Lo anterior es retomado por la Sala Especializada del TEPJF en el SRE-PSC-7/2023 pues aborda de frente la temática de la Ley General de Comunicación Social en su artículo 4, fracción VIII bis ya citado.

Así, dicha Sala Especializada consideró que el decreto de interpretación auténtica de 2022 y la regulación de la Ley General de Comunicación Social ya había sido determinada por la Sala Superior la cual consideró inconstitucional y, por ende, devino su inaplicación. Textualmente la Sala Especializada afirmó en esa sentencia lo siguiente:

> "Con lo cual, como señaló la superioridad, con el Decreto de interpretación auténtica, el legislador desbordó el mandato recogido por la propia Constitución en su artículo 35, fracción IX, apartado 7º. De esta manera, si la porción interpretativa en comento fue invalidada para su aplicación por la máxima autoridad en

58 SUP-REP-96/2022.

> materia electoral, el hecho de que **sea retomada dentro de la Ley General de Comunicación Social, no le da validez para ser aplicada.**
>
> En ese sentido, respecto a tal excepción que se evoca a partir de la reforma del artículo 4º VIII Bis de la Ley General de Comunicación Social, en cuanto hace a que no constituyen propaganda gubernamental las manifestaciones de las personas servidoras públicas que realicen en uso de su libertad de expresión y en el ejercicio de sus funciones públicas, la misma no será aplicada en atención a que la invalidez de dicha porción ya fue determinada."[59]

Lo anterior es relevante por el diálogo entre cortes que existe entre la Suprema Corte y el TEPJF pues como se sabe, el propio diseño de trámite y resolución de las acciones de inconstitucionalidad en materia electoral implica la posibilidad de solicitud de opinión del Máximo Tribunal al órgano especializado en dicho ámbito.

Por tanto, una regulación en el sentido señalado devendría inconstitucional por las razones señaladas en la justicia electoral.

b. La reestructuración a nivel distrital y local: afectación a las garantías institucionales

Uno de los aspectos más preocupantes de la reforma fue la reestructura del INE que se pretendía establecer, sobre todo a nivel distrital. **Afortunadamente ello fue detenido por la Suprema Corte, pero al no haber resuelto este tema a partir de un pronunciamiento de fondo, este intento por disminuir las estructuras del INE puede volver en futuras reformas constitucionales y/o legales**.

Desde nuestro punto de vista consideramos que la reducción en la integración del personal que compone las juntas distritales afectaría notablemente el desarrollo de las elecciones, así como otros derechos como la participación política, la identidad de las personas y la organización de las elecciones. Para una más fácil explicación, a continuación, el siguiente comparativo con el fundamento legal correspondiente tanto de las juntas distritales como de los consejos distritales.[60]

---

59 SRE-PSC-7/2023, parr. 128 y 129.

60 Para explicar el cuadro señalado tachamos aquellos cargos eliminados con la reforma impugnado, esto para ser más visible el cambio correspondiente.

Legipe vigente	Intento de reforma
• Juntas distritales – Integradas por 5 vocalías permanentes: o Ejecutiva o Secretarial o Organización Electoral o Capacitación electoral y educación cívica o RFE **Artículo 72.** 1. Las juntas distritales ejecutivas son los órganos permanentes que se integran por: el vocal ejecutivo, los vocales de Organización Electoral, del Registro Federal de Electores, de Capacitación Electoral y Educación Cívica y un vocal secretario	• Juntas distritales: Integradas por 1 vocalía permanente: ~~o Ejecutiva~~ ~~o Secretarial~~ ~~o Organización Electoral~~ ~~o Capacitación electoral y educación cívica~~ ~~o RFE~~ o Vocal operativo (Oficina auxiliar) **Artículo 61.** **1.** El Instituto contará en su estructura con los siguientes órganos de carácter permanente: **b**) A nivel distrital, una Oficina Auxiliar a cargo de un Vocal Operativo. **8.** Los órganos locales tendrán su sede en la capital de cada entidad federativa, las oficinas auxiliares se instalarán dentro la cabecera Distrital que corresponda y los Consejos Locales y Distritales tendrán su sede en las oficinas de los órganos locales u oficinas auxiliares que correspondan, según sea el caso. Los Vocales Ejecutivos informarán al Consejo General sobre la instalación y funcionamientos de las oficinas auxiliares y Consejos, conforme corresponda. **Artículo *33*.** **1.** El Instituto tiene su domicilio en la Ciudad de México y ejercerá sus funciones en todo el territorio nacional a través de 32 órganos locales, uno por entidad federativa, y hasta 300 órganos auxiliares denominados oficinas auxiliares, máximo uno por distrito electoral uninominal, los cuales pueden ser permanentes o temporales, como determine el Consejo General en la aplicación de esta Ley.
• Consejo distrital (7) + (4) o Consejero presidente o 6 consejeros o Vocal Srio o Vocal Org Elect o Vocal Cap Elect y Educ o Vocal RFE o Representantes pp **Artículo 76.** 1. Los consejos distritales funcionarán durante el proceso electoral federal y se integrarán con un consejero presidente designado por	• Consejo distrital (5) + (2) o Presidente (Vocal operativo) o 4 consejeros o Secretario o Vocal Org y capacit ~~o Vocal RFE~~ o Representantes pp **Artículo 76.** **1.** Los consejos distritales funcionarán durante el proceso electoral federal y se integrarán por:

Legipe vigente	Intento de reforma
el Consejo General en los términos del artículo 44, párrafo 1, inciso f), quien, en todo tiempo, fungirá a la vez como Vocal Ejecutivo distrital; seis Consejeros Electorales, y representantes de los partidos políticos nacionales. Los vocales de Organización Electoral, del Registro Federal de Electores y de Capacitación Electoral y Educación Cívica de la junta distrital concurrirán a sus sesiones con voz pero sin voto. 2. El vocal secretario de la junta, será secretario del consejo distrital y tendrá voz pero no voto.	**a**) Una persona titular de la presidencia del consejo, designada por el Consejo General en los términos del artículo 44, párrafo 1, inciso f), quien, en todo tiempo, fungirá a la vez como Vocal Operativo distrital; **b**) Una persona titular de la Secretaría del Consejo y otra persona Vocal de Organización y Capacitación, designadas por el Consejo Local mediante el procedimiento que determine el Consejo General; **c**) Representantes de los partidos políticos nacionales, que tendrán derecho a voz pero sin voto, y **d**) Cuatro personas Consejeras Electorales.

Hay que señalar, como se sabe, que las juntas distritales son los órganos permanentes del INE que posteriormente se transforman en consejos distritales cuando hay un proceso electoral, es decir, a la estructura existente se agregan consejeros electorales que tienen una condición temporal.

Así, en el análisis de la reforma, en lo tocante a las juntas distritales, la reducción es mayúscula al pasar de 5 integrantes vocales (presidente, secretario, de organización electoral, capacitación electoral y educación cívica y registro federal de electores) a uno solo.

Desde nuestro punto de vista, **ello resulta inconstitucional porque afecta las *garantías institucionales* de un organismo constitucional autónomo al trastocar el funcionamiento básico del INE, ello porque va en contra del artículo 41, base V, apartado A de la Constitución Federal concretamente la porción normativa relativa a que dicho órgano contará en su estructura con órganos de dirección, ejecutivos, técnicos y de vigilancia necesarios para desplegar su función.**

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte, los órganos constitucionales autónomos como notas distintivas deben: a) estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; b) mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; c) contar con autonomía e independencia funcional y financiera; y, d) atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.[61]

61 Jurisprudencia P./J. 20/2007 de rubro ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXV, mayo de 2007, pág.1647 Jurisprudencia P./J. 12/2008 de rubro ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Tomo XXVII, febrero de 2008, pág. 1871.

Como puede observarse, acorde a los anteriores precedentes, la razón de ser de los órganos constitucionales autónomos como el INE se explican como una evolución de la teoría tradicional de la división de poderes dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, haciendo más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. Subrayamos que la jurisprudencia de la Suprema Corte destaca que sus funciones sean desplegadas eficazmente en beneficio de la sociedad.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, para llevar a cabo las funciones de los órganos constitucionales autónomos, estos requieren de lo que la doctrina judicial de la Suprema Corte ha referido como *garantías institucionales*, "las cuales constituyen una protección constitucional a su autonomía y, en esa medida, se **salvaguardan sus características orgánicas y funcionales esenciales"**[62] esto dentro de un régimen de cooperación y coordinación a modo de control recíproco.[63] Subrayamos que dichas garantías institucionales están directamente referidas a su configuración orgánica y funciones esenciales, es decir, **las reformas legales no deben tener por objeto poner en peligro o menoscabar el funcionamiento de dicho órgano constitucional autónomo**, en este caso, el INE, el cual tiene por objeto organizar las elecciones.

Lo anterior ocurre sobre todo cuando nos referimos a la transformación radical de las juntas distritales, las cuales, de contar con 5 integrantes (presidente, secretario, de organización electoral, de capacitación y educación cívica y del registro nacional de electores) a uno solo.

Al respecto, hay que considerar que la noción de *garantía institucional* proviene de la jurisprudencia alemana "con la que se persigue la protección frente al legislador de determinadas instituciones que se recogen *in nuce* en la Constitución"[64] Esta noción indudablemente resulta fundamental bajo los propósitos del presente análisis pues implica una profunda tutela desde el punto de vista constitucional si se atiende a las funciones del INE.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional de España ha establecido en la sentencia 32/1981, la noción de *garantía institucional* al tutelar la autonomía local, incluso a pesar de no definir qué tipo de organizaciones o instituciones, pero basta que las prevea la Constitución en la medida de que se traten de elementos indispensables del orden constitucional que involucran algún principio fundamental.[65]

---

62 Tesis: 2a. CLXVI/2017 (10a.) de rubro GARANTÍA INSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS, *Gaceta del Semanario Judicial de la* Federación, Libro 48, noviembre de 2017, Tomo I, pág. 603.

63 *Ibidem.*

64 Cidoncha Martín, Antonio, "Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental" en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, 2009, núm. 23, pág. 150.

65 *Ibidem.*

La evolución de la doctrina judicial de dicho Tribunal Constitucional ha desembocado en que la *garantía institucional* no solo se entienda como un principio propio de los entes del Estado, **sino que ha transitado a una concepción como derecho fundamental**, esto posteriormente con la sentencia identificada con la clave STC 76/1988, dado que los derechos fundamentales no solo tienen un aspecto de carácter subjetivo, sino que tienen una dimensión estructural o institucional.[66] De ahí que pueda ser invocable este punto incluso como una afectación individual o colectiva pero entendida en función de las personas y no sólo a partir de facultades de órganos del Estado.[67]

En esa línea, en la sentencia STC 240/2006, la jurisdicción constitucional protegió el derecho de la comunidad local a participar en el gobierno y en la administración de las facultades que le atañen.[68]

Así, este tipo de transformaciones estructurales, como las intentadas en la reforma en comento, en todo caso, deberían tener lugar de forma paulatina sin que implique un cambio tan drástico sobre todo ante la inminencia del proceso electoral federal el cual tiene lugar el año de la publicación de tal reforma.

De esta forma, si el establecimiento de organismos constitucionales autónomos tiene por objeto básico y fundamental atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad y por ello hay una especial protección mediante las garantías institucionales, una reforma de tan inmediata aplicación en un periodo tan inminente puede traducirse en falta de certeza jurídica en los diferentes procesos y ámbito de actuación.

De esta forma, la reforma más preocupante tiene lugar en las juntas distritales dado que el recorte de los servidores públicos que lo conforman se reduce en una enorme proporción, de ahí que, conforme a diversos precedentes de la Suprema Corte, ante la falta de certeza en la realización de diversos procedimientos, ello puede acarrear la invalidez de toda la reforma.

Desde nuestro punto de vista, la reestructura de las juntas distritales afecta la noción que ha establecido la Suprema Corte en cuanto a las garantías institucionales y por tanto el artículo 41, base V apartado A de la Constitución cuando establece que: "**El Instituto Nacional Electoral será autoridad en la materia**, indepen-

---

66 *Ibid*., pág. 151.

67 Esto no resulta ajeno en el orden constitucional mexicano si se toma en cuenta que, por ejemplo, en la concepción de la controversia constitucional, como mecanismo procesal de orden fundamental, evolucionó no sólo como forma de resolver los conflictos entre poderes sino como un instrumento de protección de los derechos humanos de acuerdo con el artículo 105, fracción I, último párrafo de la Constitución Federal, esto a partir de la reforma del 11 de marzo de 2021 al establecer textualmente: "En las controversias previstas en esta fracción únicamente podrán hacerse valer violaciones a esta Constitución, **así como a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte**." (Énfasis propio).

68 *Ibidem.*

diente en sus decisiones y funcionamiento, y profesional en su desempeño; **contará en su estructura con órganos de dirección, ejecutivos, técnicos y de vigilancia** (…) **Los órganos ejecutivos y técnicos dispondrán del personal calificado necesario** para el ejercicio de sus atribuciones" (énfasis añadido).

Lo anterior es así porque la reforma no justifica razones fundamentales para ese ajuste en la estructura, más allá del principio de austeridad. En esa línea, se puede contrargumentar que el ahorro del presupuesto de esas plazas puede poner en peligro la realización de las elecciones por las siguientes razones:

La vocalía encargada de la organización electoral tiene una función permanente de observación de los cambios demográficos del distrito esto para determinar en su momento, la ubicación de las casillas. Vale recordar recientemente el Consejo General del INE modificó la distritación de todo el país, de lo cual resultó entre otras cosas, que la Ciudad de México perdió dos distritos electorales federales, ello debido a que otras entidades crecieron poblacionalmente y para que haya un balance entre todas las cinco circunscripciones del país.[69] **Parte de esa labor fundamental la realizan de forma permanente las vocalías de organización electoral.**

La vocalía relativa al registro federal de electores tiene funciones que implican ser el primer contacto con la ciudadanía en aspectos tan fundamentales como la obtención de la credencial de elector. Esta labor, de igual forma es permanente dado que, como hemos señalado, el electorado se cambia de casa, pierde la credencial y, por lo tanto, constantemente se necesita contar con personal que atienda esas necesidades. Eliminar esa posición no solo afecta a la garantía institucional relacionada con el padrón electoral y la lista nominal, sino otros derechos como el derecho a la identidad previsto en el artículo 4º, octavo párrafo constitucional, el cual establece: "Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos."

En los hechos, la credencial para votar funge como el medio de identificación por excelencia de las personas en nuestro país, al grado de ser considerado, lo cual es un hecho notorio, como el documento idóneo para demostrar que una persona es quien afirma decir. Es por ello por lo que, la Suprema Corte deberá analizar estas disposiciones a partir del principio de interdependencia de los derechos humanos previsto en el artículo 1º constitucional.

c. El uso del pasaporte o matrícula consular para conformar listas nominales de mexicanos en el extranjero

Otro de los aspectos preocupantes de la reforma consistió en la posibilidad de conformar la lista nominal de mexicanos en el extranjero a partir de la sola presentación

69 Nos referimos al acuerdo INE/CG06/2023 aprobado el 25 de enero de 2023.

del pasaporte o matrícula consular. Para mayor claridad expositiva a continuación los artículos de la Legipe concernientes a ello que pretendieron regir en la reforma fallida en análisis:

> **Artículo 135.**
>
> **1.** Para la incorporación al Padrón Electoral se requerirá solicitud individual en que consten firma, huellas dactilares y fotografía del ciudadano, en los términos del artículo 140 de la presente Ley. **Para la incorporación en el Padrón Electoral de personas ciudadanas mexicanas residentes en el extranjero, será suficiente la presentación del pasaporte** y el registro de firma y huellas dactilares en las oficinas correspondientes o en la plataforma digital dispuesta para dicho efecto.
>
> **Artículo 333.**
>
> **1.** Las listas nominales de electores residentes en el extranjero son las relaciones elaboradas por la Dirección Ejecutiva del Registro Federal de Electores **que contienen el nombre de las personas incluidas en el padrón electoral que cuentan con su matrícula consultar o pasaportes emitidos** por la Secretaría de Relaciones Exteriores, o su credencial para votar, que residen en el extranjero y que solicitan su inscripción en dichas listas.
>
> **Artículo 336.**
>
> **1. ...**
>
> **2. ...**
>
> **a**) En el caso de las personas ciudadanas mexicanas residentes en el extranjero, el listado se formulará por país de residencia y por entidad federativa de referencia, si la credencial para votar con fotografía se expidió o renovó desde el extranjero, o por el distrito electoral que aparece en su credencial para votar con fotografía, si fue expedida en territorio nacional. **En caso de que se presente pasaporte o matrícula consular** para su inscripción en la lista, se anotará en la entidad federativa de nacimiento en que aparezca, y sólo podrá votar en elecciones de personas titulares del Ejecutivo Federal y de la entidad federativa de origen, así como en la elección de senaduría que corresponda, y
>
> ***Énfasis añadido.***

Lo anterior resulta contrario a lo establecido en el artículo 41, base V, apartado B, inciso a), cuando establece como facultad exclusiva del INE, la administración y custodia del padrón y la lista de electores para los procesos electorales federales y locales.

Es decir, si la Constitución establece dicha atribución exclusiva al INE, la norma legal que permite a la ciudadanía ser incluida en el listado nominal con la sola presentación del pasaporte, está de facto creando un registro en paralelo, el cual estaría en una parte de uno de los poderes de la Unión, es decir, en la Secretaría de Relaciones Exteriores, la cual pertenece al Poder Ejecutivo, pues es la facultada para emitir tanto el pasaporte como la matrícula consular.

Aceptar lo contrario, implicaría ir en contradicción de la serie de reformas electorales constitucionales que desde los 90 fueron quitando facultades a la Secretaría de Gober-

nación, por ejemplo, en aras de tener una mayor confiabilidad en la organización de las elecciones.

Las citadas disposiciones normativas, de facto, crearían un listado nominal en paralelo, perdiendo con ello, la facultad exclusiva del registro nacional de electores de residentes mexicanos en el extranjero, a cargo del INE.

En ese sentido, no podría argumentarse que la posibilidad de ingresar al listado nominal vía pasaporte o matrícula consular facilita el voto de los mexicanos en el extranjero, ello más bien lo complica pues resulta más fácil obtener la credencial para votar sin el pasaporte dado que la primera es gratuita mientras que el pasaporte tiene costo, por tanto, estadísticamente resulta más fácil obtener dicha credencial.

Estos aspectos de hecho deben ser considerados a partir de un ejercicio de derecho electoral comparado, pues la circunstancia de los costos para poder ejercer los derechos políticos puede considerarse una barrera importante para ello. Lo anterior se menciona porque si para ingresar a las listas nominales se necesita, el pasaporte o la matrícula consular, ello complicaría el ejercicio de los derechos de participación política por el costo que significa.

En efecto, en el caso de que nuevamente se plantera una norma de tales características, la Suprema Corte debe considerar el debate acontecido en Texas sobre la presentación de una identificación para votar en dicho estado norteamericano, lo cual se tradujo en una disputa parlamentaria entre el Partido Republicano y el Partido Demócrata, ya que los primeros abogaban por una credencial para evitar fraudes electorales, mientras que los segundos consideraban que ello impediría el voto de grupos vulnerables como la comunidad afroamericana o latina, dado el costo que ello pudiera significar.[70]

d. El control sobre el flujo de información

La reforma electoral fallida pretendía también incluir un nuevo concepto que podemos identificar como *flujo de información*. Para mayor claridad, el siguiente precepto hoy anulado establecía lo siguiente:

> **Artículo 28 Ter.**
>
> **1.** En el marco del Sistema Nacional Electoral toda la información institucional que obre en poder del Instituto, debe garantizarse a los Organismos Públicos y a los Partidos Políticos.
>
> **2.** **El flujo de información institucional** debe sujetarse a las siguientes normas:

70 Para una referencia rápida del caso texano ver la siguiente nota: https://campaignlegal.org/story/citizens-barred-polls-negative-impact-strict-photo-voter-id-texas?gclid=Cj0KCQjw8qmhBhClARIsANAtboflV6SQ-_hxxMcrla2Xz4g0jEkuh6aFuXmooFQ4fDgAdFMgX_xe12gaAjWPEALw_wcB

a) El Consejo o cualquiera de sus integrantes, podrá requerir en forma directa, información a todos los órganos centrales, locales o auxiliares.

b) Los Organismos Públicos Locales podrán requerir, por medio de su presidencia, toda la documentación necesaria para el cumplimiento de sus atribuciones.

c) El flujo de información al interior del Instituto se llevará a cabo mediante un sistema de archivos institucional y repositorio documental, del cual deberán tener acceso todos los integrantes del Consejo General.

d) **Cualquier documento que obre en posesión del Instituto puede ser empleado por los partidos políticos para el cumplimiento de sus obligaciones.**

e) Cuando obre en poder del Instituto la documentación necesaria para que los partidos políticos cumplan con sus obligaciones, el Instituto lo comunicará al partido político y coadyuvará con éste para esos efectos.

3. El Instituto y los Organismos Públicos Locales deberán mantener un constante flujo de la información que obre en su poder, para efecto de que toda la información que obre en poder de una autoridad pueda estar disponible para la consulta de la otra.

4. Se deberá asegurar en todo momento la protección de la información reservada o confidencial. No se podrán compartir los datos personales, salvo cuando resulte indispensable para el cumplimiento de las funciones del órgano o área de que se trate, previa motivación y fundamentación que conste tanto en el requerimiento de información, como en la atención correspondiente. En todo momento, el servidor público encargado del tratamiento de datos personales deberá observar los principios y medidas de seguridad señaladas por las leyes en la materia.

**Énfasis añadido.*

A pesar de que dicha norma preveía la protección en todo momento de la información reservada y confidencial, la porción normativa prevista en el artículo 28 Ter, inciso d) de la LGIPE, permite que cualquier documento que obre en poder del INE sea utilizado por los partidos políticos.

Las razones del establecimiento de nueva norma a favor de los partidos políticos podrían explicarse en el sentido de ser una manera de coadyuvar con la autoridad electoral en la resolución de diferentes problemas en la materia, sin embargo, desde nuestro punto de vista, dos razones afectarían la constitucionalidad del precepto.

En primer lugar, esa nueva norma legal permisiva puede prestarse a abusos por parte de los partidos políticos, quienes a partir de ello podrán requerir cualquier información que considerarán viable. **Dicha disposición resultaría inconstitucional porque**

afecta la certeza como principio de la función electoral, lo anterior porque se trata de una norma demasiado ambigua y permisiva en relación con la funcionalidad y papel de los partidos políticos para obtener cualquier información. Dadas esas condiciones legales, por ejemplo, un partido político podría requerir información que sin ser parte de la información reservada (por no formar parte de un procedimiento concreto) relativa a financiamiento público, pueda con ello afectar las facultades de fiscalización de la autoridad electoral. Con ello se rompe la división del trabajo del árbitro con la función de coadyuvancia de los partidos políticos. Esa información en manos de los partidos puede servir a su vez para utilizarla con fines particulares de esas organizaciones.

Debe recordarse que la Suprema Corte ha considerado la inconstitucionalidad de normas legales cuando su construcción normativa no abona a la certeza jurídica. A guisa de ejemplo los siguientes casos electorales:

1) CONTROL DE CONFIANZA. LA EVALUACIÓN RELATIVA COMO TRÁMITE VOLUNTARIO PREVIO AL REGISTRO DE CANDIDATOS A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR VULNERA EL PRINCIPIO DE CERTEZA EN MATERIA ELECTORAL. En esta caso la Corte estableció que si para ejercer el derecho a ser votado la ley presenta una posibilidad al ciudadano para ser calificado —aun voluntariamente— por un organismo público en ejercicio de sus competencias legales, en cuanto a su idoneidad para ocupar un cargo de elección popular, a través de los llamados "controles de confianza", **sin precisar con claridad las consecuencias jurídicas de tal calificación, ya sea en su favor o en su perjuicio, es claro que existe una vinculación incierta** entre el derecho a ejercer (ser votado) y el sometimiento voluntario a la calificación de la idoneidad para ejercer ese derecho, lo que constituye una indeterminación normativa que **vulnera el principio de certeza** que debe regir en la función electoral, en términos del artículo 116, fracción IV, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2) GOBERNADOR INTERINO. EL ARTÍCULO 83 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE TAMAULIPAS CONFORME AL CUAL EN LOS SUPUESTOS QUE SEÑALA, EL PODER EJECUTIVO SE DEPOSITARÁ INTERINAMENTE EN EL CIUDADANO QUE NOMBRE EL CONGRESO POR 18 DEL NÚMERO TOTAL DE SUS MIEMBROS O POR LA MAYORÍA DE LA DIPUTACIÓN PERMANENTE, VULNERA EL PRINCIPIO DE CERTEZA EN MATERIA ELECTORAL. De lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución de Tamaulipas se advierte que el Congreso del Estado se integra por 36 diputados, de los cuales 22 son electos por el principio de mayoría relativa y 14 por el de representación proporcional. En ese sentido, el artículo 83 de la propia Constitución, al establecer que en los supuestos de que no se celebren elecciones para gobernador o de que habiéndose celebrado y hecha la declaratoria correspondiente por parte del Consejo General del Instituto Electoral del Estado, el electo no se presentase a tomar posesión del cargo, el Poder Ejecutivo se depo-

sitará interinamente en el ciudadano que nombre el Congreso o la Diputación Permanente, en sesión permanente y secreta, por 18 del número total de sus miembros, si se tratare del primero, o por la mayoría, si es el caso de la segunda, **vulnera el principio de certeza en materia electoral**, pues 18 es justo la mitad de 36, por lo que, en un momento dado, podría darse un empate, sin que exista en la ley solución a un problema tan grave como el que se presenta en los supuestos aludidos.

3) PARTICIPACIÓN CIUDADANA. EL ARTÍCULO 112 DE LA LEY RELATIVA DEL DISTRITO FEDERAL, EN LA PORCIÓN NORMATIVA QUE DICE "... BAJO EL PRINCIPIO DE COCIENTE NATURAL Y RESTO MAYOR..." Y, COMO CONSECUENCIA, EL ARTÍCULO 122 DEL CITADO ORDENAMIENTO, **TRANSGREDEN EL PRINCIPIO DE CERTEZA JURÍDICA** CONTENIDO EN LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 35 CONSTITUCIONAL (DECRETO PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 16 DE MAYO DE 2005).

4) ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL ARTÍCULO 21, FRACCIÓN IV, PRIMER PÁRRAFO, DE LA LEY DE JUSTICIA ELECTORAL DEL ESTADO DE MICHOACÁN, AL ALUDIR EN LAS REGLAS A QUE SE SUJETARÁ LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS, ENTRE OTRAS, A "... LA CONFESIONAL, LA TESTIMONIAL...", **TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE CERTEZA EN MATERIA ELECTORAL** CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 116, FRACCIÓN IV, INCISO B), DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Con lo anterior, la norma señalada no abona a la certeza jurídica pues los partidos, como sujetos regulados de la materia electoral podría hacer un uso faccioso de esa información dado que la norma es demasiado ambigua y permisiva sin establecer parámetros sobre el uso de esa información.

En segundo lugar, tal precepto legal de la reforma resultaría inconstitucional de ser vigente, al afectar indirectamente la distinción establecida en el **artículo 41 base V, apartado A de la Constitución** cuando establece que: "**El Instituto Nacional Electoral será autoridad en la materia**, independiente en sus decisiones y funcionamiento, y profesional en su desempeño; **contará en su estructura con órganos de dirección, ejecutivos, técnicos y de vigilancia".**

Con lo anterior, la reforma legal olvida en dónde y qué órganos los partidos políticos sí pueden coadyuvar con la autoridad electoral para servir a la democracia y no de la manera en que la reforma legal lo pretendía, **esto al solicitar cualquier documento o tipo de información por parte de los partidos, la cual eventualmente podría afectar las facultades de vigilancia o fiscalización, las cuales deben ejercerse con sigilo, por mencionar solo algunas.**

Por ejemplo, la Comisión Nacional de Vigilancia es un órgano en donde los partidos políticos pueden revisar el padrón electoral y lista nominal, lo cual se entiende cabal-

mente conforme al diseño del sistema electoral mexicano. Por otro lado, jurisprudencialmente, la Sala Superior del TEPJF ha establecido que los partidos políticos pueden ejercer acciones tuitivas de interés difuso.[71] Sin embargo, las maneras tan ambiguas del artículo 28 Ter, inciso d) de la nueva Legipe afecta la certeza de cómo podría ejercer ese flujo de información por parte de los partidos políticos sin establecer parámetros claros y específicos.

Finalmente, tal vez una interpretación conforme del precepto señalado por parte de la Suprema Corte podría determinar la constitucionalidad de los alcances de dicho artículo.

IV. LA REVIVISCENCIA COMO EFECTO DE LA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ Y LA NECESIDAD DE CONTAR CON UNA LEGISLACIÓN APLICABLE

Como se sabe, la acción de inconstitucionalidad como mecanismo de control de la Constitución tiene por objeto expulsar del sistema jurídico aquellas normas legales que la contradigan si no es posible salvarlas mediante una interpretación conforme, esto siempre y cuando se reúna una votación de 8 ministros como mínimo en ese sentido.

En ese contexto, de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Suprema Corte, no han sido pocas las veces en las cuales, el máximo tribunal del país ha determinado la nulidad de toda una reforma electoral al no otorgar plena certeza jurídica. Así, ha pospuesto en varias ocasiones la vigencia de un determinado régimen legal para en todo caso, *revivir* toda la legislación anterior, esto en aras de dotar de certeza jurídica a un inminente proceso electoral.

Algunos precedentes con esas características son las acciones de inconstitucionalidad 47/2006 y acumuladas, 67/2012 y acumuladas, 122/2015 y sus acumuladas, 76/2016 y acumuladas 83/2017 y acumuladas, 40/2017 y acumuladas. Con ello se busca hacer prevalecer a **la seguridad jurídica y certeza como principio de la función electoral**, tanto para partidos, electores y ciudadanía en general, pues la figura de reviviscencia evita caer en improvisaciones que pongan en peligro el sano desarrollo de las elecciones del país.[72]

---

71 Nos referimos a la jurisprudencia 10/2005 ACCIONES TUITIVAS DE INTERESES DIFUSOS. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE LOS PARTIDOS POLÍTICOS LAS PUEDAN DEDUCIR en TEPJF, *Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005. Compilación Oficial*, TEPJF, México, 2006, páginas 6 a 8.

72 Al respecto existe la jurisprudencia de la Suprema Corte P./J. 86/2007 de rubro ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS FACULTADES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS FRENTE A UN SISTEMA NORMATIVO QUE HA REFORMADO A OTRO, INCLUYEN LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA REVIVISCENCIA DE LAS NORMAS VIGENTES CON ANTERIORIDAD A AQUELLAS DECLARADAS INVÁLIDAS, ESPECIALMENTE EN MATERIA ELECTORAL publicada en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXVI, diciembre de 2007, pág. 778.

De hecho, esto fue lo que ocurrió en la acción 71/2023 y sus acumuladas 75/2023, 89/2023, 90/2023, 91/2023, 92/2023 y 93/2023, pues precisamente como efecto de la invalidez de todas las normas emitidas por el decreto publicado el 2 de marzo de 2023 en el Diario Oficial de la Federación, o sea, el decreto por el cual le dio vigencia al *Plan B*. Textualmente la Suprema Corte estableció como efecto de dicha sentencia en los párrafos 232 y 233 lo siguiente:

> "232. **Vigencia de las normas anteriores al decreto**. Tal como se resolvió en la acción de inconstitucionalidad 29/2023 y sus acumuladas304, a fin de preservar el principio de certeza que rige en materia electoral, **este Tribunal Pleno estima conveniente precisar que, toda vez que se determinó la invalidez del decreto impugnado en su totalidad, éste deja de tener eficacia por completo. En consecuencia, las normas vinculadas por él recuperan su vigencia con el texto que tenían al dos de marzo de dos mil veintitrés**. Esto abarca, desde luego, las disposiciones reformadas, adicionadas y derogadas de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley General de Partidos Políticos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como la totalidad de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, que se encontraban vigentes hasta antes de la entrada en vigor del decreto impugnado.
>
> 233. Adicionalmente, tal como se hizo en la acción de inconstitucionalidad 142/2022 y sus acumuladas306, resulta pertinente aclarar que, de conformidad con el artículo 105, fracción II, penúltimo párrafo, de la Constitución Federal, **la legislación electoral que recupera su vigencia por virtud de esta ejecutoria ya no puede ser objeto de modificaciones legales fundamentales para su aplicación en el proceso electoral a nivel federal** que, en términos del artículo 225, numeral 1, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, iniciará partir de la primera semana de septiembre de dos mil veintitrés. Asimismo, si el Congreso de la Unión decide en ejercicio de sus facultades legislar nuevamente sobre la materia del decreto invalidado con posterioridad, no deberá incurrir en el vicio de inconstitucionalidad relativo a la ausencia de consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, así como a las personas con discapacidad." **Énfasis añadido.*

Cabe señalar que la Suprema Corte resalta que el Congreso no deberá incurrir en el vicio de inconstitucionalidad relativo a la ausencia de consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, así como a las personas con discapacidad. Esto eventualmente podría considerarse como un rasgo relativo a la teoría de la democracia deliberativa pues implica una vinculación y cierta colaboración entre poderes.

V. BALANCE GENERAL A MANERA DE CONCLUSIÓN

La reforma electoral de 2022 y 2023, mejor conocida como el *Plan B*, consistió en una de las iniciativas legislativas más ambiciosas en materia político-electoral de los últimos años, que si bien no se equipara el grado de reestructura normativa e institucional que se buscó mediante el *Plan A* —reforma constitucional—, dicho intentó abordó

diversos aspectos que pretendían modificar sustancialmente el sistema democrático de nuestro país.

Al respecto, se analizaron algunos puntos, que, de haberse presentado un ejercicio legislativo de conformidad con la normatividad aplicable, hubiere sido interesante conocer las consideraciones de fondo de la SCJN, en temas concretos como: la modificación a la estructura del INE, el reconocimiento de las personas afromexicanas en la legislación electoral, la supresión de ciertas partidas presupuestales para los partidos políticos, entre otros.

Específicamente, dentro del proceso legislativo, encontramos que existieron varios puntos de cuidado, como lo es que la dispensa solicitada se emitió sin razón alguna para justificarla.

Desde nuestra perspectiva, sería conveniente retomar para futuros ejercicios legislativos el reconocimiento de la comunidad afromexicana dentro de la legislación electoral, el cual fue una preocupación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas, lo cual permite una visibilización e incorporación de esta comunidad en la vida política.

Asimismo, consideramos que no era necesario que, dentro de la iniciativa de reforma, se incluyera la posibilidad de transferencia de votos, ya que hubiera representado la posibilidad de que muchos partidos políticos se mantuvieran perennes con poco o nulo respaldo de la ciudadanía, lo cual desde luego es inconstitucional como ya se ha establecido. De la misma forma, el haber eliminado a la Sala Regional Especializada del TEPJF, lejos de ser constituir un ahorro en la utilización de recursos públicos hubiera sido un golpe directo en contra de la equidad de las campañas electorales.

En este sentido, también la modificación interna de la estructura del INE, a nivel distrital sobre todo, bajo el argumento de hacer más eficiente el presupuesto público, no hubiera favorecido en ningún momento las labores del Instituto; sino por el contrario, podría haberse traducido en un entorpecimiento grave de los objetivos constitucionales de dicho órgano, ya que la reducción de personal propuesta hubiere generado objetivos humanamente imposibles de alcanzar, inclusive con el uso de las tecnologías de la información disponibles en este momento.

Por otra parte, en cuanto a las modificaciones relativas a la posibilidad del voto en el extranjero, no podría argumentarse que el ingresar al listado nominal vía pasaporte o matrícula consular facilita el voto de los mexicanos en el extranjero, pues ello más bien lo dificulta al resultar más fácil obtener la credencial para votar sin el pasaporte, dado que la primera es gratuita mientras que el pasaporte tiene costo, lo cual estadísticamente impediría su obtención. Ello además de crear un registro de electores en paralelo, lo cual es una facultad exclusiva del INE constitucionalmente.

Paralelamente, dentro del *Plan B* pudimos observar, algunas propuestas positivas para el sistema electoral como el reconocimiento de la comunidad afromexicana en sus de-

rechos políticos o la eliminación de las prerrogativas postales o telegráficas, pero desafortunadamente, la mayoría de ellas incluyeron modificaciones de carácter sustancial que no abonaban de ninguna manera al sistema democrático, sino todo lo contario, constituían elementos sustanciales para su deterioro.

Por ello, a partir de una visión que trata de arribar a la mayor imparcialidad posible, hemos querido destacar los aspectos positivos que la reforma del *Plan B* trajo consigo. Sin filias ni fobias debe verse estos temas desde la mirada académica si queremos lograr un análisis ético sin militancias ni sesgos de ninguna índole.

Así, a estas alturas y una vez resueltos los medios de control constitucional en contra de la citada reforma legal, debemos mantenernos atentos ante posibles futuras reformas constitucionales o normativas de otra índole que puedan menoscabar el sistema electoral mexicano.

En ese sentido, este tipo de temática debemos abordarlas a partir de una teoría que empieza a cobrar relevancia a nivel mundial, pues nos referimos al llamado *constitucionalismo abusivo*. En efecto, todos estos intentos de reformas, primero una fallida de carácter constitucional y otra, la legal, pueden enmarcarse a esa variante particular del constitucionalismo.

El *constitucionalismo abusivo* consiste en la utilización de mecanismos de reforma constitucional destinados a menoscabar el orden democrático mediante el fortalecimiento de la figura del ejecutivo o aminorando el equilibrio de poderes también conocido en la teoría clásica constitucional como el *check and balance*.[73] El autor principal de dicha corriente, David Landau, afirma que dicha noción ayuda a explicar procesos en donde determinados poderes ejecutivos buscan empoderar su función a través de reformas legales que consolidan su poder teniendo ejemplos en países tan diversos como Hungría, Egipto y Venezuela por mencionar algunos[74], pero también Trump en la democracia estadounidense, agregaríamos nosotros.

Cabe señalar que esta noción no es ajena a esta Suprema Corte de Justicia, pues a partir de la labor editorial de su Centro de Estudios Constitucionales se ha explorado que las reformas constitucionales deben ser analizadas más profundamente para que sus alcances no tengan por objeto socavar la democracia, sino por el contrario, fortalecerla y ampliarla.

En ese sentido, es probable que Suprema Corte de nuestro país, en futuros casos, aborde su resolución a partir del *constitucionalismo abusivo*[75] y sería muy importante que

---

73 Landau, David, "Abusive constitutionalism" en *Law Review University of California Davis*, Vol. 47: 189, University of California Davis, p.p. 189-260. Consultable en https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_landau.pdf el 26 de marzo de 2023.

74 *Ibidem.*

75 Dixon, Rosalinda y David Landau, "El constitucionalismo transnacional y una limitada doctrina de enmienda constitucional inconstitucional" en *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, SCJN, México, 2019, p.p. 189-275.

el estudio de controversias o acciones de inconstitucionalidad sean abordados a partir de esa noción. De ahí que actualmente haya autores, que dediquen estudios importantes sobre las reformas constitucionales, sus límites y tipologías.[76] En ese sentido, si ello se predica de las reformas constitucionales con mayor razón de las reformas legales que buscan menoscabar el régimen democrático de un determinado país. Ello debe tomarse en cuanta a partir de las circunstancias de los casos aquí referidos consistentes en diversas reformas constitucionales y/o legales que han buscado cambiar la condición de órgano constitucional autónomo del INE. Al verse frustrado esa vía, es posible que se intenten nuevas formas en otros momentos ante lo cual debemos estar atentos.

VI. FUENTES

a. Doctrinales

Albert, Richard, *Constitutional Amendments, Making, Breaking and Changing Constitutions*, Oxford University Press, New York, 2019, 338 p.p. Para una referencia de ello recomendamos la conferencia dictada en la Escuela Libre de Derecho el 15 de agosto de 2022 consultable en: https://web.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=313668410940968

Cidoncha Martín, Antonio, "Garantía institucional, dimensión institucional y derecho fundamental" en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, 2009, núm. 23.

Dixon, Rosalinda y David Landau, "El constitucionalismo transnacional y una limitada doctrina de enmienda constitucional inconstitucional" en *La justicia constitucional en tiempos de cambio*, SCJN, México, 2019.

García Almaguer, Hamlet, *Foro informativo sobre la reforma electoral*, presentación realizada en diciembre de 2022 en el marco de la discusión de la reforma constitucional y legal electoral en la Escuela Libre de Derecho.

Landau, David, "Abusive constitutionalism" en *Law Review University of California Davis*, Vol. 47: 189, University of California Davis, p.p. 189-260. Consultable en https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_landau.pdf el 26 de marzo de 2023.

Marín, Ángel, "Sobre la visibilización y sus excesos" *en Filosofía & Co*, publicación en línea del 17 de septiembre de 2019. Disponible en: https://filco.es/sobre-la-visibilizacion-y-sus-excesos/

Martín Reyes, Javier y María Marván Laborde, (coord.) *Radiografía del Plan B: La reforma electoral a examen*, IIJ UNAM, México, 2023, núm. 64, Serie Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional.

Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

Valle Aguilasocho, Claudia Bindi, Elena, "Sentenza 1, anno 2014: Corte Constitucional de Italia", *Sentencias Relevantes de Cortes Extranjeras*, trad., Soriano Cienfuegos, Carlos, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2018, núm. 16.

76 Albert, Richard, *Constitutional Amendments, Making, Breaking and Changing Constitutions*, Oxford University Press, New York, 2019, 338 p.p. Para una referencia de ello recomendamos la conferencia dictada en la Escuela Libre de Derecho el 15 de agosto de 2022 consultable en: https://web.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=313668410940968

b. Tesis y jurisprudencia

P./J. 86/2007 de rubro ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. LAS FACULTADES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA DETERMINAR LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTIMATORIAS FRENTE A UN SISTEMA NORMATIVO QUE HA REFORMADO A OTRO, INCLUYEN LA POSIBILIDAD DE ESTABLECER LA REVIVISCENCIA DE LAS NORMAS VIGENTES CON ANTERIORIDAD A AQUELLAS DECLARADAS INVÁLIDAS, ESPECIALMENTE EN MATERIA ELECTORAL publicada en Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, diciembre de 2007, pág. 778.

P.L/2008, de rubro: PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO. PRINCIPIOS CUYO CUMPLIMIENTO SE DEBE VERIFICAR EN CADA CASO CONCRETO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA INVALIDACIÓN DE AQUÉL. SCJN; 9a. Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; TA. Registro digital: 169437

P./J. 36/2009, de rubro: DISPENSA DE TRÁMITES LEGISLATIVOS EN EL ESTADO DE COLIMA. PARA SU PROCEDENCIA DEBEN MOTIVARSE LAS RAZONES QUE LLEVAN A CALIFICAR UN ASUNTO COMO URGENTE. SCJN; 9a. Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; P./J. 36/2009; J. Registro digital: 167521

P./J. 20/2007 de rubro ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, mayo de 2007, pág.1647 Jurisprudencia P./J. 12/2008 de rubro ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, febrero de 2008, pág. 1871.

2a. CLXVI/2017 (10a.) de rubro GARANTÍA INSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 48, noviembre de 2017, Tomo I, pág. 603.

c. Resoluciones

SCJN. Acción de inconstitucionalidad 29/2023 y acumuladas.

SCJN. Acción de inconstitucionalidad 71/2023 y acumuladas.

SCJN. Acción de inconstitucionalidad 142/2023 y acumuladas.

SCJN. Acción de inconstitucionalidad 88/2021.

SCJN. Acción de inconstitucionalidad 61/2008.

SCJN. Controversia constitucional 15/2023.

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racional, Examen de los informes presentados por los Estados parte de conformidad con el artículo 9 de la Convención: Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 80º período de sesiones 13 de febrero a 9 de marzo de 2012. Consultable en https://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/cerd.c.mex.co

d. Recursos digitales

Cámara de Diputaciones. Versión estenográfica de la sesión de 6 de diciembre de 2022. Disponible en: http://cronica.diputados.gob.mx/Ve06dic2022-V.html

Canal del Congreso. "Desechan en San Lázaro reforma constitucional en materia electoral.", 6 de diciembre de 2022. Disponible en: https://www.canaldelcongreso.gob.mx/noticias/16132/Desechan_en_San_Lzaro_reforma_cnstitucional_en_materia_electoral

Diario de los Debates. Cámara de Diputados, 6 de diciembre de 2022.

Informe de labores 2014-2015 de la Sala Regional Especializada del TEPJF. Disponible en: https://www.te.gob.mx/media/files/4190faeb51a00c3.pdf

Informe de labores 2020-2021 de la Sala Regional Especializada del TEPJF. Disponible en: https://www.te.gob.mx/media/files/1c43507e136f113.pdf

Página oficial de la Cámara de Diputados. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SAPI-ASS-11-22.pdf

Presenta Movimiento Ciudadano acción de inconstitucionalidad en contra del Plan B" Disponible en: https://movimientociudadano.mx/boletines/presenta-movimiento-ciudadano-accion-de-inconstitucionalidad-en-contra-del-plan-b

Presenta PAN primera acción de inconstitucionalidad ante SCJN para impugnar Plan B de reforma electoral del presidente" Disponible en: https://www.pan.org.mx/prensa/presenta-pan-primera-accion-de-inconstitucionalidad-ante-scjn-para-impugnar-plan-b-de-reforma-electoral-del-presidente

Senado de la República. Versión estenográfica de la sesión de 14 diciembre de 2022. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/65/version_estenografica/2022_12_14/2288

Senado de la República. Versión estenográfica de la sesión de 22 de febrero de 2023. Disponible en: https://www.senado.gob.mx/65/version_estenografica/2023_2_22/2297

Versión ejecutiva del Informe que, por instrucciones del Consejero Presidente, rinde la Secretaría Ejecutiva al Consejo General del Instituto Nacional Electoral, en relación con la incidencia en la función electoral de los decretos de reforma por los cuales se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de las leyes generales de Comunicación Social, de Responsabilidades Administrativas, de Instituciones y Procedimientos Electorales y de Partidos Políticos, así como de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y por el que se expide la Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral. Disponible en: https://www.ine.mx/informe-sobre-las-implicaciones-del-planb-de-la-reforma-electoral/

FRANCISCO XAVIER CLAVIGERO, S.J. EN LA TRADICIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Alejandro Rosillo Martínez*

RESUMEN: En este artículo se propone realizar una interpretación de la *Historia antigua de México*, de Francisco Xavier Clavijero, jesuita mexicano del siglo XVIII, para descubrir en ella algunos de los fundamentos que caracterizan a la Tradición iberoamericana de derechos humanos. El análisis se centra en las disertaciones, donde el autor defiende a los pueblos originales de América, en contra de las ideas ilustradas que los caracterizaban como seres inferiores y bárbaros.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, tradición iberoamericana, colonialidad, liberación, pensamiento crítico.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ALGUNOS DATOS BIOGRÁFICOS DE FRANCISCO XAVIER CLAVIGERO. 3. LA TENSIÓN ENTRE LA ESCOLÁSTICA Y EL PENSAMIENTO MODERNO. 4. LA TRADICIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA DEFENSA DE LOS INDÍGENAS. 4.1. La *Historia antigua de México*. 4.2. Afirmación de la igualdad y unidad de la humanidad. 4.3. La perspectiva de las víctimas. 4.4. Crítica a la colonialidad del ser, del saber y del poder. 4. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La Tradición iberoamericana[1] es una forma de abordar los derechos humanos que se basa en criterios que están orientados al rescate de una historia de las ideas filosóficas en Latinoamérica y en otras regiones periféricas, planteadas en parte por las corrientes de cuño historicista de la Filosofía de la Liberación.[2] Con estos criterios se pretende realizar una hermenéutica que muestre que, en el territorio americano, la lucha por la dignidad humana y la satisfacción de sus necesidades tienen ciertas características propias de una tradición que, por sus circunstancias, se diferencia de las tradiciones

* Doctor en Derechos humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor investigador de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Correo-e: alejandro.rosillo@uaslp.mx

1 Este tema se ha desarrollado con mayor profundidad en Rosillo Martínez, Alejandro, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, Aguascalientes, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2011; Rosillo Martínez, Alejandro, "Presupuestos para recuperar la tradición hispanoamericana de derechos humanos", en: *Dignitas, Revista del Centro de Estudios de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, no. 10, octubre-diciembre, 2009, pp. 27-53; De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *La tradición iberoamericana de derechos humanos*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2014.

2 Cerutti Guldbert, Horacio, *Filosofía de la liberación latinoamericana,* México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

eurocéntricas de derechos humanos. Al respecto, Jesús Antonio de la Torre Rangel narra lo siguiente:

> ...resulta oportuno reiterar el hecho de que durante una mesa de trabajo en el "II Seminario La Universidad y los Derechos Humanos en América Latina", celebrado en la Universidad Iberoamericana de la ciudad de México en noviembre de 1990, le escuchamos al padre José Aldunate de la Compañía de Jesús hacer una certera afirmación cuando dijo que sobre los derechos humanos existen dos tradiciones teóricas: la de la Ilustración, ligada a la Revolución francesa y a la Independencia de Estados Unidos, de corte eminentemente individualista; y otra tradición que nace en América Latina con Bartolomé de las Casas y el grupo de primeros evangelizadores que pensaban como él, caracterizada por concebir los derechos a partir de los pobres.[3]

Una historia de las ideas que busque recuperar una tradición periférica e invisibilizada por las tradiciones modernas hegemónicas —como es la tradición iberoamericana— no busca, de entrada, los grandes sistemas, sino las ideas y categorías que sirvieron a los seres humanos para analizar, enfrentar y hacerse cargo de los problemas y retos de su realidad específica. Se entiende así a cada filosofía como un conjunto de ideas concebidas, verdaderas o que tienen validez en tanto brindan una respuesta a los problemas que ellas mismas han abierto en su enfrentamiento con la realidad. Por lo tanto, se busca entender a la historia de las ideas, no como una historia inmanente, regulada tan sólo por la estructura de los problemas y de las soluciones filosóficas, sino de situarla en la dinámica total de la realidad y de la praxis humana que se hace cargo de ella. Es decir, una historia de las ideas filosóficas relacionadas con derechos humanos no debe partir de un concepto y unas estructuras a priori, producidas desde contextos históricos y culturales ajenos, sino comprender dichas ideas desde su lugar y su función en la dinámica social, en la defensa de la dignidad humana, en la satisfacción de las necesidades y en el control de los diversos poderes.

En este artículo se realiza una lectura del pensamiento del jesuita Francisco Xavier Clavigero[4], desde la perspectiva de dicha tradición iberoamericana, sobre la base principalmente de su obra *Historia antigua de México*. La mayoría de los estudios en torno a este autor han tratado sobre su tarea como historiador y como uno de los fundadores de la identidad mexicana[5], que posteriormente sería parte de los discursos nacionalistas para fomentar los procesos independentistas del siglo XIX.

---

3 De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Alonso de la Veracruz: amparo de los indios. Su teoría y práctica jurídica,* Aguascalientes, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1998, pp. 91-92. Véase Aldunate, José, "Los Derechos Humanos y la Iglesia Chilena", en: *La Universidad y los Derechos Humanos en América Latina,* México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pp. 123-129.

4 El jesuita escribía su nombre con X (Xavier) y su apellido con G (Clavigero); así se utilizará en este artículo. No obstante, se respetará la escritura con J (Javier o Clavijero) en las citas textuales que así la utilicen.

5 Véase Rico González, Víctor *Historiadores mexicanos del siglo XVIII,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1949; Ortega y Medina, Juan A., "Clavijero en la consciencia historiográfica

Este artículo se desarrolla en tres partes: en la primera, se hace una breve reseña biográfica de Clavigero, sin mayor pretensión que ubicar al lector que no lo conozca; a continuación, se caracteriza el lugar intelectual que Clavigero ocupó en su época, en la tensión entre la segunda escolástica y el pensamiento moderno; y, en tercer lugar, siguiendo su obra *Historia antigua de México*, se analiza la manera en que participa en la tradición iberoamericana de derechos humanos.

2. ALGUNOS DATOS BIOGRÁFICOS DE FRANCISCO XAVIER CLAVIGERO

Francisco Xavier Clavigero nació en la ciudad de Veracruz, en 1731.[6] Su padre don Blas Clavijero era un magistrado español, originario de León, y su madre doña María Isabel Echegaray, una hija de españoles de raíces vascas, nacida en Nueva España. Fue el tercero de once hijos. Vivió parte de su infancia en zonas donde predominaba la población indígena, como Teziutlán (Puebla) y Jamiltepec (Oaxaca), y ahí tuvo la oportunidad de convivir con indígenas; aprendió náhuatl, otomí y mixteco. Sus primeros estudios los realizó en colegios jesuitas de la ciudad de Puebla. En 1746, obtiene el grado de Bachiller en Artes otorgado por la Real y Pontificia Universidad de México. Siguió con un año con estudios de teología, en el colegio de San Idelfonso, donde llega a defender algunas tesis teológicas.

Ingresó como novicio jesuita en Tepotzotlán en 1748, y pronunció sus primeros votos en 1750. Al año siguiente, concluyó con su formación filosófica, en el colegio de San Idelfonso, donde ya había estudiado previamente. En 1751, realizó los estudios teológicos en el Colegio Máximo de México, y fue ordenado sacerdote el 13 de octubre de 1754.

Dentro de sus actividades una vez ordenado sacerdote, destacan las labores de operario y catedrático. Años posteriores a su ordenación, en el colegio de San Gregorio de México fue operario, dedicándose a la educación de indígenas. En 1762, es enviado al colegio de San Francisco Xavier, en la ciudad de Puebla, también dedicado a la educación de población indígena. A finales de ese año, es enviado como profesor de filosofía al colegio de Valladolid. Es destinado al Colegio en la ciudad de Guadalajara, en 1766, para continuar impartiendo su curso de filosofía.

---

mexicana", en: *Estudios de historia novohispánica*, vol. 10, 1991, pp. 289-307; Domínguez, Beatriz Helena, "Clavijero's perception of the America and American's from the exile perspective", *Locus. Revista de historia*, vol. 12, núm. 2, junio-diciembre (2006), 99-115; Trabulse, Elías, "Clavijero, historiador de la ilustración mexicana", en: Martínez Rosales Alfonso (comp.), *Francisco Xavier Clavijero, figura de la ilustración mexicana* 1731-1787, México, Colegio de México, 1988, pp. 48-71.

6 Los datos biográficos se basan principalmente en dos de las principales biografías de Clavijero, la de su contemporáneo Maneiro, Juan Luis, *Francisco Xavier Clavigero, SJ, ilustre universitario constructor de la patria mexicana*, México, Universidad Iberoamericana, 2004, y la moderna más autorizada: Ronan, Charles E., *Francisco Javier Clavigero S.J. (1731-1787). Figura de la Ilustración mexicana; su vida y obras*, Guadalajara, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente-Universidad de Guadalajara, 1993.

En 1767, acontece la expulsión de los jesuitas de los dominios de la monarquía española. En 1770 se refugia, junto con otros jesuitas mexicanos, en Bolonia, que entonces formaba parte de los Estados pontificios, donde vive hasta su muerte. En 1773, es suprimida la Compañía de Jesús. Fallece a los 55 años de edad, el 2 de abril de 1787. Fue enterrado en la iglesia de Santa Lucía, en Bolonia. No fue hasta 1970 que, por intervención del gobierno mexicano, sus restos fueron llevados a México y enterrados en la Rotonda de las Personas Ilustres.

Además del tema histórico, los estudios sobre Clavigero han girado en torno a su contribución en los intentos de renovar la filosofía en Nueva España[7], de su concepción de historia desde una perspectiva teológica[8], y de su fomento a la idea del mestizaje y del indigenismo[9]. Ya que su formación no fue jurídica, no se le incluye dentro de los estudios sobre el Derecho; no obstante, como se verá, sobre todo en las *Disertaciones* de la *Historia antigua de México*, se encuentran principios éticos que se pueden considerar fundamentos de la tradición iberoamericana de derechos humanos.

3. LA TENSIÓN ENTRE LA ESCOLÁSTICA Y EL PENSAMIENTO MODERNO

El contexto intelectual de Clavigero estuvo marcado por la disputa entre la continuidad del currículum clásico, basado en Aristóteles y Santo Tomás, y el cambio hacia la ciencia moderna, siguiendo a Francis Bacon, Isaac Newton y René Descartes.[10] Durante la primera mitad del siglo XVIII, los colegios jesuitas de la provincia mexicana se habían estancado en la enseñanza escolástica, sin tomar en cuenta las ideas que se venían generando en el "Siglo de las luces". No obstante, a partir de la segunda mitad

---

7 Véase Navarro, Bernabé, *La introducción de la filosofía moderna en México,* México, El Colegio de México, 1948; León-Portilla, Miguel, *Humanistas de Mesoamérica,* México, Fondo de Cultura Económica, 2017, pp. 285-298; Mayagoitia, David, *Ambiente filosófico de la Nueva España,* México, Editorial Ius, 1945, pp. 225-232; Brading, David, "Clavijero y la Ilustración", en: Alfaro, Alfonso *et al.* (Coord.), *Francisco Xavier Clavigero, un humanista entre dos mundos. Entorno, pensamiento y presencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 21-44; Ulloa Cárdenas, Conrado, "Obra filosófica de Francisco Xavier Clavigero", en: Alfonso Alfaro *et al.* (Coord.), *Francisco Xavier Clavigero, un humanista entre dos mundos. Entorno, pensamiento y presencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 263-273.

8 Véase Sánchez Ramírez, Rodolfo, "La filosofía de la historia en la *Historia antigua de México* de Francisco Javier Clavijero", en: Esquivel Estrada, Noé Héctor *et al.* (Coord.), *El entrecruce de la racionalidad en el siglo XVIII novohispano: tradición, modernidad y ética*, Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, 2014, pp. 133-171; Reynoso, Arturo, *Francisco Xavier Clavigero. El aliento del espíritu,* México, Fondo de Cultura Económica, 2018; Suárez, Marcela. "Clavijero en la filosofía de la historia", en: *Tempus. Revista de historia de la Facultad de Filosofía y Letras*, UNAM, no. 2, 1993-1994, pp. 115-129.

9 Véase Villoro, Luis, *Los grandes momentos del indigenismo en México,* México, Fondo de Cultura Económica, 1996, 113-163; Cruz Aguilar, Juan José, "La tarea antropológica de Francisco Javier Clavijero", en: Esquivel Estrada, Noé Héctor *et al.* (Coord.), *El entrecruce de la racionalidad en el siglo XVIII novohispano: tradición, modernidad y ética*, Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, 2014, pp. 95-132.

10 Brading, "Clavijero y la Ilustración", *op. cit.*, pp. 24-36.

del siglo XVIII, un grupo de jóvenes jesuitas en formación comenzó a criticar el estilo escolástico de sus profesores y sus argumentos especulativos que se basaban en criterios de autoridad.

Clavigero es parte de ese grupo de jesuitas que buscó renovar la enseñanza de la filosofía, en un contexto donde la Compañía de Jesús insistía en continuar con el uso del contenido aristotélico-tomista, y censurando algunas de las tesis modernas, por ejemplo, de la filosofía de Descartes.[11] A juicio de Reynoso, las Congregaciones generales de la Compañía de Jesús del siglo XVIII muestran una tensión entre ser fieles al sistema tradicional que apoyaba la Iglesia, y mantener un espacio de apertura muy crítica a la ciencia moderna:

> Así, a lo largo del siglo XVIII, la Compañía de Jesús enfrenta la difícil tensión entre dos posturas intelectuales: una que fundamenta sus principios filosóficos teológicos en el sistema tradicional escolástico, y otra que, por el lado de la filosofía natural, busca encontrar explicación a los fenómenos de la naturaleza a partir de la experimentación y cálculos matemáticos; y por el lado de la teología, la orden pretende retomar el estudio de las fuentes bíblicas, patrísticas e históricas, dejando de lado la teología especulativa y la casuística.[12]

No se tienen documentos que muestren la manera en que Clavigero enseñó durante sus primeros años, especialmente en los colegios dedicados a la población indígena. Los escritos que se conocen se refieren a su etapa como profesor de filosofía, en Valladolid y en Guadalajara, de 1763 a 1767. De ese periodo, entre otros documentos, se cuenta con la sección destinada a la *Physica particularis* de su curso de filosofía, y un vejamen titulado *Un banquete*.

En su curso de *Physica particularis*, se ve una tensión entre continuar con la enseñanza tradicional y la incorporación de las ideas modernas. De alguna forma, expone con detalle las posturas ilustradas y modernas, aunque busca la forma de incorporarlas a los postulados escolásticos y tradicionales. De ahí que, algunos autores, consideren que su postura es ecléctica[13], al igual que otros novohispánicos que buscaron la renovación de la filosofía en el siglo XVIII:

> No se pierda de vista, sin embargo, lo más esencial, sin duda, de este eclecticismo: el ser un eclecticismo de tipo cristiano. Si no se tiene esto en cuenta, no se entenderán muchos de sus pensamientos y hechos, ni muchas de sus palabras. No se comprendería, por ejemplo, cómo la aceptación de la verdad —o rechazamiento de lo falso y erróneo, en el caso contrario—, era verificada con dos criterios, uno positivo y principal, y otro negativo y como condición: el primero, la luz natural de la verdad metafísica y sus primeros principios; el segundo, la luz sobrenatural

11 Reynoso, *El aliento…*, *op. cit.*, pp. 138-145.
12 Ídem, p. 145.
13 Ronan, *Francisco…*, *op. cit.*, p. 117.

de la fe: ambos delimitadores de la verdad filosófica y científica, con delimitación directa el uno, e indirecta el otro.[14]

A través de su obra, algunas correspondencias y escritos de sus biógrafos, se puede asumir que, en el ámbito de la física, Clavigero conoce y discute ideas de modernos como Descartes, Kepler, Galileo y Newton; acepta algunas tesis de este pensamiento, y en el caso del sistema tolemaico, muestra cierta simpatía, aunque no total, con el copernicano.[15]

Por otra parte, el vejamen *Un banquete [de la Philosophia]*[16], fue presentado por Clavigero como parte de su curso en el colegio de Guadalajara, aunque se sabe por su correspondencia que lo escribió en Valladolid.[17] El escenario del vejamen es un banquete donde el profesor y sus discípulos probarán diversos platillos en el palacio de su majestad "la Philosophia". Así, los comensales van probando diversos platillos que refieren diferentes posturas filosóficas. De nueva cuenta, en esta obra, se observa la manera en que Clavigero asume ideas modernas, pero buscando la conciliación con el sistema aristotélico-tomista. Pero, si algo queda claro, es que valora de los modernos dos elementos del método: la observación y la experimentación. De ahí que busque seguir fiel a las cuestiones de fe, pero a partir de una demostración que parta de la observación y la experimentación. Como señala Reynoso, "para Clavigero, una vez que se tiene una actitud libre de apegos y prejuicios respecto a autores y sistemas, la observación (experiencia) y el análisis (discernimiento razonado) de diferentes teorías científicas ayudan a elegir aquellas explicaciones que mejor conduzcan al conocimiento de los fenómenos estudiados".[18]

Parte de esta síntesis que logra realizar entre la fe y la modernidad se debe, según Reynoso, a la influencia de la espiritualidad jesuita, aprendida a través de los Ejercicios Espirituales de Ignacio de Loyola: "Quien busca la verdad de los fenómenos naturales, como el que desea encontrar y vivir la voluntad de Dios en su vida, tiene que hacerlo sin ideas o actitudes que de antemano determinen o distorsionen el análisis y el discernimiento en su búsqueda por alcanzar sus propósitos".[19]

Esta postura metodológica, adoptada del pensamiento moderno, se verá claramente reflejada en la *Historia antigua de México*, y en la manera en que Clavigero irá respondiendo las afirmaciones de los autores ilustrados con quienes establece polémica.

---

14 Navarro, *La introducción...*, *op. cit.*, p. 214.
15 Cruz Aguilar, "La tarea...", *op. cit.*, pp. 98-99.
16 El texto completo y traducido de este vejamen se encuentra en Reynoso, *El aliento...*, *op. cit.*, pp. 505-521.
17 Ídem, p. 187.
18 Ídem, p. 198.
19 Reynoso, Arturo, "Personalidad y pensamiento teológico en la obra de Francisco Xavier Clavigero", en: Alfaro, Alfonso *et al.* (coord.), *Francisco Xavier Clavigero, un humanista entre dos mundos. Entorno, pensamiento y presencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 235.

4. LA TRADICIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN LA DEFENSA DE LOS INDÍGENAS

¿Por qué puede considerarse a Francisco Xavier Clavigero como exponente de la Tradición iberoamericana de derechos humanos? Es cierto que su praxis y su obra no es tan explícita en el área del Derecho como pueden serlo en personajes como Bartolomé de Las Casas[20], Alonso de la Veracruz[21] o Vasco de Quiroga[22]. No obstante, diversos criterios que expresa a través de su obra, muestran la cercanía a este pensamiento y a estas praxis. También refleja una conciencia de que su momento histórico y su historia personal, le imponen una manera diferente de hacerse cargo de la defensa de los indios.

Así, por ejemplo, Clavigero se propone como objeto principal la verdad al abordar la historia antigua de México, y sobre la conquista de México señala: "Al referir los acontecimientos de la conquista que hicieron los españoles, me aparto igualmente del panegírico de Solís que de la invectiva del ilustrísimo señor Las Casas, porque no quiero adular a mis nacionales ni tampoco calumniarlos".[23] Pero aclara a nota a pie de página que no está acusando a Las Casas de calumniador, sino que en su pluma lo sería pues él no está en la posición de "arrebatado de piadoso celoso en favor de los indios".[24] Es decir, comprende perfectamente que una gran parte de la obra de Las Casas está en función de una defensa de los pueblos indios, lo que le condiciona sus argumentos pues persiguió finalidades muy concretas[25], y en cambio él tiene otros objetivos: demostrar las falsedades que los ilustrados hacen al enjuiciar a los indígenas.

A pesar de hacer esta advertencia en el prólogo de la *Historia*, en varias páginas refiere al y se fundamenta en el pensamiento de Las Casas y otros defensores de indios del siglo XVI. Por ejemplo, en cuanto a la igualdad y a la capacidad de los indígenas, Clavigero hace referencia a la carta de fray Garcés al papa Paulo III, y a los memoriales de Las Casas a los reyes Carlos I y Felipe II. Es tal su cercanía con los criterios del obispo de Chiapas, que Ibarra considera que la molestia del censor Muñoz a la obra de Clavigero estaba en función de que "se acercara a los puntos de vista de Bartolomé de Las Casas".[26] Por otra parte, al criticar el juicio de Pauw de considerar personas sin gratitud a los indígenas, Clavigero refiere a Vasco de Quiroga, y señala que

> trabajó infinitamente en favor de los michoacanenses, instruyéndolos como apóstol y amándolos como padre; fabricó templos, fundó hospitales y asignó a cada lugar de los indios un ramo principal de comercio, para que su recíproca dependen-

20 Rosillo, *Los inicios...*, *op. cit.*, pp. 69-274.
21 Ídem, pp. 275-412.
22 Ídem, pp. 413-564.
23 Clavijero, Francisco Javier, *Historia antigua de México,* México, Porrúa, 2009, p. XXII.
24 Ídem, p. XXII.
25 Véase de la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El uso alternativo del derecho en Bartolomé de las Casas,* San Luis Potosí, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006.
26 Ibarra, "La recepción ...", *op. cit.*, p. 305.

> cia los tuviese unidos a la caridad, se perfeccionasen las artes y a ninguno faltase modo de vivir. La memoria de tales beneficios se conserva tan viva entre aquellos americanos después de más de dos siglos, como si todavía viviese su bienhechor.[27]

Como se observa, entre las fuentes que consultó Clavigero, estaban los defensores de indios del siglo XVI, sobre los cuales expresa su acuerdo y simpatía. Pero no solo eso, sino que, como se verá, continúa con los mismos fundamentos éticos, solo que ahora los usa en función de buscar la verdad contra las visiones ilustradas sobre América.

4.1. La *Historia antigua de México*

La *Historia antigua de México* es escrita en Italia, durante el exilio que Clavigero sufre por consecuencia de la expulsión, y posterior disolución, de la Compañía de Jesús. Su objetivo principal, según su autor, es servir a su patria y demostrar la verdad ante las falsedades que sobre América y su población realizan diversas obras de pensadores ilustrados. Critica a Cornelius de Pauw, en sus *Investigaciones filosóficas sobre los americanos* (1771), pero también a George-Louis Leclerc Buffon por su *Historia natural* (1747); a Guillaume-Thomas Raynal por su *Historia filosófica de las Indias* (1770, 1774, 1781) y a William Robertson por su *La historia de América* (1777).

La *Historia* está dividida en diez libros y nueve disertaciones. El libro I es un tratado de historia natural y geografía de México. Del libro II al V, realiza la historia de los diversos pueblos que han ocupado el valle del Anáhuac, desde los toltecas y chichimecas, hasta los aztecas o mexicanos (mexicas). El libro VI describe la religión de los aztecas, abordando sus dioses, sus templos, sus fiestas, su arte religioso, sus ritos, sus sepulcros. El libro VII abarca diversas instituciones sociales de los mexicas, como la familia, el gobierno, las leyes, la milicia, los tributos, la ganadería, el arte, etc. De los libros VIII a X aborda desde la llegada de los españoles hasta la consumación de la conquista de Tenochtitlán.

La última parte de la *Historia* son las nueve disertaciones, donde se enfoca el interés en este análisis, y en la que entabla la polémica con los autores ilustrados que habían escrito sobre América. En la primera disertación, discute sobre los orígenes de los pobladores de América; en la segunda, realiza diversas consideraciones sobre las principales épocas de la historia de México; en la tercera, discute sobre el clima y la calidad de la tierra, a partir de una supuesta inundación que defendía Buffon, diferente y más reciente que el Diluvio bíblico; en la cuarta disertación, analiza la fauna de México, criticando los juicios que algunos ilustrados hacían sobre ella; en la quinta, central para el tema de este artículo, discute sobre la constitución física y moral de los mexicanos; en la sexta, defiende el nivel cultural de los mexicanos, y discute temas como las leyes y la lengua, y el uso de la moneda, del fierro, y de la escritura; en la séptima

27 Clavijero, *Historia...*, *op. cit.*, p. 737.

disertación, aborda el tema de los confines y la población de los reinos del Anáhuac; en la octava, polemiza sobre la religión de los aztecas; y, por último, en la novena discute sobre si el "mal francés" había tenido su origen en América.

Como hace notar Cruz Aguilar[28], Clavigero se encontró en un contexto intelectual donde estaban en pugna dos concepciones antropológicas del ser humano; ambas, propias de la Ilustración. Por un lado, la concepción del ser humano civilizado, establecida en *Del espíritu* de Claude Adrien Helvetius; el ser humano debe usar su razón para luchar contra la naturaleza, y superar así el estado salvaje o primitivo; es el camino del progreso, el paso del estado bárbaro al social. Las sociedades evoluciones desde un estado de naturaleza, pasando luego a un estado de guerra, para finalmente lograr un estado de civilización. En este tránsito, las instituciones políticas, jurídicas y religiosas son fundamentales para lograr el progreso. Por otro lado, está la concepción del ser humano en estado natural, conocida como "el buen salvaje" de Jean Jacques Rousseau; el orden natural es el que permite la igualdad entre todos los seres humanos y que permite una vida auténtica y libre, pues el ser humano civilizado vive y muere en esclavitud; la naturaleza debe ser la guía para una educación libre.

Estas dos perspectivas marcaron en gran parte la forma en que, el siglo XVIII, quisieron los ilustrados comprender al continente americano. Aquéllos que los veían en un estado salvaje, sin la capacidad de progresar, es decir, que eran bárbaros; y aquéllos que generaban imágenes idealizadas de los nativos, proyectando en ellos el ideal natural de Rousseau. En efecto, esto es fundamental para realizar la lectura de la *Historia* desde la perspectiva de la Tradición iberoamericana de derechos humanos pues, como señala Domínguez, "la controversia de Clavigero con Pauw y Buffon, mucho más que una disputa, es una contienda contra una forma de interpretar el mundo y la historia"[29]. La perspectiva de Clavigero no puede encerrarse en ninguna de estas dos posturas, sino que, partiendo de su experiencia y observación, busca mostrar cómo son en realidad América y sus habitantes, intentando superar los prejuicios eurocéntricos; aunque, cabe señalar, en muchas ocasiones su visión cristiana de la historia, le impidió superar estos prejuicios de forma radical.

Tomando en cuenta lo anterior, se realizará una lectura de la *Historia,* principalmente de las *Disertaciones*, donde se destacarán los criterios a partir de los cuales Clavigero critica las afirmaciones de los ilustrados contra América y sus pobladores. Estos criterios serán aquellos que se consideran parte de la Tradición iberoamericana, y que, como se verá, continúan el legado de los primeros defensores de indios del siglo XVI.

---

28 Cruz Aguilar, "La tarea…", 103-105.

29 Domínguez, Beatriz Helena, "Clavigero y la Ilustración. Consideraciones sobre América y los americanos desde la perspectiva del exilio", en: Alfaro, Alfonso *et al.* (Coord.), *Francisco Xavier Clavigero, un humanista entre dos mundos. Entorno, pensamiento y presencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 288.

4.2. Afirmación de la igualdad y unidad de la humanidad

La afirmación de la igualad y la unidad de la humanidad es uno de los fundamentos de la Tradición iberoamericana de derechos humanos que se ha desarrollado desde el siglo XVI. Paradigmática al respecto es la "Controversia de Valladolid", como se le conoce a la polémica sostenida entre Las Casas y Ginés de Sepúlveda, y que marcó un punto culmen en relación al conflicto sobre la naturaleza de los indios: ¿Son seres humanos en toda la extensión de la palabra o son seres con capacidades inferiores que deben ser guiados y educados por quienes poseen una cultura superior? La manera de responder a esta pregunta por parte de Las Casas se hace desde la perspectiva de las víctimas y reconociendo su alteridad[30]; en cambio, Sepúlveda argumenta desde una perspectiva eurocéntrica e imperial y desde su mismidad, desde una totalidad que pretende reducir al otro a sí mismo[31].

La igualdad de los seres humanos entre sí es defendida por Clavigero, en su *Historia*, con base en dos elementos: a) el común origen de todos los pueblos; y b) la naturaleza y capacidad del alma de los americanos.

En primer lugar, los ilustrados consideraban que los pobladores de América no provenían del mismo origen que los demás pueblos, en especial, de los del Antiguo Continente. En cierta forma, argumentaban que eran derivados de los pueblos existentes en otras partes; lo que explicaría en parte su falta de desarrollo y capacidad. En cambio, Clavigero sostiene que los pueblos de América tienen el mismo origen que los demás pueblos, es decir, que tienen los mismos orígenes bíblicos. Así, sostiene que en "la tradición de los mismos americanos, [...] en sus pinturas y sus cánticos se decían descendientes de los hombres que se salvaron de la general inundación".[32] Por lo tanto, considera falsa la idea de otra inundación, más reciente, que diferenciaría el origen de los pobladores de América con el resto del mundo: "Debemos, pues, desechar la pretendida inundación de América como una de las quimeras filosóficas inventadas por los inquietos talentos de nuestro siglo, pues entre los americanos no hay memoria de otra inundación, sino de la universal de que hacen mención los Libros Santos".[33]

También afirma que la población de América desciende de diversas familias dispersas después de la "confusión de las lenguas", pues considera que la variedad de lenguas que hay en México no pueden provenir de una única lengua madre: "Puedo afirmar, sin peligro de engarme, que no se encontrará ni entre las vivas ni entre las lenguas muertas de Europa, dos más diversas entre sí que la mexicana, la *otomí,* la *tarasca*, la *maya* y la *mixteca*, cinco lenguas dominantes en diversas provincias del reino de México".[34]

---

30 De Las Casas, Bartolomé, *Apología,* Madrid, Editorial Nacional, 1975.
31 De Sepúlveda, Juan Ginés, *Apología,* Madrid, Editora Nacional, 1975.
32 Clavijero, *Historia...*, *op. cit.*, p. 605.
33 Ídem, p. 651.
34 Ídem, p. 610.

En segundo lugar, el trabajo de observación de Clavigero busca desmentir las afirmaciones de la incapacidad de los indígenas, que argumentaban los autores europeos. En el libro primero de la *Historia,* al tratar sobre el carácter de los mexicanos y demás habitantes del Anáhuac, afirma:

> Sus almas son en lo radical como las de los demás hombres, y están dotados de las mismas facultades. Jamás han hecho menos honor a su razón los europeos, que cuando dudaron de la racionalidad de los americanos. La policía que vieron los españoles en México, muy superior a la que hallaron los fenicios y cartagineses en nuestra España, y los romanos en las Galias y en la Gran Bretaña, debía bastar para que jamás se excitare semejante duda en un entendimiento humano, si no hubieran contribuido a promoverla ciertos intereses injuriosos a la humanidad. Sus entendimientos son capaces de todas las ciencias, como lo ha demostrado la experiencia.[35]

En las *Disertaciones,* hay una serie de polémicas donde es claro que defiende la igualdad de los indígenas en cuanto a su capacidad. En este sentido, Pauw afirmaba que los originales de América tienen "una memoria tan débil, que hoy no se acuerde de lo que hicieron ayer; un ingenio tan obtuso, que no son capaces de pensar ni ordenar sus ideas, una voluntad tan fría, que no sienten los estímulos del amor, un ánimo opacado y un genio estúpido e indolente".[36] Contra esta afirmación, como ya se mencionó, Clavigero hace referencia a Las Casas y a fray Julián de Garcés.

Sobre Las Casas, además del memorial a Felipe II, hace alusión a la controversia con Sepúlveda, y cita: "Tienen —dice— los indios la mente tan buena y el ingenio tan agudo y tanta docilidad y capacidad para las ciencias morales y especulativas, y son por la mayor parte tan racionales en su gobierno político, como se ve en muchas de sus leyes justísimas…"[37]. Por otra parte, refiere la carta de fray Julián Garcés, primero obispo de Tlaxcala, al papa Paulo III (1536), y señala que "después de diez años de continua experiencia y observación ocular de los americanos, entre los muchos elogios con que celebra su buena índole y loas dotes de sus almas, alaba su ingenio y en cierto modo lo ensalza sobre el de los españoles".[38]

4.3. La perspectiva de las víctimas

Un principio generador de la Tradición iberoamericana consiste en el lugar social desde donde parte: la perspectiva de las víctimas. Ante el proceso de conquista y colonización, personajes del siglo XVI, como Las Casas, Veracruz y Vasco de Quiroga, a pesar de ser europeos, cristianos y, en algunos momentos, funcionarios de la Corona españo-

35 Ídem, p. 63.
36 Ídem, p. 723.
37 Ídem, p. 724.
38 Ídem, p. 725.

la, tuvieron la suficiente sensibilidad para asumir una visión diferente a la dominante; esto lo hicieron, ciertamente, sin dejar de ser occidental. Sus discursos no utilizan categorías del pensamiento de los pueblos indígenas, sino que se vale de la filosofía europea. Pero parte de su novedad y su importancia se encuentra en que usaron las herramientas teóricas de que disponía desde *la perspectiva de las víctimas*. Y es aquí donde se fundamenta su crítica a la Modernidad, y en sentido amplio la construcción de su pensamiento crítico. Es decir, se sustentan argumentos desde las principales corrientes de la época, pero a partir de la creatividad que les posibilitaba el momento histórico en que se vivían y, sobre todo, por minimizar su "neutralidad" a favor de la protección de la vida y la libertad de los indios.

Para muchos europeos del siglo XVI —así como también para los del siglo XVIII que criticó Clavigero—, la manera de enfrentar al nuevo otro que se les había aparecido, era negándolo como ser humano y reduciéndolo a "bárbaro", y por lo tanto el único trato correcto era ejercer violencia para así lograr "civilizarlo". Y no sólo hablamos del Imperio español, sino de todos los demás imperios occidentales que fueron surgiendo con el transcurso de los años. La mayoría de los pensadores modernos han sido eurocéntricos, y siempre han pensado desde la metrópoli; el ejemplo clásico del siglo XVI es el ya mencionado Ginés de Sepúlveda. En cambio, lo "moderno" de Las Casas, Veracruz, Vasco de Quiroga e, incluso Clavigero, no sólo está en utilizar ciertas categorías filosóficas, sino en ubicarse en la perspectiva de las primeras víctimas de la Modernidad/Colonialidad y realizar desde ahí la crítica.

Esta ubicación permite realizar una filosofía y una teología geopolíticamente ubicada en la naciente periferia colonial; en efecto, la Tradición iberoamericana busca pensar la realidad desde la dialéctica periferia-centro / colonia-metrópoli, la cual sólo puede ser pensada integralmente desde las víctimas, pues desde los dominadores se invisibiliza o se soslayan —en el mejor de los casos— las consecuencias efectuadas en el centro debido a la explotación de la periferia, o se realiza una filosofía que termina siendo ideológicamente funcional para justificar el sistema colonial.

Este principio generador se encuentra también en Francisco Xavier Clavigero. Aunque hay quien lo ha calificado como un "indigenista de café"[39], su opción por asumir la perspectiva de las víctimas es claramente expresada en la *Historia* y también su biografía lo confirma. Su compañero y biógrafo, Juan Luis Maneiro señala que, desde su infancia, debido a los nombramientos reales que recibió el padre, Clavigero tuvo la oportunidad "de tratar íntimamente a los indígenas, de conocer muy a fondo sus costumbres y modo de ser, y de investigar con sumo cuidado todos los productos tan especiales de aquellas tierras en todo lo que se refiere a plantas, animales o minerales."[40] En 1754, antes de ser ordenado sacerdote, Clavijero solicita a sus superiores poder ser

39 Gómez Fregoso, Jesús *Clavijero, aportaciones para su estudio y ensayo de interpretación,* Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1979, p. 99.

40 Maneiro, *Francisco Xavier Clavigero…*, *op. cit.*, p. 28.

misionero en California.[41] De los trece años que ejerce su ministerio en la provincia mexicana, seis años los dedicó a la educación de indígenas, en los colegios de San Gregorio (México) y de San Francisco Xavier (Puebla).

En la *Historia*, funda su perspectiva desde el trato directo que tuvo con los indígenas, a diferencia de los autores ilustrados que enjuician desde Europa:

> Yo, por el contrario, traté íntimamente a los americanos; vivía algunos años en un seminario destinado a su instrucción; vi la erección y los progresos del real colegio de Guadalupe, fundado en México por un jesuita mexicano para la educación de niñas indias; tuve después algunos indios entre mis discípulos; traté a muchos párrocos americanos, a muchos nobles y a muchísimos artesanos; observé atentamente su carácter, genio, inclinaciones y modo de pensar, y, a más de esto, he examinado con mucha diligencia su historia antigua, religión, gobierno, leyes y costumbres.[42]

Clavigero reconoce la pluralidad cultural de México, y otros países de América. Al hablar de la constitución física y moral de los mexicanos, establece cuatro clases: los "americanos propios", y señala que vulgarmente se les conoce como "indios"; los que vienen de los otros continentes (europeos, asiáticos y africanos); los "criollos", que serían hijos o descendientes de los venidos de otros continentes y que no se han mezclado, aunque en sentido estricto señala que se le suele aplicar a los hijos de europeos; y las razas mezcladas, "llamadas por los españoles castas".[43] Considera que los indígenas son quienes merecen llamarse propiamente americanos, y que vulgarmente se les da el nombre de "indios"; y los define como "los que descienden de los antiguos pobladores del Nuevo Mundo y no han mezclado su sangre con la de los pueblos del Antiguo Continente".[44] Para el jesuita veracruzano, Pauw menosprecia e infamia a todos los habitantes de América, pero deja en claro cuál es la perspectiva que le interesa, es decir, la perspectiva de las víctimas, reconociéndoles en su alteridad:

> hablaremos solamente de los que escriben contra los americanos propios, pues éstos son los más injuriados y más indefensos. Si al escribir esta disertación nos moviera alguna pasión o interés, hubiéramos emprendido más bien la defensa de los criollos, como que a más de ser mucho más fácil, debía interesarnos más. Nosotros nacimos de padres españoles y no tenemos ninguna afinidad o consanguinidad con los indios, ni podemos esperar de su miseria ninguna recompensa. Y así ningún otro motivo que el amor a la verdad y el celo por la humanidad nos hace abandonar la propia causa por defender la ajena con menos peligro de errar.[45]

41 Reynoso, *El aliento...*, *op. cit.*, p. 133.
42 Clavijero, *Historia...*, *op. cit.*, p. 732.
43 Ídem, p. 711.
44 Ídem, p. 711.
45 Ídem, p. 711.

Por último, en el mismo sentido de mostrar esta opción por la perspectiva de la víctima, se puede destacar un aspecto sobre el proceso de la publicación en castellano de la *Historia*. Un censor para la obra que nombró el Consejo de Indias fue, como ya se mencionó, Juan Bautista Muñoz, real cosmógrafo de Indias. En uno de sus dictámenes dirigidos a Gálvez, "insistió en que Clavigero había sido a veces parcial al mirar con buenos ojos a los nativos, y en cambio se mostraba intransigente con los conquistadores".[46] El mismo Muñoz señalaba en 1787 que Clavigero se mostraba "excesivamente apasionado de los mexicanos naturales, exagera su saber y cultura, especialmente en los antiguos, es demasiado benigno acerca de sus vicios y horrores. A esta preocupación de que adolecieron gran parte de los primitivos misioneros es consiguiente la poca indulgencia en cuanto a los hechos de los conquistadores y nuevos pobladores".[47]

4.4. Crítica a la colonialidad del ser, del saber y del poder

La Tradición iberoamericana de derechos humanos, al asumir una perspectiva geopolíticamente localizada, tiene como criterio hermenéutico el giro descolonizador. Este implica, entre otras cosas, realizar una crítica a la colonialidad del ser, del saber y del poder. Solo desde esta crítica, es posible comprender los derechos humanos desde el *otro*, es decir, desde aquél que es victimizado por las estructuras de la colonialidad.

Aníbal Quijano afirma que la colonialidad "es uno de los elementos constitutivos y específicos del patrón mundial del poder capitalista"[48]. Se trata de un concepto que, aunque guarde relación, es diferente a "colonialismo". La colonialidad significa que, a partir de 1492, se inició un proceso donde la división internacional del trabajo se realizó entre periferias y centros, y con un gran énfasis la jerarquización étnico-racial de las poblaciones. El concepto de raza sirvió para crear nuevas identidades que se relacionaron con los roles dentro de las nuevas estructuras económicas; es decir, se impuso una división racial del trabajo:

> En el curso de la expansión mundial de la dominación colonial por parte de la misma raza dominante —los blancos (o a partir del siglo XVIII en adelante, los europeos)— fue impuesto el mismo criterio de clasificación social a toda la población mundial a escala global. En consecuencia, nuevas identidades históricas y sociales fueron producidas: amarillos y aceitunados (u oliváceos) fueron sumados a blancos, indios, negros y mestizos.[49]

---

46 Ibarra, "La recepción…", *op. cit.*, p. 303.

47 Ídem, p. 305.

48 Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder y clasificación social", *Journal of World-Systems Research*, VI, 2, summer/fall, Special issue, Festchrift for Immanuel Wallerstein – Part I, 2000, p. 93.

49 Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en: Palermo, Zulma y Quintero, Pablo (eds.), *Aníbal Quijano. Textos de fundación*, Buenos Aires, Ediciones del Signo, 2014, p. 109.

Se trata de la instauración de un nuevo patrón de poder mundial y una nueva intersubjetividad mundial. La colonialidad del poder, del ser y del saber son las estructuras que clasifican a la población por criterios de clase, raza y género. Este proceso no ha concluido con la finalización formal del régimen político del colonialismo, sino continúa y estamos en una transición hacia la colonialidad global:

> Colonialidad se refiere a la continuidad de las formas coloniales después del fin de las administraciones coloniales y las estructuras del sistema-mundo moderno/colonial/capitalista que articula la periferia en la división del trabajo internacional, a las estrategias políticas de los grupos subalternos y a la inscripción de los migrantes del Tercer Mundo en la jerarquía racial/étnica de las ciudades globales metropolitanas.[50]

A diferencia de Las Casas y demás exponentes iniciales de la Tradición iberoamericana, Clavigero se enfrenta a unas estructuras de colonialidad más afianzadas. En el siglo XVIII, el eurocentrismo se había solidificado, y en gran parte gracias a la razón ilustrada. En este sentido, las críticas que realiza a los autores europeos en la *Historia* pueden comprenderse como un enfrentamiento a la colonialidad del ser, del saber y del poder.

La *colonialidad del ser* significa la negación del colonizado como ser humano. Su ser se ubica en el lado del no-ser, se le considera un bárbaro, un incivilizado, y si de alguna manera quiere pasar al lado del ser, deberá, irremediablemente, parecerse al colonizador, subsumirse en su totalidad, que tiene el atributo del ser.

La discusión ilustrada sobre la naturaleza de América era una expresión de esta colonialidad. En el siglo XVIII, dominaba la concepción de que el ambiente físico y natural, marcaba las cualidades morales del ser humano; es decir, la composición física marcaba la composición moral, y por lo tanto del ser.[51] En este sentido, la visión ilustrada establecía claramente a Europa como modelo universal, o en palabras de Clavigero, Europa debía ser, según la legislación de Pauw, el modelo de todo el mundo.

A continuación, se transcribe un fragmento de una de las *Disertaciones* de la *Historia*, donde queda clara la manera en que la narrativa ilustrada creaba un imaginario sobre la naturaleza de América que tenía la función de ubicar en el ámbito del no-ser a sus habitantes:

> Cualquiera que lea la horrible descripción que hacen algunos europeos de América, u oiga el injurioso desprecio con que hablan de su tierra, su clima, sus plantas, sus animales y sus habitantes, se persuadirá de que el Nuevo Mundo es verdaderamente una tierra maldita y destinada por el cielo para suplicio de malhechores.

---

50 Grosfoguel, Ramón, *Sujetos coloniales. Una perspectiva global de las migraciones caribeñas,* Quito, Abya-Yala, 2012, p. 13.

51 Clavijero, *Historia...*, *op. cit.*, p. 740.

> Si damos crédito a Buffon (*Hist. Nat.,* t. IV), la América es un país enteramente nuevo, apenas salido de bajo las aguas que lo habían anegado; un continuo pantano en sus llanuras, una tierra inculta y cubierta de bosques aun después de poblada por los europeos, más industriosos que los americanos, o embarazado por montañas inaccesibles, que no dejan más que un pequeño espacio de tierra para el cultivo y habitación de los hombres; tierra infeliz, bajo un 'cielo avaro', en la cual todos los animales trasladados del Antiguo Continente han degenerado, y los propios de su clima son pequeños, deformes, débiles y privados de armas para su defensa.
>
> Si damos crédito a Paw (que copia en gran parte las opiniones de Buffon, y, cuando no las copia, multiplica y aumenta los errores), la 'América ha sido generalmente, y es aún hoy día, un país muy estéril', en el que han degenerado todas las plantas de Europa, a excepción de las acuáticas y jugosas; su terreno pestilente produce más plantas venenosas que todas las otras partes del mundo... 'Su tierra, o embarazada con las montañas o cubierta de bosques y pantanos, no presenta más que un inmenso y estéril desierto'; su clima es muy contrario a la mayor parte de los cuadrúpedos y, sobre todo, "pernicioso a los hombres, embrutecidos, debilitados y viciados de una manera sorprendente en todas las partes de su organización" (*Recherches philosophiques sur les américains,* part. 1.).[52]

América se ubica en el ámbito del no-ser al grado que todo lo que provenga de Europa, se degenera. El argumento de Buffon y Pauw se basa en una pretendida inundación de América mucho más reciente que el Diluvio bíblico. Por eso, "de esta reciente inundación nace, según dice Buffon, la malignidad del clima de América, la esterilidad de su terreno, la imperfección de sus animales y la frialdad de los americanos".[53] Contra estos juicios de la naturaleza de América, que implicaban la degradación del no-ser de sus habitantes, se enfrenta Clavigero. En este sentido, bien señala Luis Villoro que es una "rebelión decidida contra una Europa-arquetipo; pretensión de una igualdad de derechos"[54].

En diversas partes de la *Historia*, a partir de la observación y documentación de la naturaleza y el clima de América, Clavigero va demostrando las falsedades de los autores europeos. Y, de hecho, al criticar el método de Pauw, muestra cómo tiene una función de sólo justificar ideológicamente la superioridad del ser europeo, negando el ser americano, pues "si algún filósofo de Guinea emprendiese una obra sobre el modelo de la de Paw, con el título *Investigaciones filosóficas sobre los europeos*, podría valerse del mismo argumento de Paw para demostrar la malignidad del clima de Europa y las ventajas del de África".[55]

La *colonialidad del saber* implica la negación a los colonizados para ser sujetos de conocimiento. El colonizado no es capaz de producir conocimiento y, a lo más, puede

52 Ídem, p. 644.
53 Ídem, p. 645.
54 Villoro, *Los grandes...*, *op. cit.*, p. 118.
55 Clavijero, *Historia...*, *op. cit.*, pp. 653-654.

aprender e imitar los saberes del colonizador. La razón del colonizado no existe, y solo el colonizador, a través de su razón que es universal, puede acceder a la verdad. De ahí que las estructuras sociales impiden que el colonizado puede generar saberes: "Pero es muy difícil, por no decir imposible, hacer progresos en las ciencias en medio de una vida miserable y servil y de continuas incomodidades".[56]

Clavigero se enfrenta a la colonialidad del saber en las críticas que los autores europeos realizan sobre la inteligencia y los conocimientos de los pueblos indígenas: "Muchos, concediendo a los mexicanos una grande habilidad para la imitación, se la niegan para la invención. Error vulgar que se ve desmentido en la historia antigua de la nación".[57] Ante la negativa de la capacidad intelectual de los americanos, el jesuita veracruzano afirma tajantemente:

> Después de una experiencia tan grande y de un estudio tan prolijo, por el que creo poder decidir con menos peligro de errar, protesto a Paw y a toda Europa que las almas de los mexicanos en nada son inferiores a las de los europeos; que son capaces de todas las ciencias, aun las más abstractas, y que si seriamente se cuidara de su educación, si desde niños se criasen en seminarios bajo buenos maestros y si se protegieran y alentaran con premios, se verían entre los americanos, filósofos, matemáticos y teólogos que pudieran competir con los más famosos de Europa.[58]

Clavigero reconoce la capacidad de generar conocimientos por parte de los pueblos indígenas, y de hecho se lamenta de todo el desperdicio de saberes que se dio ante la destrucción de los códices indígenas, sobre todo en lo relativo al conocimiento de la naturaleza, y por eso hace un llamado a su recuperación:

> ¿A quién no moverá a compasión el ver que de tantos tesoros que se gastan pródigamente y con lujo ruinoso en ostentación y delicias, no se destina una parte a fundar Academias de Naturalistas que descubran y utilicen los dones que con tanta liberalidad les ha franqueado el Creador? Este empleo de tanto honor y provecho aseguraría la subsistencia y ocuparía útilmente a tanta gente baldía, que por no tener en qué emplearse pasa la vida en el ocio más ignominioso.[59]

Como parte de la colonialidad del saber, se encuentra la imposición de las lenguas imperiales. Negar la capacidad de generar conocimiento a las lenguas de los colonizados, ha sido una de las estrategias contantes de los colonizadores. De hecho, el crítico a la obra de Clavigero, Ramón Diosdado "muestra un gran desprecio por las lenguas indígenas, inclinándose hacia la supresión del náhuatl y la castellanización de los habitantes para fortalecer la unidad del imperio. Niega que los indios tuvieran conocimientos astronómicos y la interpretación del calendario azteca le pareció 'una fantasía'"[60]. Por

56 Ídem, p. 733.
57 Ídem, p. 63.
58 Ídem, p. 732.
59 Ídem, p. 29.
60 Ibarra, "La recepción…", *op. cit.*, p. 310.

su parte, Pauw afirmaba que las lenguas de América "son tan estrechas y escasas de palabras, que no es posible explicar en ellas ningún concepto metafísico".[61] A esto, Clavigero responde que aprendió "la lengua mexicana y la oí hablar a los mexicanos muchos años, y sin embargo, no sabía que fuera tan escasa de voces numerales y de términos significativos de ideas universales, hasta que vino Paw a ilustrarme".[62]

Clavigero defiende y demuestra la capacidad de contar y de generar conocimiento de la lengua mexicana. Si bien señala que esta lengua no tenía voces para explicar conceptos como materia, sustancia, accidente y semejantes —al igual que otras lenguas europeas no los tenían—, cuenta con una gran cantidad de conceptos metafísicos:

> Los mexicanos antiguos, porque no se ocupaban en el estudio de la metafísica, son excusables por no haber inventado voces para explicar aquellas ideas; pero no por esto es tan escasa su lengua en términos significativos de cosas metafísicas y morales (…); antes aseguro que no es tan fácil encontrar una lengua más apta que la mexicana para tratar las materias de la metafísica, pues es difícil de encontrar otra que abunde tanto en nombres abstractos…[63].

Para demostrar lo anterior, presenta un vocabulario bastante amplio de palabras metafísicas y morales del náhuatl. Y lo mismo señala sobre otras lenguas americanas, como el otomí, matlatzinca, mixteca, zapoteca, totonaca y popoluca.[64]

La *colonialidad del poder* se refleja en una distribución del trabajo y del acceso a los bienes de vida por criterios de género, raza y clase. De hecho, una de las novedades del sistema moderno-colonial fue la distribución de la población a través del criterio de la raza, referida inicialmente al fenotipo y a otros aspectos físicos, y en especial, al color de la piel. Como señala Aníbal Quijano, "la idea de raza es, con toda seguridad, el más eficaz instrumento de dominación social inventado en los últimos 500 años".[65]

Clavigero es consciente de que esta clasificación social es parte de los argumentos de los autores europeos:

> Si en los animales [Paw] notó la falta de cola, en los hombres censura la falta de pelo. Si en los animales halló deformidades notables, en los hombres vitupera el color y las facciones. Si creyó que los animales eran menos fuertes que los del Antiguo Continente, afirma igualmente que los hombres son debilísimos y que están sujetos a mil enfermedades causadas por la corrupción de aquel aire y de aquel terreno pestilente.[66]

---

61 Clavijero, *Historia…*, *op. cit.*, p. 769.
62 Ídem, p. 770.
63 Ídem, p. 772.
64 Ídem, p. 774.
65 Quijano, Aníbal, "¡Qué tal raza!", en: Palermo, Zulma y Quintero, Pablo (eds.), *Aníbal Quijano. Textos de fundación*, Buenos Aires, Ediciones del Signo, 2014, p. 96.
66 Clavijero, *Historia…*, *op. cit.*, p. 712.

Ante este tipo de argumentos, señala que la capacidad de los indígenas no corresponde con los juicios de los autores europeos. Así, afirma que "del color de éstos [los americanos] no se puede formar argumento alguno contra el Nuevo Mundo"[67]. También señala que

> yo no pretendo que sean los americanos más fuertes que los europeos. Pueden ser menos fuertes, sin ser por esto positivamente débiles y sin haber degenerado en ellos la especie humana. Los suizos son más fuertes que los italianos, y no por esto creemos que los italianos han degenerado, ni menso acusamos el clima de Italia.[68]

Clavijero enumera la gran cantidad de actividades que realizan los indígenas, y señala "ellos son los que llevan todo el peso de los trabajos públicos como es notorio en todas las provincias de aquel gran reino. Esto hacen los débiles, poltrones e inútiles americanos, mientras que el vigoroso Paw y otros infatigables europeos se ocupan en escribir invectivas contra ellos".[69] Como se señaló anteriormente, la ideal del progreso comenzaba a dominar. La dicotomía barbarie — civilización era parte de la concepción dominante de la historia. En este sentido, y siguiendo de alguna manera los argumentos de Las Casas en la "Controversia de Valladolid", Clavigero define de la siguiente manera a los bárbaros:

> Bárbaros y salvajes llamamos hoy día a los hombres que, conducidos más por capricho y deseos naturales que por la razón, ni viven congregados en sociedad, ni tienen leyes para su gobierno, ni jueces que ajusten sus diferencias, ni superiores que velen sobre su conducta, ni ejercitan las artes indispensables para remediar las necesidades y miserias de la vida; los que, finalmente, no tienen idea de la Divinidad, o no han establecido el culto con que deben honrarla.[70]

A partir de esta definición, demuestra que los pueblos indígenas no son bárbaros ni salvajes, pues han tenido leyes, gobierno, sociedades, religión, y demás instituciones sociales. Es decir, se opone a la visión de los autores europeos de "racializar" el concepto de bárbaro o salvaje, y hacerlo valer en relación con la constitución natural y física de América.

4. CONCLUSIÓN

Dentro la tensión entre la segunda escolástica y el pensamiento moderno, Clavigero fue capaz de aplicar un método histórico, con el cual, a partir de ciertos criterios éticos, recupera el pasado de los pueblos indígenas con una intención política: afirmar la igualdad de todos los seres humanos, y denunciar las estructuras de colonialidad que han colocado a los pueblos indígenas en una situación de explotación y opresión.

---

67 Ídem, p. 713.
68 Ídem, p. 719.
69 Ídem, p. 721.
70 Ídem, p. 743.

Es por eso por lo que, como se ha visto a través de estas líneas, se puede considerar al pensamiento del jesuita veracruzano como parte de la Tradición iberoamericana de derechos humanos.

Clavigero conoció la obra de los primeros defensores de indios del siglo XVI; además de considerarlos fuentes históricas fiables, asume sus criterios éticos para juzgar y defender a las culturas indígenas. No obstante, en el siglo XVIII, las estructuras de colonialidad que habían iniciado a instaurarse un par de siglos antes, se encuentran más afianzadas. Una muestra de esto, son las visiones ilustradas que sobre América y sus habitantes desarrollan diversos autores europeos, donde la colonialidad del ser, del saber y del poder se hace presente. Ante esto, Clavigero recupera el pasado mexicano para oponerse a los argumentos que justificaban esas relaciones de colonialidad.

BIBLIOGRAFÍA

Aldunate, José, "Los Derechos Humanos y la Iglesia Chilena", en: *La Universidad y los Derechos Humanos en América Latina*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1992, pp. 123-129.

Brading, David, "Clavijero y la Ilustración", en: Alfaro, Alfonso *et al.* (Coord.), *Francisco Xavier Clavigero, un humanista entre dos mundos. Entorno, pensamiento y presencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 21-44.

Cerutti Guldbert, Horacio, *Filosofía de la liberación latinoamericana,* México Fondo de Cultura Económica, 1992.

Clavijero, Francisco Javier, *Historia antigua de México,* México, Porrúa, 2009.

Cruz Aguilar, Juan José, "La tarea antropológica de Francisco Javier Clavijero", en: Esquivel Estrada, Noé Héctor *et al.* (Coord.), *El entrecruce de la racionalidad en el siglo XVIII novohispano: tradición, modernidad y ética*, Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, pp. 95-132.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Alonso de la Veracruz: amparo de los indios. Su teoría y práctica jurídica,* Aguascalientes, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1998.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *El uso alternativo del derecho en Bartolomé de las Casas.* San Luis Potosí, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *La tradición iberoamericana de derechos humanos,* México: Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2014.

De Sepúlveda, Juan Ginés, *Apología,* Madrid, Editora Nacional, 1975.

Domínguez, Beatriz Helena, "Clavigero y la Ilustración. Consideraciones sobre América y los americanos desde la perspectiva del exilio", en: Alfaro, Alfonso *et al.* (Coord.), *Francisco Xavier Clavigero, un humanista entre dos mundos. Entorno, pensamiento y presencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 283-286.

Dominguez, Beatriz Helena, "Clavijero's perception of the America and American's from the exile perspective", *Locus. Revista de historia*, vol. 12, núm. 2, junio-diciembre, 2006, 99-115.

Gómez Fregoso, Jesús, *Clavijero, aportaciones para su estudio y ensayo de interpretación,* Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 1979.

Grosfoguel, Ramón, *Sujetos coloniales. Una perspectiva global de las migraciones caribeñas,* Quito, Abya-Yala, 2012.

Las Casas, Bartolomé de, *Apología,* Madrid, Editorial Nacional, 1975.

León-Portilla, Miguel, *Humanistas de Mesoamérica,* México, Fondo de Cultura Económica, 2017.

Maneiro, Juan Luis, *Francisco Xavier Clavigero, SJ, ilustre universitario constructor de la patria mexicana,* México, Universidad Iberoamericana, 2004.

Mayagoitia, David, *Ambiente filosófico de la Nueva España,* México, Editorial Ius, 1945.

Navarro, Bernabé. *La introducción de la filosofía moderna en México.* México: El Colegio de México, 1948.

Ortega y Medina, Juan A., "Clavijero en la consciencia historiográfica mexicana", *Estudios de historia novohispánica*, vol. 10, 1991, pp. 289-30.

Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder y clasificación social", *Journal of World-Systems Research*, VI, 2, summer/fall, Special issue, Festchrift for Immanuel Wallerstein – Part I, 2000.

Quijano, Aníbal, "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en: Palermo, Zulma y Quintero, Pablo (Eds.), *Aníbal Quijano. Textos de fundación*, Buenos Aires, Ediciones del Signo, 2014, pp. 105-151.

Quijano, Aníbal, "¡Qué tal raza!", en: Palermo, Zulma y Quintero, Pablo (Eds.), *Aníbal Quijano. Textos de fundación*, Buenos Aires, Ediciones del Signo, 2014, pp. 96-104.

Reynoso, Arturo, "Personalidad y pensamiento teológico en la obra de Francisco Xavier Clavigero", en: Alfaro, Alfonso *et al.* (Coord.), *Francisco Xavier Clavigero, un humanista entre dos mundos. Entorno, pensamiento y presencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 231-247.

Reynoso, Arturo, *Francisco Xavier Clavigero. El aliento del espíritu,* México, Fondo de Cultura Económica, 2018.

Rico González, Víctor, *Historiadores mexicanos del siglo XVIII,* México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1949.

Ronan, Charles E. *Francisco Javier Clavigero S.J. (1731-1787). Figura de la Ilustración mexicana; su vida y obras,* Guadalajara, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente-Universidad de Guadalajara, 1993.

Rosillo Martínez, Alejandro. "Presupuestos para recuperar la tradición hispanoamericana de derechos humanos". *Dignitas, Revista del Centro de Estudios de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, no. 10, octubre-diciembre, 2009, pp. 27-53;

Rosillo Martínez, Alejandro, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos,* Aguascalientes, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2011.

Sánchez Ramírez, Rodolfo, "La filosofía de la historia en la *Historia antigua de México* de Francisco Javier Clavijero", en: Esquivel Estrada, Noé Héctor *et al.* (Coord.), *El entrecruce de la*

racionalidad en el siglo XVIII novohispano: tradición, modernidad y ética, Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, pp. 133-171.

Suárez, Marcela, "Clavijero en la filosofía de la historia", *Tempus. Revista de historia de la Facultad de Filosofía y Letras*, UNAM, no. 2, 1993-1994, pp. 115-129.

Trabulse, Elías, "Clavijero, historiador de la ilustración mexicana", en: Alfaro, Alfonso *et al.* (Coord.), *Francisco Xavier Clavigero, un humanista entre dos mundos. Entorno, pensamiento y presencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 48-71.

Ulloa Cárdenas, Conrado, "Obra filosófica de Francisco Xavier Clavigero", en: Alfaro, Alfonso *et al.* (Coord.), *Francisco Xavier Clavigero, un humanista entre dos mundos. Entorno, pensamiento y presencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 263-273.

Villoro, Luis, *Los grandes momentos del indigenismo en México,* México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA TEORÍA POLÍTICA CONSTITUCIONAL

Ricardo J. Sepúlveda Iguíniz

...la sociedad civil y el Estado fungen como dos momentos necesarios, separados pero contiguos, diferentes pero interdependientes, del sistema social en su complejidad y en toda su articulación.
Norberto Bobbio

RESUMEN: El artículo analiza algunos de los conceptos fundamentales de la Teoría Política, tales como el poder, la política, la legitimidad, la sociedad civil, la persona y la democracia, añadiendo la perspectiva de la Teoría Constitucional y planteando las dificultades epistemológicas frente a los retos del Estado constitucional actual.

ABSTRACT: The essay analyzes some of the fundamental concepts of the Political Theory, such as power, politics, legitimacy, civil society, person and democracy, adding the perspective of the Constitutional Theory and raising the epistemological difficulties before the challenges of the current constitutional State.

PALABRAS CLAVE: Sociedad civil, política, legitimidad, poder, persona, derechos humanos, democracia.

SUMARIO: 1. NOTA INTRODUCTORIA. 2. LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES. 2.1. La política. 2.2. El Poder. 2.3. La legitimidad. 2.4. Persona. 2.5. Sociedad civil. 2.6. La democracia. 3. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. NOTA INTRODUCTORIA

Este artículo forma parte de una serie de ensayos que nos hemos comprometido a elaborar consecutivamente, para constituir a la postre, la base de un futuro texto o manual de Teoría Política Constitucional.[1]

La novedad de esta materia, así como su particular perspectiva, reclaman de un denodado esfuerzo de configuración teórica; para ello, es necesario desarrollar una investigación —teórica y práctica—; literatura, y mucho trabajo de reflexión. Este artículo forma parte de esta tarea.

1 El primero de ello se publicó en el núm. 44 de la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, con el título de *Hacia un Texto de Teoría Política Constitucional.*

Cabe añadir, que como en otras ocasiones, la participación de las alumnas y alumnos del grupo 2º C de la Escuela Libre de Derecho, que cursan esta materia resulta fundamental. Con sus participaciones, reflexiones y opiniones han ayudado a enriquecer lo que aquí se sintetiza. En este artículo, particularmente quiero hacer un reconocimiento a las alumnas y alumnos del curso 2022-2023.

2. LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES

El estudio de la Teoría Política Constitucional, como ciencia autónoma para el estudio del Estado Constitucional, requiere de los elementos propios de toda ciencia, como son el método, la taxonomía, un mecanismo de evaluación, unos indicadores y demás piezas que le permiten construir un pensamiento con un rigor suficiente, como para poder aportar conclusiones de carácter científico, es decir, objetivas y demostrables.

Precisamente por ello, es necesario partir de una base de conceptos fundamentales que le den armonía y coherencia a sus análisis. Este es el sentido de seleccionar lo que podríamos llamar los conceptos fundamentales de la Teoría Política Constitucional, que representan premisas conceptuales más que materia de estudio. Son conceptos transversales que impactan en toda esta ciencia.

Bajo esta perspectiva consideramos a los siguientes:

a) La política

b) El poder

c) La legitimidad

d) La persona

e) La sociedad civil

f) La democracia

La razón de incluir específicamente estos seis conceptos, la daremos al analizarlos de manera particular, aunque podríamos hacer mención de algunas de sus características comunes.

Se trata de conceptos que sirven de base para el análisis de la Teoría Política Constitucional, es decir, son elementos necesarios para hacer un análisis integral de las instituciones del Estado constitucional actual; por poner algunos ejemplos, no podemos entender el principio de división y equilibrio de órganos de poder si no partimos de un concepto claro de poder, o bien, no resulta viable analizar la legitimidad de los tribunales constitucionales actuales, si no se cuenta con un concepto de legitimidad, o, es poco científico analizar el concepto de universalidad de los derechos humanos,

si no partimos del reconocimiento de la dignidad de la persona humana, como nos lo proporciona la antropología filosófica.

Desde esta perspectiva, son conceptos que sirven de base y que inciden en el análisis de las instituciones del Estado constitucional actual.

2.1. La política

Para iniciar queremos hacer la aclaración de que en este tema tomaremos como hilo conductor, la exposición de Giovanni Sartori en su libro de Teoría Política. Consideramos que resulta un análisis que recoge por un lado el desarrollo histórico del concepto, y por el otro su entendimiento en la actualidad.

El primer aspecto a resaltar es la radical diferenciación entre el concepto vertical y el horizontal de la política, Acudiendo al concepto griego de ser humano como *zoon politikón*, Sartori hace notar que la inclusión del término *política* en este caso no tiene que ver con el ejercicio del poder, que suele ser el objeto de la actividad política, sino con su dimensión social, que vendría a ser la horizontal. El interés de Aristóteles, autor de este término, no fue el de definir a la *política* sino al *ser humano*.[1] Resulta especialmente persuasiva esta diferenciación, ya que si bien, de ella podría partirse a relacionar el término política con el de sociabilidad, en ningún momento este fue el sentido del análisis aristotélico, sino que fue resultado de sus glosadores posteriores.

De aquí que tenemos que aceptar este matiz al momento de relacionar la política con la sociabilidad humana. Efectivamente, al afirmar que el hombre (la persona) es por naturaleza político, lo que enfatizaba Aristóteles era su sociabilidad, pero no por ello quería definir a la política como mera tendencia a lo social. De aquí que no podamos llegar a esta identificación en la concepción griega. Lo único que sí podemos inferir es su connotación horizontal durante dicho periodo. En ese sentido podríamos afirmar que durante esta época se dio una *despolitización de la sociedad* o, también le podríamos llamar, una *socialización de la política.* [2]

El concepto vertical, que tiene que ver con el ejercicio del poder, se dio mucho después, en el siglo XVI, con autores como Maquiavelo o Bodino, quienes empezaron a utilizar, para estudiar la política, términos relacionados con el ejercicio del poder, tales como *regnum, dominium, principatum*.[3] No cabe duda de que las luchas de poder entre el papado y los príncipes orientó el análisis hacia el fundamento y la dinámica del poder, más que sobre los temas de las relaciones sociales. Lo mismo la pugna habida entre provincias, familias y autoridades.

---

1 Sartori, Giovanni, *La política,* México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 203
2 Idem, p. 206.
3 Corresponde a los contractualistas haber subrayado el pacto social como elemento constitutivo de la política. Cfr. Idem, p. 213

Este giro, que llega a nuestros días, ha modificado la orientación del concepto de la política hacia el ejercicio del poder como su objeto, lo que, hasta cierto punto, resulta una reducción de sus alcances y de su sentido.

Sin embargo, esto no hizo que se abandonara por completo el sentido social de la política, ya que posteriormente, con los contractualistas, nos encontramos precisamente esta doble manera de entenderla como pacto (contrato), o como cesión (dominio). En el pensamiento de sus autores fundamentales, como Locke, Rosseau o Montesquieu, hay una distinción y a la vez una relación entre el *pactum subjectionis* y el *pactum societatis*.

Esta ambivalencia nos habla de la complejidad que tiene en sí mismo el término, sin embargo, hay otros factores que lo hacen aún más intrincado. Si consideramos a la política como el ejercicio del poder, nos percatamos que existen otros *poderes* y que no son parte de la política, como el poder económico, el religioso, el familiar, etc. Lo que hace necesario encontrar otro elemento distintivo. El esfuerzo por distinguir el poder político del poder religioso fue sin duda un primer paso muy importante, pero insuficiente. El devenir del concepto de la política ha estado centrado más en el esfuerzo de distinguirla más que de definirla.

A Maquiavelo se le considera el artífice de la desmoralización de la política, y por lo tanto de su emancipación, como un concepto propio y autónomo. A partir de hoy el esfuerzo ha estado orientado a lograr su autonomía respecto de la sociedad misma. El surgimiento de la sociología (Comte 1798-1857) hace aún más complejo el proceso, ya que el análisis más detallado de la sociedad lleva a descubrir que en ella interactúan muchas otras fuerzas que si bien, no son la acción política, no se les puede separar de ella. De aquí que Sartori, afirme que con pensamiento de Comte se haya llegado a un pansociologismo.[4]

Efectivamente, en la sociedad se interrelacionan las fuerzas morales, las económicas, las religiosas, y en ese entramado se da la actividad política. ¿Hasta qué punto es posible darle autonomía con respecto al resto de los factores que determinan la conducta social?

Otro factor que ha influido es de la proliferación del uso del término a partir del siglo XVIII. Como lo señala Sartori, el concepto durmió y estuvo prácticamente fuera de la discusión cultural, por casi dos milenios, y de manera abrupta ha venido a ocupar todos los espacios de discusión social, pasando a una etapa de masificación, *la masificación de la política*, donde no solo se multiplican los espacios, sino la apropiación del término por parte de las masas. Obviamente esto complica aún más la posibilidad de darle identidad y claridad al concepto.

Una de las manifestaciones de esta necesidad de elasticidad y flexibilidad del concepto de política, es la utilización del término *sistema político*¸ en sustitución del término

4 Idem, p. 215.

Estado y de sus instituciones. Este impulso arrollador de la política nos obliga a aceptar que no toda la actividad política se da dentro del Estado y de sus instituciones, no es algo exclusivo de éste, porque el Estado mismo ha ido flexibilizando sus fronteras y ha dejado de ser una institución cerrada y rígida, para pasar a ser el sustrato de un cúmulo de fenómenos de diversa índole.

Coincidimos con Sartori y con quienes afirman que los esquemas excesivamente formales para tratar de entender los problemas políticos no resultan ya suficientes y se requiere, por lo mismo, de la complementariedad que aportan las distintas visiones provenientes de otras ciencias. Esto profundiza el reto que acompaña a la política para ser una realidad verdaderamente autónoma y diferenciada. Sin embargo, no podemos soslayar que la dinámica social nos ha llevado a este punto y que la respuesta que se dé debe estar basada en las problemáticas reales.

Por otro lado, nos distanciamos de quienes en este intento tratan de pragmatizar el análisis buscando los comportamientos humanos frente y desde el poder. Siempre han existido este tipo de aproximaciones, que se convierten en una especie de lista de consejos para quien pretende ejercer la política, con verdadera eficacia.[5] La utilidad práctica que tienen estos esfuerzos de sistematización, no nos puede impedir reconocer sus límites y sus evidentes limitaciones.

Nos parece que los esfuerzos que se deben realizar en la actualidad para conceptualizar la política, como actividad humana, debe estar impregnada de los elementos valorativos que son parte hoy de las nuevas exigencias de la Teoría Política Constitucional, por ejemplo, las que provienen del reconocimiento y protección de derechos humanos.

Otro de los elementos que ha dificultado la conceptualización de la política es su descrédito, su pérdida de legitimidad. Este es un fenómeno mundial al que se puede considerar inclusive, una crisis de valor. La política es considerada como una actividad perversa y que se desempeña en beneficio propio y en perjuicio de la sociedad. A este punto se ha llegado, por supuesto, no de manera gratuita o aleatoria, han sido muchas las causas que han dado pie a esta convicción, precisamente por ello nos encontramos ante un reto de reivindicación de la política como actividad orientada al bien de las personas, y no como una técnica o habilidad de quienes saben imponerse a los demás.

La crisis de la democracia que es actualmente reconocida por múltiples instituciones de estudios políticos, y que ha dado lugar al confuso escenario político actual, tiene como antecedente, entre otros, el del descrédito de la política como actividad humana.

---

5 Así encontramos autores de diferentes épocas como Julio Mazarino en el Siglo XVII, cfr. Mazarino, Julio, *Breviario de los Políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985; otro ejemplo es el texto de Baltazar Gracián, *El arte de la prudencia*, México, 2012, Ed. Paidós; uno más es el de Azorín, *El político,* México, 2007, Universidad Juárez del Estado de Durango

Contrasta de una manera muy llamativa el momento de descrédito que vivimos en la actualidad (siglo XXI) con la casi sacralidad con la que se consideraba la política en la época antigua, en la que se le señalaba como la más noble de todas las actividades humanas. Esto es, sin duda, un motivo de reflexión y análisis sobre el replanteamiento que debe hacerse sobre la actividad política.

En resumidas cuentas, la política enfrenta tanto una crisis de identidad como una de autonomía, sin embargo, esto no es exclusivo de este concepto sino de otros propios de las ciencias sociales, pensemos en la economía, o en la misma sociología, que es exactamente y hasta donde abarca la actividad económica, o la de la sociedad, son extremos difíciles de delimitar. En opinión de Sartori las alternativas se dividen en tres, o bien la extinción, es decir, la subsunción de la política en otra estructura social, o bien, el triunfo, es decir, su cabal autonomía o, por último, el eclipse, es decir, su dilución, pérdida de fuerza.[6] La alerta resulta preocupante, pero a la vez, es realista, para su solución propone el mismo autor reenfocar el estudio de los conceptos no en razón de su objeto, sino de la estructura en que se desarrollan.

2.2. El Poder

El segundo concepto que abordaremos es el del poder, un concepto propio, sin duda, de la Teoría Política, pero que es también abordado por otras ciencias, como la filosofía, la sociología, la psicología, entre otras.

Como lo mencionamos en el apartado anterior, la política tiene una relación indisoluble con el ejercicio del poder, al grado que podría considerarse su objeto material. La política es el ejercicio del poder en el Estado, podríamos decir. En ese sentido, nos pareció adecuado tratar primero el concepto de política, que es la esencia misma de la Teoría Política, para posteriormente abocarnos a qué es eso que le da contenido a la política, es decir, el poder. Ahora bien, no todo ejercicio de poder cae dentro de la acción política, ya que el poder también se ejerce en el ámbito de otras relaciones sociales, como podrían ser las religiosas, las privadas, etc.

Dicho esto, lo que corresponde es analizar el poder como poder político, sin embargo, para ello consideramos que es necesario partir del concepto general de poder, como un fenómeno de las relaciones humanas y a partir de ahí identificar las particularidades en el ámbito político. Esta ruta es la que nos parece más adecuada para poder profundizar en el núcleo del poder y entender su dinamismo.

Existen muchas formas de aproximarse al concepto de poder, esto da lugar a tres teorías fundamentales, tal como lo expone Bobbio (1985),[7] la sustancialista, la subjetivista y la relacional. La primera se refiere a la capacidad de obtener un objetivo

6 Sartori, Giovanni, op. cit. p. 234.
7 Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad,* México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 101.

deseado (Rusell), la subjetivista es la que define el poder como la capacidad de conseguir un efecto, como el poder que tiene el fuego de producir calor. Esta concepción puede ser trasladable al poder jurídico, como la capacidad de hacer exigible un derecho. La tercera es la que se refiere a la capacidad de que tiene una persona de influir sobre la decisión o la acción de otra o de otras. Esta es la más utilizada en el discurso político actual y, en nuestra opinión, la que más se acerca a un concepto esencialista del poder.

Hacemos énfasis en lo que significa un concepto esencialista del poder, ya que la tendencia actual muchas veces se centra en el análisis fenomenológico del poder político, sin hacer suficiente referencia al sentido mismo del poder. Nuestra propuesta es vincular más el análisis del poder y de sus problemas prácticos, con su razón de ser.

En ese sentido, debemos de partir del mismo hecho de que el poder es una consecuencia de la sociabilidad y de la libertad humanas. Las personas al relacionarse generan una serie de interacciones que implican la superposición de voluntades, en donde unas influyen sobre otras, esto genera el fenómeno del mando. Precisamente de aquí es de donde deriva la relación entre poder y autoridad, uno como objeto y otro como sujeto, si bien a veces se les utiliza indistintamente. La autoridad ejerce el poder.

Aunque este tema es parte de un posterior análisis, la autoridad también es un tema para la Teoría Política, ya que constituye uno de los elementos del Estado y es la causa formal de todo grupo social. Su relación con el tema del poder es por demás evidente.

No podemos obviar que el poder es también una pasión humana que se manifiesta en lo que los antiguos denominaban *hybris*, que puede ser traducido como deseo de sobresalir,[8] dominar a los otros y no ser dominado por nadie. Este aspecto del poder, que no es el único ni el más sobresaliente, es el que explica muchas de las desviaciones en el ejercicio del poder político y, en buena medida, muchos de los episodios de la historia política de la humanidad.

Sin embargo, lo que nos interesa aquí, es tratar de identificar con precisión los elementos constitutivos del poder. De esta forma lo que se observa respecto a la perspectiva relacional es que, por naturaleza, los seres humanos imponen su voluntad, unos sobre la de otros, este es, desde nuestro punto de vista, la esencia del fenómeno de poder. ¿El por qué sucede, cómo y para qué?, son las preguntas que corresponde hacerse y, a partir de ahí aplicarlo al ámbito de lo político.

El que una voluntad se imponga sobre otra, si bien es un hecho natural y ordinario, no significa que no esté relacionado con determinadas circunstancias. Tal es el caso del poder que se ejerce por las autoridades constituidas socialmente. Aquí es donde aparece como una importante interrogante, no ya quién ejerce el poder, sino cómo se

8 Yepes Stork, Ricardo, *Fundamentos de Antropología,* España, 1996, EUNSA, p. 237.

ejerce, porque es en este punto donde encontramos las grandes inquietudes que se han tratado a lo largo de la historia.

Para los griegos, el ejercicio del poder, para que tenga verdadero resultado y sea conforme a la libertad humana, debe hacerse a través del diálogo, la inteligencia, la persuasión. Aristóteles definía la persuasión, como el arte de convencer de lo posible y conveniente, [9] a esto le llamaban retórica.

En el otro extremo está el poder impuesto por la fuerza, independientemente del tipo de fuerza de que se trate. Es un poder sin razón y sin libertad.

Un concepto de poder basado en la persuasión resulta muy acorde con los propósitos actuales de la Teoría Política moderna, que postula los valores de la pluralidad, el consenso y, en resumidas cuentas, la democracia.

Existen otros criterios que la Teoría Política ha ido identificando, a lo largo de la historia, como propios del poder político. Uno de ellos es el componente de la fuerza que puede ser utilizado por el Estado (autoridad civil) para hacerse obedecer. Esta es la visión original de quien fue el primer autor del concepto del poder soberano, Jean Bodin. Hay que recordar que su argumentación estuvo sesgada por la pugna entre el poder religioso y el poder civil, y en su visión, el elemento de la fuerza era uno de los distintivos entre ambos tipos de poder o autoridad.

En el mismo sentido, Hobbes añadió el elemento de la exclusividad en el uso de la fuerza, lo mismo que Weber, quien definió al Estado, desde este enfoque, como el detentador del monopolio de la coacción física. Este concepto ha continuado hasta hoy, con autores como Kelsen, Almond y Powell, etc.[10]

A este respecto, cabría hacer un primer comentario. Si bien el uso de la fuerza es un elemento que puede corresponder al poder político, no es esencial, ni el más característico. Desde nuestro punto de vista es una característica externa y extraordinaria, la mayor parte de las acciones del Estado se realizan y se cumplen sin el ejercicio de la fuerza física.

Lo que justifica el poder del Estado es su fin, en ese sentido preferimos orientar el análisis del poder con este enfoque. Este fue el sentido del análisis que hacía Aristóteles al clasificar el poder en tres: el poder del padre, el del amo y el del gobernante, en razón del sujeto a quien se quiere beneficiar en el ejercicio de poder. Esta clasificación permitió a Aristóteles llegar a las formas puras e impuras del poder, en razón de quién se quisiera beneficiar. En el mismo sentido Locke propuso clasificar el poder en razón de su legitimidad, la cual puede provenir *ex natura, ex delicto y ex contractu*. En el caso del poder político su legimitdad proviene del pacto o de la voluntad.

---

9 Idem, p. 249.
10 Bobbio, Norberto, op. cit. p. 110.

En opinión de Bobbio estas clasificaciones axiológicas resultan poco realistas y no permiten distinguir el poder político de los otros poderes (religioso, económico, social) por eso no resulta útil.

Nos apartamos de esta opinión, ya que, si bien no es una clasificación única, debe tenerse presente, puesto que, al concentrarse solo en los aspectos externos, genera un concepto de poder amoral y meramente pragmático, que queda desvinculado de su razón de ser.

A este respecto, resulta importante el análisis que hace Bobbio sobre la primacía de la política. Desde su punto de vista, la razón de Estado se fundamenta en esta primacía que los hace estar por encima de los principios morales y de los bienes individuales.[11] Citando a Hegel, refiere que esta primacía es ética y que resulta indispensable para la existencia del Estado.

La evolución que ha tenido el Estado y su debilitamiento frente a otras formas de organización social, obligan a replantear los fundamentos del poder y, desde nuestro punto de vista a reenfocarlo hacia sus fines.

La aparición del movimiento de los derechos humanos, como un elemento definitorio del Estado Constitucional actual, señala unos límites objetivos y precisos al ejercicio del poder, que trasladan el análisis hacia un enfoque personalista, es decir hacia la relación entre persona y Estado.

El último aspecto que abordaremos en el tema de poder, es el de su límite y su control. Para ello, acudiremos a la histórica discusión de si el poder es, por naturaleza, limitado o ilimitado. Los ejemplos sobran de quienes han abusado del poder político, en todas las épocas y lugares. De ahí ha surgido la convicción de que el poder tiene un germen de desviación intrínseco y que por lo mismo hay que establecer controles. Sobre el control del poder existen hoy prolijos estudios, tanto en el ámbito de la Teoría Política como la Constitucional.

Sin embargo, con una mirada más detallada y profunda podemos llegar, como lo hace Valadés (1998)[12] a la conclusión contraria, es decir a la consideración de que el poder es intrínsecamente limitado y que el control es inherente y no algo externo o superpuesto. Nosotros nos adherimos a este punto de vista, ya que, si bien el poder puede desviarse o abusarse de él, esto no es parte de su verdadero sentido, de hecho el poder, para ejercerse con efectividad, requiere de legitimidad y esta implica que se someta a normas que lo limitan, por eso, como concluye Valadés, todo poder por ende, tiende a ser limitado.

11 Idem, pp. 114-117.
12 Valadés, Diego, *El Control del Poder*, México, UNAM, 1998, pág. 24.

2.3. La legitimidad

Otro de los conceptos transversales para la Teoría Política Constitucional, es de la legitimidad, como la característica del poder que hace posible que este sea acatado, cumplido y aceptado.

La legitimidad es aquella característica del poder que le hace ser aceptado por quienes se encuentran sometidos a él. Así hay poderes (autoridades) legítimas y poderes (autoridades) ilegitimas. La diferencia está en su aceptación o justificación. En ese sentido, resulta fundamental preguntarse de dónde deriva esta característica, cómo se integra, cómo se genera y cómo se pierde.

Conviene insistir en el carácter de condicionante esencial para el funcionamiento de una autoridad y el ejercicio del poder. Sin legitimidad, el poder no tiene ningún impacto. Se convierte en fuerza física, en abuso, en violación a derechos. Es necesario, al menos, un grado mínimo de legitimidad para que pueda tener aplicación real.

En ese sentido, al adentrarse y estudiar este tema, es importante analizar aspectos como la legitimidad parcial, los rangos de legitimidad y el dinamismo que tiene esta característica del poder.

Para empezar, hay que señalar que han existido muchas formas de explicar la génesis y las diversas manifestaciones de legitimidad, algunas de ellas las mencionamos al hablar del poder.

Consideramos que una de ellas, que puede servir como planteamiento inicial, es la que hace Ferrero, citado por Valadés [13] esquematizando los distintos escenarios que se pueden presentar según se dé la combinación de los dos elementos fundamentales de la legitimidad, por un lado la legalidad, y por otro el consentimiento. La legalidad caracteriza al gobernante y el consentimiento al gobernado.[14]

De esa forma, la franja de legitimidad, va desde la ilegitimidad llana hasta la plena legitimidad, de una forma gradual. En las fases intermedias se pueden dar fenómenos de *prelegitimidad* y de *quasilegitimidad*. Como lo dice Valadés, parafraseando a Ferrero, la prelegitimidad de produce cuando el poder tiene un origen legitimo pero la sociedad no lo admite y la cuasilegitimidad tiene un origen ilegitimo, pero goza de aceptación social, como si lo tuviera.[15]

De una manera gráfica se podría presentar así:

13 Idem, p. 18.
14 Idem, p. 21.
15 Ibidem.

Origen y ejercicio del poder	Consentimiento y aceptación	Resultado
legalidad	favorable	legitimidad
ilegalidad	adverso	ilegitimidad
legalidad	favorable	prelegitimidad
ilegalidad	adverso	quasilegitimidad

De lo anterior, se pueden hacer algunas valoraciones. En primer lugar, una que resulta central en la evolución de la Teoría Política, es la necesaria distinción entre legalidad y legitimidad, como algo real, fáctico. La otra es que si bien los dos elementos resultan fundamentales, hay una ligera diferencia, ya que la prelegitimidad (que es cuando falta la aceptación) puede derivar en una legitimidad, en cambio la quasilegitimidad es un estadio de desviación del poder, por lo que no puede evolucionar hacia un escenario de legitimidad, a menos que se sanara la irregularidad, que puede estar en el origen del modo como se accedió al poder, o en las características de su ejercicio.

Existen otras formas de analizar el fenómeno de la legitimidad, y cuyo valorar radica en entender su comportamiento. Cabe sin duda reconocer que existe un alto nivel de volatilidad en los rangos o niveles de legitimidad de que goza una autoridad, de modo que puede subir, bajar, crecer o perderse en poco tiempo y ante aparente falta de factores objetivos. Pero por otro es claro, que hay criterios de predictibilidad que permiten observar constantes en el ejercicio de poder. Si bien, algunos gobiernos o autoridades pueden atraer niveles altos de aceptación, a pesar de desviaciones o manipulaciones en el ejercicio del poder, esto siempre será algo provisional, ya que el ejercicio racional y justo del poder siempre será exigido por la sociedad.

La razón de esta ambivalencia obedece, en parte, a la multifactorialidad del fenómeno de la legitimidad. Esta, en realidad proviene de una mezcla de razones y circunstancias de distinta naturaleza. Esto es lo que a lo largo de la historia ha pretendido explicar autores como Platón, Aristóteles, San Agustín, Bodin, Rosseau y más recientemente Weber.

De estas clasificaciones se pueden extraer factores como el de la efectividad en el ejercicio del poder, que más parece referirse a la consecuencia que a la causa de la legitimidad. También es recurrente la referencia a la tradición, es decir al paso del tiempo, efectivamente la aceptación de una autoridad implica tiempo y, si bien, no es algo vinculado directamente también influye.

En ese sentido, argumenta Weber, al hablar de los tres tipos duros o ideales del poder legítimo: el poder racional, el poder tradicional y, añade, el poder carismático. Es en este último elemento, en el que convergen los factores más subjetivos, pero que pesan tanto como los otros y que deben considerarse, por lo tanto.

Como derivación de lo anterior, es necesario referirnos al concepto aportado por Luhmann, citado por Bobbio,[16]quien identifica la legitimidad más allá de los valores, con los procedimientos, en el marco de un Estado de Derecho positivizado, donde precisamente la legitimidad consiste en el consentimiento de sujetarse a las mismas reglas.

Para finalizar, es necesario abordar una interrogante que surge cada vez con mayor frecuencia. ¿Es posible medir o tasar la legitimidad?, ¿Bajo qué criterios? Esto que, durante mucho tiempo, pareció ser monopolio de la especulación teórica, parece doblegarse ante los diferentes mecanismos y técnicas de medición social. A lo sumo la legitimidad estaba sujeta a la expresión de la voluntad en las urnas durante los procesos electorales, pero hoy han surgido un sinnúmero de herramientas de medición que pueden ser aplicadas de una manera mucho más cercana a los acontecimientos. ¿Hasta qué punto las encuestas, las mediciones de popularidad o de niveles de aceptación, son raseros adecuados para obtener una medición clara de los niveles de legitimidad?

Es sin duda un tema poco estudiado, al menos desde esta perspectiva, pero que debemos aceptar que estas herramientas son cada vez más aplicadas y resultan útiles para obligar a las autoridades a mirar las consecuencias o las reacciones de la sociedad ante sus actuaciones.

2.4. Persona

El tema de la persona y sus relaciones con las organizaciones políticas, particularmente con el Estado, ha sido una cuestión central en el análisis de la Teoría Política. En el caso del Estado, este análisis se concentró principalmente, bajo la perspectiva filosófica, en temáticas como la de la justificación del Estado y en los análisis sobre la persona como causa eficiente y material de la sociedad y por lo tanto del Estado. Sin embargo, consideramos que no ha sido suficiente para vincular al Estado, como organización integral, con la persona.

Esto se ha debido, por un lado, a que ha prevalecido una perspectiva demasiado teórica de este tema y, por otro a que ha quedado como un tema marginal, frente a otras temáticas similares como son los análisis respecto a la sociedad *vis a vis* el Estado, o el de conceptos como pueblo, nación, etc., que han ocupado las páginas de los análisis sociológicos.

Esto ha tenido un viraje a partir del surgimiento del movimiento de los derechos humanos que ha permeado en todas las ciencias sociales, pero principalmente en la jurídicas y en las políticas, como es el caso de la Teoría Política y de la Teoría Constitucional. Este movimiento ha forzado a estas ciencias a mirar tras el cristal de los derechos

16 Bobbio, Norberto, op. cit. p. 126.

del ser humano, que no es otra cosa que centralizar a la persona como objeto y fin del Estado. A pesar de que el movimiento de los derechos humanos ha sido impetuoso y ha penetrado muchas esferas de la vida social, aún quedan muchas áreas del análisis político ajenas a la perspectiva de los derechos humanos.

Algunas de ellas son, precisamente, los temas más álgidos dentro de la temática de la dinámica social, como son actualmente la política económica y la política de seguridad pública. A pesar de la prolija legislación internacional y constitucional, incluyendo los criterios jurisprudenciales que se han emitido en materia de derechos humanos, es llamativo como en estos temas, como en otros, la toma de decisiones se realiza con una muy leve presencia de los criterios de respeto y protección de derechos humanos.

Es precisamente aquí donde se muestra la importancia de vincular, cada vez más, los análisis de la Teoría Política, especialmente la aplicada, con la perspectiva que brinda humanista, entendiendo por ella, la primacía de la persona frente al Estado.

Por tomar algunos ejemplos que nos puedan resultar útiles, podemos referirnos a los casos en los que las decisiones de política de seguridad se realizan, supuestamente, teniendo como objetivo el bien nacional o el interés público, no obstante que ello conlleve el riesgo de menoscabar los derechos de las personas. Se trata, sin duda, de un supuesto, real en el que lo que falta es una correcta conceptualización de lo que es la persona y de su relación con las instituciones del Estado, como se relacionan los medios con los fines.

Para poder comprender correctamente temas teóricos como el del bien común y su relación con los bienes particulares, u otros más prácticos como los de los estados de excepción, o incluso ante las problemáticas de calentamiento global, etc., es necesario tener, como fundamento de cualquier decisión, a la persona, su dignidad y sus derechos.

Podríamos abundar más en ejemplos, pero no es necesario, basta con cerrar el punto advirtiendo que el surgimiento del movimiento de derechos humanos ha supuesto un cambio de jerarquía en la relación entre el Estado y la persona. No se puede admitir la justificación de sacrificar ningún derecho humano, en aras de cualquier bien de interés público. En ese sentido, habría que sustituir la frase la patria es primero, por, la persona es primero.

Ahora bien, el tema es complejo ya que no basta con referirse a la persona en lo general, es necesario concretar el porqué de esta primacía, aquí es donde debemos abordar el tema de la dignidad.

Gracias al movimiento de derechos humanos, hoy se comprende de manera mucho más clara, la importancia de la persona y su valor, es decir su dignidad. Sin embargo, este concepto muchas veces parece darse por entendido, sin que se llegue a comprender cabalmente. Se habla de la dignidad, sin saber su significado y especialmente su fundamento.

Para abordar este tema debemos partir de las clásicas definiciones, como aquella del filósofo del siglo VI, Severino Boecio, que de manera sencilla resumió la dualidad existencial del ser humano. *Sustancia individual de naturaleza racional*[17]. Efectivamente, como lo señalan otros autores, especialistas en antropología filosófica,[18] la naturaleza de la persona se mueve entre dos notas características igualmente importantes, por un lado la individualidad y por otro la sociabilidad.

Estos dos ámbitos se encuentran en la definición de Boecio, la individualidad como identidad, corporeidad, interioridad, pudor, etc. Por otro lado, está la racionalidad, como apertura, sociabilidad, espiritualidad, trascendencia. Si bien son ámbitos aparentemente ambivalentes, en realidad forman una unidad indisoluble que explica la riqueza de la persona. Un ser único e irrepetible que está a la vez destinado hacia su comunicación exterior.

En este sentido debe salirse al paso de la antigua discusión del porqué de la sociabilidad humana, ya que no es ni su indigencia, ni cualquier otra razón de necesidad, sino su misma orientación natural, lo que le da la capacidad de comunicar y llevar a cabo su existencia compartiendo, cuyo acto de mayor perfección es el amor.[19]

Con estos antecedentes podemos avanzar hacia el concepto clave relacionado con la persona que es el de su dignidad. Como ya se mencionó en líneas anteriores, este tema se vuelve fundamental para poder justificar los derechos de la persona como límites objetivos y absolutos frente al actuar de la autoridad.

Si bien no se trata de un tema sencillo, ya que además de ser de origen filosófico y por lo tanto difícil de trasladarse a los jurídico, existe bastante confusión en cuanto a su concepto. Por ello, hemos insistido en llevar a cabo análisis lo más claro posibles, donde se evite confundir la dignidad con los derechos, o se traslape el concepto de dignidad objetiva con la subjetiva.[20]

Dignidad significa valor, la dignidad humana es el valor que tiene la persona, en ese sentido es importante distinguir entre el valor de la persona en sí del valor de la persona como tal. Es decir, de lo que hablamos es del valor de todas las personas, por su ser y no por su obrar. La dignidad de los seres humanos es universal[21] y deriva de su ser. Esto que se dice tan fácil, es difícil de justificar y de concretar. Cómo poder sostener que todos los seres humanos, incluyendo a los delincuentes, a los parricidas, a los tratantes, a los terroristas, etc., puedan ser merecedores de una dignidad igual e incluso radical.

---

17 Enciclopedia Herder, consultado en https://encyclopaedia.herdereditorial.com/wiki/Recurso:Boecio:_definici%C3%B3n_de_persona, consultado el 10 de julio de 2023.

18 Yepes Stork, Ricardo, op. cit. p. 77

19 González Uribe, Héctor, *Teoría Política,* México, 1987, Porrúa, p. 262.

20 Sepúlveda Iguíniz, Ricardo, *Reconocimiento y Protección Constitucional de los Derechos Humanos,* México, 2021, Ubijus, p. 82.

21 Esta afirmación es el núcleo esencial de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y fundamento de la Doctrina Internacional del Derechos Humanos.

Efectivamente, la dignidad humana no es solamente una alta dignidad, sino que como lo afirman los antropólogos es radical, lo que significa, que está por encima de cualquier otro valor. De esa forma, un ser humano, tiene el mismo valor que todos los otros seres humanos de todos los tiempos juntos.[22]

Esta serie de afirmaciones, que tienen claras consecuencias para la definición de cualquier orden jurídico, requieren de una demostración, de una justificación. Es aquí donde entramos al tema de dónde radica la dignidad humana. Somos conscientes de las dificultades que representa esta discusión y que lleva a algunos a oponerse incluso al concepto mismo de dignidad,[23] por ello nos parece especialmente importante.

Las explicaciones sobre este tema buscan esta justificación en características como la irrepartibilidad de cada ser humano, o en sus aptitudes para el desarrollo. Su facultad omnímoda de libertad o su autoconciencia que no la comparten ninguno de los seres hasta ahora conocidos. Sin embargo, ninguna de estas explicaciones parece ser suficiente por sí misma, de ahí que nuestra sugerencia sea proponer la justificación de la dignidad humana precisamente en todos sus componentes, en su integralidad, que es su mayor riqueza. Si la atribuimos a su hacer, tendríamos que excluir a los que obran mal; si lo hacemos residir en su inteligencia o en su autoconciencia, tendríamos que excluir a quienes no tienen conciencia (vida vegetativa) que, sin embargo, siguen siendo igualmente dignos. De aquí que tenemos que buscar en su conjunto, entendiendo a la persona como una unidad, la razón de ser de su valor radical.[24]

Como decimos, darle a la persona una dignidad absoluta, condiciona al Estado en todas sus políticas, de aquí la importancia que tiene este tema en la Teoría Política y en la Teoría Constitucional.

La persona no solo se constituye en un valladar contra los abusos del Estado, sino en su finalidad, y por lo tanto en su sentido último.

Para finalizar el análisis de este concepto fundamental cabe señalar que en la actualidad se ha desarrollado una serie de escuelas y tendencias que rescatan el valor de la persona y su dignidad como uno de los pilares de la construcción social actual.

Nos referimos al llamado *personalismo* como una tendencia de la filosofía actual, que ha rescatado el valor de la persona frente a su relación con la sociedad. Un tema sin

---

22 Sepúlveda Iguíniz, Ricardo, op. cit. p. 83

23 Pinker, Steven, *The Stupiditu of Dignity, Conservative Bioethics Latest, most Dangerous Ploy,* cit, por Vázquez, Rodolfo, *Derechos Humanos, Una Lectura Liberal Igualitaria,* México, 2015, UNAM, ITAM, p. 29.

24 En este punto del análisis cabe resaltar la dificultad que tanto la filosofía, como la ciencia política, encuentran para fundamentar la dignidad de manera absoluta. Coincidimos con quienes consideran que esta siempre será limitada, y que a lo largo de la historia el concepto de dignidad se ha desarrollado a la par de los estudios teológicos, especialmente del Cristianismo, que encontró en la semejanza divina, la última razón de ser de la dignidad humana.

duda intrincado, que a lo largo de la historia ha tenido diferentes soluciones, algunas de ellas trágicas, como las del socialismo o el comunismo, que en aras de hacer prevalecer el bien de la sociedad han pasado por encima de los derechos de la persona.

El personalismo entendido como individualismo es, sin duda, exagerado y no se basa en una correcta concepción de las cualidades de la persona, una de las cuales es la de su intrínseca y natural sociabilidad.

Ante el dilema de si debe prevalecer la persona sobre la sociedad o viceversa,[25] de la idea de negar esta disyuntiva como indisoluble, no es ni una cosa ni la otra, sino hay que buscar la forma en que la dignidad sea respetada en una vida plenamente social.

Estamos ciertos de que movimientos como el personalismo o el de los derechos humanos han resultado abusivamente individualistas, pero esto ha sido resultado también de los movimientos colectivistas que se han dado en el siglo XIX y XX, uno de ellos el fascismo. En este sentido, nos encontramos en el momento de construir un modelo equilibrado entre la dignidad de la persona y su necesaria sociabilidad. Para ello tenemos que partir de una premisa: la sociedad no existe sin las personas y, por lo tanto, éstas son fines para aquella. Ahora bien, nosotros consideramos que un planteamiento a favor de la dignidad de las personas no puede ser, de ninguna manera, individualista, ya que, así como los derechos son de una persona, lo son de todas y todos En ese sentido, el equilibrio está en otorgar el mismo valor a todas las personas. En clave de derechos humanos, subyace tanto la exigencia del respeto a los propios derechos, como el deber de respetar el de los demás. Este es el fundamento del equilibrio.

Buscar este equilibrio sublimando en el concepto de sociedad, o envolviéndolo en el nebuloso término de "pueblo", nos parece ambiguo y, por lo tanto, no lo consideramos útil para buscar parámetros objetivos de simetría entre dignidad y sociabilidad, que sin duda, ese es el objetivo y la exigencia actual.

2.5. Sociedad civil

Otro de los conceptos que consideramos trasversales y fundamentales para la Teoría Política y la Teoría Constitucional actual es la de sociedad civil. Si bien se trata de un concepto de reciente acuñación,[26] en el entendimiento del Estado contemporáneo se vuelve crucial para explicar las dinámicas de poder, no solamente por su propia naturaleza, sino por la necesidad de fortalecer la conciencia de que Estado y sociedad no son realidades contrapuestas sino *dos caras de la misma moneda.*

Una de las principales confusiones de la Teoría Política Constitucional actual y en general de las ciencias jurídicas y políticas es la identificación entre Estado y gobierno.

---

25 González Uribe, Héctor, *op. cit.,* p. 536

26 Bobbio, Norberto, op. cit, p. 39.

En la actualidad se habla en un nivel superficial, de gobierno y Estado indistintamente, cuando siguiendo la más simple lógica, el gobierno no es más que uno de los elementos del Estado y además de carácter instrumental. El gobierno es el instrumento del Estado, que utiliza para la ejecución de los actos de autoridad, pero de ninguna manera abarca toda la realidad estatal.

Esta confusión no es gratuita, obedece a la evolución que ha tenido el Estado, pasando de las organizaciones absolutistas al Estado moderno. La necesidad de afianzar un poder efectivo en el Estado ha hecho que la autoridad se sobredimensione y asuma un rol exacerbado.

En este sentido, ampliar la importancia, y por lo tanto, el espacio de análisis de la sociedad civil, se vuelve un antídoto contra esta desviación. Las nuevas formas de actividad social, como la aparición de las organizaciones no gubernamentales (NGO´s)[27] y más recientemente la amplia actividad en las redes sociales, han ayudado a aceptar de manera más generalizada la real y efectiva participación de la sociedad civil en el ejercicio del poder.

Cabe enfatizar que el concepto que abordaremos aquí es el de la sociedad civil y no el de otros términos afines, como el de sociedad natural, sociedad global, sociedad política, sociedad religiosa, etc. Efectivamente, el análisis del concepto de sociedad civil parte de un primer problema que es el de distinguirlo de conceptos muy cercanos y que pretenden igualmente definir lo que es la sociedad.

Sin embargo, lo que nos interesa aquí es abordar el concepto de sociedad como elemento material del Estado, como sustrato humano colectivo de la dinámica estatal. Es decir, la sociedad civil.

Como bien afirma Bobbio, la propia naturaleza de la sociedad civil, ha hecho que sea más fácil definir a la sociedad civil por lo que no es, que por lo que es.[28] De aquí toman, por ejemplo, su nombre las organizaciones NO gubernamentales (NGO´s, por sus siglas en inglés). La difícil relación entre Estado y sociedad es la causa de esta compleja distinción.

La historia ha estado plagada de ejemplos, donde autores de la estatura de Marx, Hegel, Gramschi, etc., han tratado de establecer las bases teóricas de esta relación, sin haber, desde nuestro punto de vista, resuelto la cuestión en términos prácticos o funcionales. Enfrentar, cuestionar o pretender eliminar a la sociedad civil no es la alternativa, como lo han hecho estos autores.

---

27 La participación de las organizaciones de las organizaciones de la sociedad civil (NGO's) es cada vez más reconocida en los ámbitos de las instancias de derechos humanos de Naciones Unidas, al respecto puede consultarse informes como los siguientes: https://hrcm.org.mv/en/ngo, https://untoday.org/the-role-of-civil-society/ consultadas entre el 1 de julio y el 15 de agosto de 2023.

28 Bobbio, Norberto, op. cit. P. 41.

No podemos negar que en la relación Estado-sociedad se da una tensión dialéctica, tal como la planteaba Hegel, que no puede ser resuelta a favor de una de las dos partes sino en los términos de una nueva relación.

Antes de abordar esta, que es la cuestión central del tema, tenemos que enfatizar la caracterización de la sociedad civil, como aquella manifestación social independiente y espontánea. Efectivamente la sociedad civil se manifiesta de la mejora manera en aquellos momentos en los que actúa de forma espontánea y desestructurada, porque es en estas ocasiones cuando más auténticamente se le puede reconocer.

Eventos de crisis, como terremotos, guerras, epidemias, son escenarios propicios para la participación de la sociedad civil, precisamente por la espontaneidad que se requiere, esto no significa que son los únicos momentos en que puede aparecer, al contrario, lo óptimo es que la sociedad civil actúe de manera permanente.[29]

Uno de los aspectos más importantes y que tiene relación con los temas analizados anteriormente es que la sociedad civil es el ámbito donde se genera la legitimación de una autoridad. De aquí la importancia de que esta busque interactuar con la sociedad civil.

En la interrelación de Estado-sociedad, tal como lo plantea Bobbio, no puede haber Estado sin sociedad, ya que se convertiría en autoritarismo, ni sociedad sin Estado, que sería el extremo de la anarquía, de aquí que la correcta relación debe hallarse en un modelo de Estado Social.[30]

Esto que debería tomarse como un axioma, no define todos los aspectos prácticos de esta compleja relación. Efectivamente, no podemos negar la primacía de la sociedad sobre el Estado, ya que en realidad no es una primacía entre contrapartes, sino la primacía del todo sobre la parte. De aquí que el reto es convertir esta ecuación en una serie de manifestaciones prácticas donde la participación social se dé de manera constante, activa y propositiva, sin llegar al extremo de exentar a la autoridad de sus responsabilidades.

Así han surgido iniciativas como los consejos consultivos ciudadanos, los procesos de consulta pública, las comisiones mixtas, los observatorios ciudadanos, los parlamentos abiertos, etc., etc. Son esfuerzos por vincular de una manera más directa a la sociedad civil con el Estado, en concreto con las autoridades. Un ejemplo más que suele presentarse a lo largo de todos los sistemas, son las incorporaciones de personajes de la sociedad civil que han desempeñado roles de exigencia hacia las autoridades y se les invita a formar parte del servicio público.

---

29 En muchas ocasiones se ha hecho referencia a la irremplazable labor que ha hecho la sociedad civil "desorganizada" en momentos de crisis, como lo fue, en México, en los sismos de 1985 y de 2017, aunque esto resulta una muestra de lo fuerza de incidencia que tiene la sociedad civil, sería de desearse que su participación no se reservara a momentos de excepción, sino que resultara algo normal y cotidiano.

30 Bobbio, Norberto, op. cit. p. 67.

A pesar de lo positivo de estos espacios de participación, hay que tomarlos con cautela, ya que, muchas veces habiendo surgido de manera auténtica, pueden llegarse a desvirtuar y a perder su autenticidad. Esto se da cuando quienes participan pierden, por ejemplo, su independencia o su roll de oposición. Precisamente, una de las características de la sociedad civil radica en las notas de independencia, espontaneidad y capacidad de exigencia.

Algo de esto es lo que ha sucedido con los partidos políticos, que siendo instituciones intermedias como las califica Bobbio, es decir, que no pertenecen a la esfera de la autoridad, pero tampoco a la de la sociedad civil, se encuentran en un momento de crisis, precisamente por su falta de vinculación auténtica con la sociedad civil y por hacer prevalecer intereses propios por encima de los de la participación.

La necesaria y conveniente relación de la sociedad civil con el Estado tiene importantes implicaciones para la Teoría Política Constitucional, ya que se deben de seguir buscando fórmulas de interrelación entre ambas partes que tengan un reconocimiento y protección en las estructuras constitucionales.

Un último aspecto que considerar dentro de las relaciones entre la sociedad civil y el Estado, es el papel de las Empresas o corporaciones de objetivo económico. Hay que recordar que, como lo afirma Heller,[31] la sociedad civil surge en el momento en que se le puede percibir como un actor distinto al de los poderes públicos y esto se da precisamente con el surgimiento de las corporaciones económicas que hoy conocemos como empresas. De aquí la relación entre sociedad civil y la revolución industrial. En ese sentido, la fuerza económica, como una fuerza de poder distinta a la de las autoridades constituidas, vino a mostrar la existencia de un actor diferente en la arena social. No quiere decir que solo las organizaciones con capacidad económica fueran las únicas representantes de la sociedad civil, sino que fue a través de ellas que se pudo hacer patente la existencia de otro ámbito de poder que no era el de las autoridades formales.

Sin embargo, el desarrollo del papel de las empresas durante este tiempo (casi tres siglos) ha tenido algunas vicisitudes, ya que su papel como representantes de la sociedad civil no siempre se ha desempeñado de una manera auténtica. Las empresas, máxime en un mundo globalizado, son un factor real de poder en cualquier Estado y deben de ser tomadas en cuenta para lograr el ejercicio armónico del poder. Sin embargo, lo que ha ocurrido precisamente por su misma fuerza real, como por su constante relación con las autoridades, es que no han logrado mantener su independencia. La separación entre el poder económico y el poder político está lejos de ser una realidad y por lo tanto las empresas difícilmente son interlocutores reales de la sociedad civil.

31 Heller, Herman, *Teoría del Estado,* Fondo de Cultura Económica, México 1977 p. 124.

2.6. La democracia

Incluir a la democracia dentro de los conceptos fundamentales de la Teoría Política Constitucional, requiere de una aclaración. La democracia ha sido entendida desde la antigüedad como una de las formas de gobierno posibles, ni siquiera como la mejor, solamente como una de ellas, caracterizada por su elemento formal, según la clasificación aristotélica, como aquella que es ejercida por el pueblo en su conjunto.

Ante la imposibilidad real de que esto sea así, la democracia ha ido tomando distintas categorías, pasando por la democracia representativa, basada fundamentalmente en el ejercicio del sufragio para la renovación periódica de las autoridades, siguiendo hacia la democracia participativa que busca formas más directas y permanentes de participación social, hasta llegar a nuestros días, donde la democracia se define fundamentalmente por la existencia de sistemas de rendición de cuentas.

Por otro lado, ante la aparición de formas de gobierno autoritarias en el marco del Estado constitucional, la democracia ha pasado de ser una forma más de gobierno a ser la única compatible con el Estado Constitucional. Así lo afirman autores como Biscaretti di Ruffia, quienes consideran que hoy ya no se puede hablar de diferentes formas de Estado, ya que sólo existe una que la *forma de democracia clásica*[32] y lo que existen son formas de gobierno dentro de esta forma de Estado, a saber, dos, la forma parlamentaria y la presidencial.

En esta afirmación aflora la razón de ser de que la democracia sea ahora no solo una forma de gobierno sino una forma de Estado, es decir, que ha pasado de ser un aspecto formal, a convertirse en un principio de caracterización del Estado actual. Esta distinción, sin embargo, no es tan reciente, ya que a lo largo de la historia han aparecido autores o pensamientos que distinguen el aspecto formal del sustancial en la democracia.

El propio Aristóteles al distinguir entre las formas puras e impuras de gobierno, dio entrada a un análisis cualitativo. Por su parte, en la Grecia clásica, Platón habló igualmente de las formas de gobierno calificándolas de una manera valorativa, en el caso de la democracia, a diferencia de Heródoto, la condena, considerándola como una forma degenerada de gobierno, la razón estriba en que no la concibe según la mayor o menor participación de la sociedad, sino como un gobierno de los pobres contra los ricos.[33]Para los que la enaltecen, quizá no como la mejor forma de gobierno, sino como una buena forma de gobierno, existen algunas razones, entre otras: se trata de un gobierno en favor de muchos y no de pocos, la ley es igual para todos y la libertad es respetada tanto en el ámbito público, como privado.[34]

---

32 Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Las Formas de Estado de la Época Moderna,* consultable en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/3.pdf, consultado entre el 1 de julio y el 15 de agosto de 2023.

33 Platón, citado por Bobbio, p. 197

34 Bobbio, Norberto, op. cit. p. 196

A lo largo de la historia la Teoría Política estuvo marcada por el análisis de las formas de gobierno y su valoración. Primordialmente, se consideró a la Monarquía como la que más ventajas representaba y era la adecuada para los Estados modernos de Europa, en los siglos de la edad moderna.

Hay que reconocer que si bien, las valoraciones morales no siempre ocuparon un lugar relevante, estuvieron presentes a lo largo de la historia. En las etapas más recientes, vemos renacer este tipo de planteamientos, como en el caso de Rosseau, sin embargo, siempre se consideró que la democracia no era posible en los Estados grandes, sino solamente en los pequeños. Se debe a las aportaciones de la experiencia norteamericana, la concepción de la democracia representativa como la solución a las dificultades prácticas de operación democrática. Para ello, se apeló a la tesis de la soberanía popular.[35]

En la distinción entre democracia formal y sustancial podemos acudir al pensamiento de Ferrajoli. Para este autor la dimensión *sustancial* de la democracia proviene del reconocimiento a la igualdad de derechos que debe prevalecer en todo Estado, ya que si bien la democracia genera un ámbito de decisión colectiva, los derechos son una excepción a esto, ubicándose, como lo define Ferrajoli, en el campo de lo indecidible. *Así los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política.*[36] De esta forma, la democracia pasa de ser meramente procedimental (formal) a volverse sustancial, ya que requiere de conocer el contenido de sus decisiones. Si bien, esta posición no ha estado exenta de críticas; [37]resulta una de las más contundentes apologías a favor de la democracia como un principio de convivencia social, más allá de su aspecto procedimental.

Para Ferrajoli, el Estado de Derecho equivale a la democracia: en el sentido sustancial y no formal, ya que trasciende la voluntad de la mayoría, de los intereses y de las necesidades de todos.[38] El dilema no es fácil, porque como bien dice Bovero, la democracia no deja de ser un *cratos*, una forma de gobierno y por lo tanto necesita de procedimientos, de otra forma su carácter sustancial se queda en lo ambiguo, en lo impreciso.[39]La cuestión que subyace en este debate es si los derechos son parte de la democracia o un vínculo externo, una precondición.

Desde nuestro punto de vista, los derechos no son contrademocráticos o contra mayoritarios como a veces se afirma, en todo caso pueden a veces funcionar de esa manera,

---

35 Tocqueville, Alexis de, *Democracia en América,* Edición en Libro Electrónico, Fondo de Cultura Económica, México, 2020. https://www.google.com.mx/books/edition/La_democracia_en_Am%C3%A9rica/f5TeDwAAQBAJ?hl=en&gbpv=1&dq=alexis+de+tocqueville+la+democracia+en+Am%C3%A9rica+fondo+de+cultura+economica&printsec=frontcover

36 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías,* Trotta, Madrid 2002, p. 22

37 Bovero, Michel Angelo, *Derechos Fundamentales y Democracia en la Teoría de Ferrajoli,* Madrid, Trotta, p. 215.

38 Idem, p. 235.

39 Ibidem, p. 242.

pero entendidos en su integralidad los derechos son parte sustancial de la democracia, como lo son del Estado mismo.

Ahora bien, esto no significa que, como sistema, no deba tener reglas y procedimientos, es más, éstas son herramientas para que los acuerdos concurran hacia el beneficio de todos, entre otros aspectos, respecto de sus derechos. La definición mínima de democracia de Bobbio, hace énfasis en esa serie de reglas que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo que procedimientos y que al ser conocidas previamente por todas y todos, resultan aceptadas y por lo tanto válidas.[40]

Entender la democracia como el gobierno de las mayorías es reduccionista, la mayoría es el mínimo, si bien la omnicracia no es posible, la democracia debe tender a que las decisiones sean tomadas por el mayor número posible de personas. En esto se observa también como la democracia es un sistema de participación y libertad.

Para concluir con el somero análisis de este vasto tema, resulta conveniente hacer referencia al concepto de democracia social, acuñado en etapas recientes y que nos permite tener una visión, como hemos insistido, más sustancial y menos formal de este concepto fundamental.

Para algunos autores ha habido una traslación de la democracia como un término vinculado esencialmente con el ámbito político a la democracia social.[41] Entendiendo la democracia como un conjunto de procedimientos que permiten la participación de los integrantes en las deliberaciones de un cuerpo colectivo, esto puede ser aplicable a otras esferas de la sociedad, las instituciones laborales, las educativas, las sindicales, incluso la familia. Espacios que hasta hace poco eran dominados por esquemas jerárquicos y burocráticos. Si bien, esta traslación se queda en una aspiración, debemos reconocer que la ampliación de los alcances de la democracia demuestra que no se trata meramente de una técnica de organización, sino de un sistema acorde y congruente para la promoción de las libertades personales.

La pregunta que incorpora Bobbio en este debate es ineludible: ¿Es posible la sobrevivencia de un Estado democrático en una sociedad no democrática?[42]

3. CONCLUSIÓN

El desarrollo de la Teoría Política Constitucional requiere para convertirse en una disciplina autónoma, de construir su propia estructura cognitiva, parte de ello, es contar con una base de conceptos fundamentales. Esto implica un reto, ya que, por un lado, la Teoría Política, tiene sus propios conceptos, como la Teoría Constitucional los suyos.

---

40 Bobbio, Norberto, *El futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 25
41 Idem, p. 218.
42 Bobbio, Norberto, op. cit. p. 220

Lograr su unificación sería aparentemente el objetivo. Sin embargo, pensamos que esta no es la ruta adecuada, ya que siempre habrá una diferenciación entre unos y otros, tanto por su origen como por su naturaleza.

Analizar los conceptos de Teoría Política desde la perspectiva constitucional y los de la Teoría Constitucional desde la perspectiva política, sería el camino para una conceptualización integral. En este artículo cubrimos la primera parte, para otro queda el análisis de los principios constitucionales desde la perspectiva política.

BIBLIOGRAFÍA

Azorín, *El político,* México, 2007, Universidad Juárez del Estado de Durango

Baltazar Gracián, *El arte de la prudencia*, México, 2012, Ed. Paidós

Biscaretti di Ruffia, Paolo, Las Formas de Estado de la Época Moderna, consultable en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3187/3.pdf

Bobbio, Norberto, *El futuro de la Democracia*, Fondo de Cultura Económica, México,

Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad,* México, 1999, Fondo de Cultura Económica.

Bovero, Michel Ángelo, *Derechos Fundamentales y Democracia en la Teoría de Ferrajoli,* Madrid, Trotta

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías,* Trotta, Madrid 2002

González Uribe, Héctor, *Teoría Política,* México, 1987, Porrúa

Heller, Herman, *Teoría del Estado,* Fondo de Cultura Económica, México 1977

Mazarino, Julio, *Breviario de los Políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985

Sartori, Giovanni, *La política,* México, 2000, Fondo de Cultura Económica.

Sepúlveda Iguíniz, Ricardo, *Reconocimiento y Protección Constitucional de los Derechos Humanos,* México, 2021, Ubijus

Valadés, Diego, *El Control del Poder,* México, 1998, UNAM.

Vázquez Rodolfo, *Derechos Humanos, Una Lectura Liberal Igualitaria,* México, 2015, UNAM, ITAM

Yepes Stork, Ricardo, *Fundamentos de Antropología,* España, 1996, EUNSA, p. 237

PEDRO RUANO, UN JURISTA DEL ESTADO DE MÉXICO PARA LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX

Mario A. Téllez G.*

RESUMEN: En este trabajo hacemos un acercamiento a la trayectoria del jurista Pedro Ruano y Mata; sin duda, uno de los abogados influyentes en el Estado de México de la segunda mitad del siglo XIX.

PALABRAS CLAVE: Abogado, Estado de México, segunda parte del siglo XIX.

ABSTRACT: In this work we make an approach to the trajectory of the jurist Pedro Ruano y Mata; without a doubt, one of the influential lawyers in the State of Mexico in the second half of the 19th century.

KEYWORDS: Lawyer, State of Mexico, second part of the 19th century.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL JOVEN ABOGADO. III. EL JURISTA PROFESIONAL UNOS LUSTROS MÁS TARDE. 1 Historiador del derecho. 2. TRADUCTOR, ABOGADO, PROFESOR Y RECTOR DEL INSTITUTO LITERARIO. IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Posiblemente uno de los mejores cultivadores de biografías de abogados mexicanos es Alejandro Mayagoitia, principalmente para finales de la colonia y el siglo XIX. Por fortuna, hace poco acaba de publicarse la obra *Estudios para la historia de la abogacía en México* en la que aparece en Anexo sus "Notas acerca de las relaciones familiares y vidas de abogados novohispanos según sus expedientes en el Ilustre y Real Colegio de Abogados de México". Estas notas, unas más extensas que otras, son apuntes biográficos de más de un millar de abogados de la ciudad de México registrados en El Colegio de Abogados, con información proveniente de esta institución y complementada con pesquisas en otros tantos archivos a lo largo de más de veinte años de incesante trabajo de recopilación. Difícilmente veremos en las próximas décadas una labor de esta naturaleza.

En la misma vertiente, hace poco más de dos décadas publicamos un DVD con los exámenes de 446 abogados y escribanos, los cuales fueron presentados en el Estado de México durante el siglo XIX. Constituye indudablemente una de las aportaciones

* Profesor titular. UAM Cuajimalpa.

documentales más relevantes para la historia de la profesión en la entidad;[1] a partir de ella hemos publicado diversos trabajos en los que el nombre del Lic. Pedro Ruano y Mata surgió de forma reiterada, sobre todo a partir de los años setenta. La realidad es que todavía sabemos poco de su vida pero tenemos la certeza de que fue un jurista de gran influencia en la entidad y su desempeño profesional anticipó de forma destacada los logros que muchos de los abogados contemporáneos habrían querido emular, de allí que podemos decir que fue un adelantado a su época. Las siguientes líneas intentan dar sustento a esta afirmación.

Es cierto que en un artículo[2] publicado recientemente dimos cuenta de parte de esta actividad, por lo que parecía estar agotada la información sobre el personaje, sin embargo, la localización de un expediente que fue publicado y que contiene información de cuando fue director del Instituto Literario, nos ha motivado a hacer un nuevo acercamiento al personaje. Pensamos que la importancia del personaje lo amerita.

II. EL JOVEN ABOGADO.

El 21 de febrero de 1849 el bachiller Pedro Ruano y Mata, nacido en Cadereyta, Querétaro,[3] solicitó al Poder Judicial el billete correspondiente para recibirse como abogado. Este expediente, que además de contener su examen escrito, está integrado por 46 fojas manuscritas y en buena medida se apega al expediente típico de la época.[4] Su solicitud para ser examinado fue iniciada el 21 de febrero de 1849 y se graduó el 1 de marzo siguiente; apenas ocho días después. Contrario a lo que se podría esperar para la época, sabemos que esta eficiencia en la tramitación del proceso de obtención del título era común una vez iniciado el trámite; de forma excepcional tardaban más de dos semanas entre la presentación de la solicitud y el último examen para graduarse, independientemente de los problemas particulares que hubiera tenido cada aspirante para reunir los requisitos para hacer la solicitud, como fue el caso de Pedro Ruano.[5] Cuando hizo su solicitud expuso:

> "[…] he cursado gramática latina, filosofía y los cuatro años de derecho, que para la carrera del foro exige la Ley de 18 de agosto de 1843[6] cuya ley suprimió los

1 Dada su relevancia, podemos anunciar que pronto estos exámenes tendrán una nueva edición.

2 Téllez G., Mario A., "Los abogados en el Estado de México en los años setenta del siglo XIX: entre la continuidad y la transición jurídica", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 46, 2022. (Ver el art. en *fuenteshistoricomexicanas.cua.uam.mx*)

3 Buchanan, Elizabeth, *El Instituto de Toluca bajo el signo del positivismo*, Toluca, UAEM, 1981, p. 25.

4 López Fontes, José, y Téllez G., Mario, *Escribanos y abogados del siglo XIX mexiquense 1803-1905*, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2003.

5 Téllez G., Mario A., "Los abogados en el Estado de México en los años setenta del siglo XIX: entre la continuidad y la transición jurídica", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 46, 2022, pp.571 y ss.

6 En efecto, esta ley estableció en su art. 2º el *syllabus* que debían estudiar los alumnos en la carrera de jurisprudencia, en Téllez G., Mario A., López Fontes, José, tomo IV, *La legislación Mexicana de Manuel*

> antiguos grados de bachiller y los sustituyó con los documentos que al efecto expidieron los señores rectores de los respectivos colegios [...].[7] Aunque concluí mi curso de teórica desde el 28 de agosto de 1847, según consta del respectivo certificado no me examiné, sino hasta el 19 de octubre del mismo año, como aparece del citado documento. Esta demora fue ocasionada por la invasión americana, pues el desquiciamiento del Colegio de San Ildefonso, cuyo alumno fui, fue tal, que desde julio se cerraron las cátedras. Esta falta, si tal puede llamarse, está subsanada con la ley del 14 de agosto del año próximo pasado[8] que previene se abone a los cursantes y pasantes el tiempo que hubiera perdido con motivo de la invasión, siempre que presentaren los exámenes correspondientes, en cuyo caso me encuentro comprendido [...]".

En esta parte no lo señala pero él y Nicolás Suárez, como muchos solicitantes de buena parte del siglo, fue dispensado año y medio de práctica para solicitar su billete para examen. [9] Su época de estudiante transcurrió nada menos que entre el centralismo, la invasión norteamericana y el regreso al federalismo; y aun así pudo concluir sus estudios. Para ello tuvo que concluir su bachillerato en el Colegio Nacional de San Ildefonso y, por causas desconocidas, terminó titulándose en el Estado de México.

De forma poco común, en su certificado de estudios sobre gramática latina se dio cuenta que había traducido, entre otras, el prólogo y las vidas de "Milcíades", "Temístocles", "Cimón"; "las oraciones primera y segunda de Cicerón contra Catilina", entre otros. "Sus potencias y dedicación son tales que en nueve meses estudio las cuatro clases de la gramática". En otra certificación expedida por el Rector del Colegio Nacional de San Ildefonso se informa que le aplicaron al "cursante jurista" el examen general sobre sus estudios preparatorios (art. 12, ley de 18 de agosto de 1843 ya citada) los sinodales Miguel Flores Heras, Miguel Lerdo de Tejada y Julio de los Ángeles Ruano y Ramírez;

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, pp.514-523. (ver La Legislación Mexicana en *fuentes-historicomexicanas.cua.uam.mx*)

7 El expediente de Pedro Ruano deja evidencia clara del impacto que esta ley de agosto de 1843 tuvo en la graduación y formación de los estudios universitarios. A decir de Armando Pavón y otros, es la primera ley mexicana que formaliza lo que de facto ya existía, es decir, que para tener una licenciatura había que tener unos estudios preparatorios, antes llamados de bachiller. Y también es la primera que habla de "carreras" profesionales, Pavón, Armando, Yolanda Blasco, Luis E. Aragón, "Cambios académicos. Los grados universitarios. De la escolástica a los primeros ensayos decimonónicos", *Revista Iberoamericana de Educación Superior,* núm. 11, vol. IV, 2013, p.72.

8 En efecto, la cita que hace Ruano sobre esta ley es literal, *Colección de leyes y decretos publicado en el año de 1848*, Edición del Constitucional, México, Imprenta en Palacio, 1852, pp.302-303.

9 En el manuscrito del expediente aparece que fue promulgado el 15 de febrero de 1849 pero en la *Colección de Decretos* aparece con fecha del 24 de enero, respectivamente en "Expediente promovido por el Br. D. Pedro Ruano, [...]", López Fontes, Téllez, *op. Cit.*, 2003, y tomo III, p.214, Téllez G., Mario A., *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.

también se da cuenta de las materias que estudió en la carrera de jurisprudencia.[10] Es posible que Pedro Ruano haya tenido algún parentesco con el sinodal que lleva su mismo apellido.

Hay que tener en cuenta que para un estudiante de derecho en esta época contar con un familiar cercano que fuera abogado permitía como mínimo el acceso a cierta bibliografía, a la transmisión de cierta experiencia y, sobre todo y acaso lo más importante, a las relaciones sociales que podían facilitar en el futuro un mejor desarrollo personal. Además, el concepto de lo que ahora llamamos nepotismo y que para le época no existía, lo acompañaría toda su vida.

Asistió como practicante a un juzgado de letras y al estudio de un abogado que por coincidencia era el gobernador —Mariano Arizcorreta—. En esa época tampoco existía la figura del conflicto de interés, de tal suerte en que no había problema en que al mismo tiempo el titular del ejecutivo mantuviera su estudio de litigante. También es cierto que ser funcionario público, en cualquier nivel, no garantizaba el ingreso suficiente ni constante para los gastos de un jefe de familia; las asonadas políticas y la pobreza de los recursos públicos así lo imponían.

Los comentarios elogiosos y reiterados al desempeño de Pedro Ruano como estudiante en casi todos los certificados de su expediente muestran que se trataba de un estudiante esforzado y sobresaliente. Desde temprana edad aprendió latín y ese conocimiento le permitiría años más tarde publicar como traductor al menos dos libros. Leer su examen escrito causa cierta decepción porque no se ven reflejados los talentos referidos por los documentos que avalaban su trayectoria académica como podríamos esperarlo a la luz del presente. Dos razones principales explican esta circunstancia, que son aplicables a los aspirantes de todo el siglo. La juventud con la que se presentaban a examinarse y el poco tiempo del que disponían para realizar el examen escrito; 36 hrs., a partir de que les entregaban el expediente para hacer su proyecto de sentencia en primera o segunda instancia.[11]

De regreso al caso de Pedro Ruano, dentro de su examen escrito, y previo al análisis del expediente para plantear su proyecto, comenzó disertando de forma general sobre

---

10 Téllez, 2003.
Primer año. Todo el derecho natural de Heineccio [obra de la cual haría también años después una traducción]; los tres primeros tomos del derecho de gentes de Vattel. Los títulos 1, 2, 3, 6, 8 hasta el 15 y desde el 21 hasta el 26 del libro 1º.
Segundo. Del 1º al 14, del 17 al 19 del lib. 2º de las Recitaciones de Heineccio y los títulos 20 y 21 del lib. 2º del "Comento. por Vinnio".
Tercero. "Presentó los Prolegómenos y los Capitos. del Lib. 1 al 6, el 11, 16, 17 y 18 del tom. 1º prima. pte. de Dro. Canónico por Cavalario. El lib. 1º del Dro. Patrio por Sala".
Cuarto. "Los siete primeros capítulos del tomo 5º. tercera parte del dro. canónico por Cavalario.

11 En los primeros quinquenios de la época independiente también podían pedirles desarrollar algún tema particular del derecho pero esta práctica fue suspendida en algún momento para privilegiar la elaboración de proyectos de sentencia.

"la jurisprudencia" (sobre el derecho en términos contemporáneos) y su relevancia en la sociedad; lo mismo citó superficialmente a Bacon que a Cicerón. También habló someramente de la legislación de Egipto como la "del célebre Solón". Ya en la parte del expediente que le tocó resolver, rechazó en su proyecto la demanda civil que la Compañía de Jesús había entablado en contra del propietario de una hacienda. Describió prolijamente el problema jurídico y argumentó: "Fuentes [comprador final] no estaba obligado a rescindir el contrato según el tenor literal de la ley 14,[12] título 11, partida quinta teniendo presente que el pacto de vender a la compañía lo hizo Moreno [vendedor y demandado] bajo la condición de que rescindirá el anterior contrato y que no habiendo sucedido esto el dicho Moreno no estaba obligado al cumplimiento del pacto condicional". El razonamiento de la sentencia de Ruano está ajustado a la tradición del casuismo mexicano de la época. Cerró su examen con la siguiente frase: "Para concluir solo me resta suplicar a vuestra excelencia pidiéndole disimule los claros errores en que seguramente habré incurrido". Su examen escrito cumplió con la forma, fondo y etapas establecidas para este tipo de documentos.[13] Fue aprobado por unanimidad en su examen oral y graduado como abogado en 1849, después de una semana de haber iniciado el proceso.

III. EL JURISTA PROFESIONAL UNOS LUSTROS MÁS TARDE

Entre que obtuvo su título de abogado en 1849 y los años setenta no sabemos de forma puntual qué hizo Pedro Ruano, sabemos que fue abogado, diputado, juzgador, secretario de Estado (de Hacienda y de Gobierno), secretario de la Legación de México en Italia y participante en la formación de los códigos civil y penal del Estado,[14] miembro de las comisiones evaluadoras de abogados, profesor y director del Instituto Literario; aunque lo más probable, como era habitual en la época, es que se haya desempeñado varias actividades al mismo tiempo. Como pocos, cultivó prácticamente todos los espacios posibles en el mundo del derecho de su época. Por supuesto que otros de sus contemporáneos también desempeñaron distintas funciones dentro del mundo del derecho, pero creemos que solo algunos lograron una presencia local tan destacada y diversa como él. A pesar de la información panorámica, lo que sabemos a detalle sobre sus actividades es poco y, apenas nos alcanzan para unas breves estampas.

1. Historiador del derecho

No tenemos alguna noticia expresa de que Pedro Ruano tuviera la intención de ser historiador del derecho pero visto en retrospectiva lo fue, inclusive más allá de su vo-

12 P 5, "Como non puede ser demandada la cosa que es otorgada por promission, faste que venga el dia, o que se cumpla la condicion sobre que fue fecha", López Fontes, Téllez, *op.cit.*, 2003.

13 Téllez G., Mario A., "Los exámenes de abogados en el Estado de México del siglo XIX", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 34, núm. 34, *passim*.

14 Buchanan, Elizabeth, *El Instituto de Toluca bajo el signo del positivismo*, Toluca, UAEM, 1981, p. 25.

luntad, y su mayor legado nos alcanza hasta el presente. Se trata de la *Colección de Decretos del Estado de México* de XXXI tomos que va de 1824 a 1910;[15] aunque de forma un tanto errática, obligada por las circunstancias, contiene la mayor parte de la vida legislativa estatal, muy en la lógica de la *Legislación Mexicana* de Manuel Dublán y José María Lozano. As*í que q*uien quiera acercarse a la vida institucional de la entidad en el siglo XIX tiene que consultarla inevitablemente.

Por supuesto que Ruano no es el autor de esta *Colección*, tampoco quien la comenzó ni siquiera quien la concluyó, pero sí tuvo responsabilidad para continuarla en los momentos en los que comenzaba a estabilizarse la vida institucional del país. Habrá quien pueda cuestionar el peso de este jurista en la *Colección de Decretos*, no obstante, dada su trayectoria profesional pensamos que sí tiene los méritos intelectuales para ser considerado como uno de los principales continuadores de esta importante obra. No podemos decir que el principal, pero sí hay que atender el hecho de que fue impulsor y beneficiario de al menos otras dos colecciones legislativas, una sobre los decretos vigentes hasta ese momento y otra sobre los decretos relacionados con la administración de justicia —de las de las que no hemos visto ejemplares pero tampoco sabemos que se hubieran cancelado—, lo cual deja claro su interés por impulsar esta importante actividad de recopilar la legislación; de rescatarla y difundirla.[16] Sobre esto ahondaremos un poco más abajo.

Dada esta circunstancia reconocemos que hace tiempo que nos habíamos prometido hacer un estudio crítico sobre la *Colección de Decretos* pero parece que el tiempo no nos dará tregua, por ello, aunque este no es el mejor momento, podemos adelantar algunos hallazgos sobre ella. Y estamos seguros de que en algunos tuvo activa participación Pedro Ruano.

Es cierto que la *Colección de Decretos* no contiene todos los decretos que se emitieron en la época que abarca pero sí la gran mayoría. Se trata de una larga recopilación que tuvo varios períodos que abarcan casi un siglo de producción legislativa, incluidas ciertas disposiciones del centralismo y de la época colonial; a la que se le agregó en el tomo IV una subcolección de legislación de minas en la que está considerada la colonial, con todo y las famosas e importantes ordenanzas de minas de 1778. Ya lo dijimos, mucho en el mismo ánimo que la famosa *Legislación Mexicana* de Manuel Dublán y José Ma. Lozano.

---

15 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. (ver la *Colección de Decretos del Estado de México* en *fuenteshistoricomexicanas.cua.uam.mx*)

16 "Hoy he recibido la comunicación oficial de U. fecha de ayer en que se sirve comunicarme que el Superior Gobierno, ha tenido a bien ordenar que yo proceda a formar la recopilación de todas las leyes y disposiciones relativas a la administración de justicia, cuya compilación deberá publicarse en el folletín del Periódico Oficial del Estado que para tal objeto se ha servido disponer quede a mi encargo", manifestó Ruano en una breve respuesta al secretario de gobierno, Archivo Histórico de la UAEMex, exp. 1382, 1878, sf.

En la Tabla I, si observamos el pie de imprenta de los tres primeros tomos aparece que se tiraron en la "Imprenta de J. Quijano" y a partir del tomo IV cambia a la "Imprenta del Instituto Literario". Coincidentemente, son esos primeros tres tomos los que más confusiones presentan.

El tomo I va de marzo de 1824 a febrero de 1827 y tiene un salto de poco más de tres años para continuar de abril de 1830 a agosto del mismo año.[17] Este último año corresponde al regreso del gobernador Múzquiz que fue reinstalado y el salto temporal corresponde al período de gobierno intermediado por Lorenzo de Zavala —rival de Múzquiz—, que fue incluido en el tomo II. Sabemos que este tomo I se trata de una reedición de dos tomos que data de 1830 y que no conocemos.[18] En el decreto núm. 13 del tomo I se dispuso que "el Congreso se reserva exclusivamente la impresión de sus actas originales y de la colección de sus decretos; no pudiendo en consecuencia hacerse impresión de ellos, o reimprimirse sin su permiso".[19] Los legisladores sabían de la relevancia de su publicación para su conocimiento y cumplimiento de las autoridades responsables y de los gobernados. Seguramente se tenía memoria de las complicaciones que hubo durante la colonia para la publicación de la legislación y del lucro que podían generar las publicaciones privadas.

El tomo II inicia en marzo de 1827 y concluye en octubre de 1835, cuando termina la primera época federal. Tiene un salto temporal que va de octubre de 1829 a septiembre de 1830 y que coincide con el espacio cubierto en el tomo I por el período del gobernador Múzquiz en su reinstalación.[20] Pero también en la propia edición se reconoce cierto desorden; en la p. 512, antes del inicio del índice, aparece una nota que dice: "Al concluirse este apéndice se ha advertido que por equívoco se saltó del número 21 al 23…". No tenemos noticia de que este tomo II sea una reedición.

El tomo III, editado varios años después en 1850, concluido el centralismo, aborda esta segunda época de la federación que va de agosto de 1846 a noviembre del mismo

17 Este salto se refiere a la destitución del gobernador constitucional Melchor Múzquiz en 1827 y restituido en 1830. Este tomo I contiene el decreto núm 97: "Restableciendo, para continuar en el gobierno a los individuos nombrados por el decreto núm. 77 del Congreso Constituyente del Estado"; tiene una errata, en realidad debía decir "79", Téllez, 2006.

18 "Presentación", s/p, *Colección de Decretos y Órdenes del Congreso Constituyente del Estado Libre y Soberano de México*, tomo I, (edición facsimilar), Toluca, LI Legislatura (1990-1993), 1991.

19 Tomo I, Téllez, 2006.

20 Estos saltos y confusiones en la *Colección de Decretos* reflejan las luchas intestinas y los cambios de poder entre los grupos dominantes en el Estado de México en los primeros años. Puede comentarse que Melchor Múzquiz fue nombrado interinamente como el primer gobernador del Estado de México en septiembre de 1824 por el rechazo de Manuel Gómez Pedraza para ocupar el cargo. Dos años más tarde Múzquiz fue nombrado gobernador constitucional para renunciar en 1827 porque su grupo político perdió las elecciones locales para diputados frente al grupo encabezado por Lorenzo de Zavala, quienes lo destituyeron. Zavala, a su vez, renunció al cargo en 1829 para ocupar el ministerio de Hacienda en el gobierno federal. Finalmente con la abierta intromisión del gobierno federal en 1830, el Congreso nacional expidió una ley por la que se restituían las cosas a como estaban en 1826, cuando era gobernador Múzquiz, por lo que regresó a encabezar el Ejecutivo.

año, correspondiente al gobierno provisional de Manuel de Olaguibel. Además continua en el mismo mes de noviembre de 1846 a febrero de 1849 con decretos expedidos por una Legislatura extraordinaria. Contiene distintas disposiciones de los regímenes federales, nacionales, del período centralista y de la época colonial de 1778 sin orden ni concierto. En el decreto núm. 88 de 1847 en la data señala: "Disponiendo se impriman los decretos del Congreso del Estado y de la Asamblea Departamental de México, y los decretos y órdenes espedidos desde el reestablecimiento de la federación";[21] reiterando lo establecido en el decreto núm. 13 del tomo I por cuanto a la necesidad de darle publicidad a la legislación vigente.

A partir del tomo IV y en adelante, cuando las ediciones comenzaron a hacerse en la "Imprenta del Instituto Literario", a diferencia de los tres primeros tomos, los decretos son presentados de forma ordenada y cronológica. Abarca "la segunda época de la federación" y el primer congreso Constitucional, va de marzo de 1849 a igual mes de 1851.[22] Es importante señalar que desde este cuarto tomo (1851) y hasta el tomo XIX (1887), la imprenta del *Instituto Literario* —nunca incorporó en el pie de imprenta lo de "Científico y Literario"— quedó al cargo de la edición. A partir del tomo XXI fue la Imprenta de la Escuela de Artes y Oficio la que tomó su lugar.

Entre el tomo IV, editado en 1851, y el tomo V hay un salto temporal relevante; éste último tiene como fecha de edición 1868. No es difícil entender que los años que mediaron entre ambos fueron muy complicados para el país.

Para 1869 se autorizó mediante decreto "exclusivamente" por diez años a los licenciados Pascual González Fuentes y Pedro Ruano "para formar colecciones de decretos del Estado" en un solo volumen bajo tres condiciones: que se realizaran sólo con decretos vigentes y validados por una terna de diputados nombrada por el Congreso; que se hicieran las actualizaciones pertinentes; y que dejaran al gobierno cien ejemplares de cada edición[23] "y con su dictamen [de la Comisión] dará cuenta al Congreso, para que con su aprobación se proceda a la impresión del volumen, haciendo constar en el principio de él dicha aprobación" (art. 3º). Sin embargo, el art. 2º decía algo relevante: "Esta concesión no deroga el Decreto núm. 18 de 7 de Mayo de 1824, en cuanto a la impresión de actas originales y colección de decretos que allí se reservó el Congreso". Unos meses más tarde se emitió la disposición por la que se señalaron los decretos que hasta ese momento estaban vigentes. Es decir, se trataba de una edición de los decretos vigentes entre 1824 y 1869, y que era independiente a la que aquí llamamos la *Colección de Decretos*. No sabemos si finalmente se imprimió algún volumen de esta otra colección; no hemos podido localizar ningún ejemplar.

---

21 Continúa diciendo: Su publicación sería periódica: "cada semana se publicarán tres entregas de ocho páginas en cuarto"; se precio sería igual al del "Porvenir". Además de cubrir el total de las suscripciones quedarían 1000 ejemplares en la secretaría del Congreso que se venderían al costo.

22 Al final contiene un compendio de legislación de minas coloniales y estatales muy útil, Téllez, 2006.

23 Decreto núm. 117 de 3 de mayo de 1869, tomo VII (1869), Téllez, 2006.

Unos años después, en 1875, el mismo Pedro Ruano fue nombrado director del Instituto Literario, en cuya imprenta, como ya se dijo, serían editados varios volúmenes de esa *Colección de Decretos* —tomos IV a XIX—, (ver tabla I). Dada su participación en otros intentos recopilatorios en esos años no dudamos que Ruano haya sido uno de sus continuadores.

Hay que reiterarlo, para entender hoy en día parte del acontecer del Estado de México en el siglo XIX, incluido El Porfiriato, es indispensable consultar la *Colección de Decretos*. A pesar de su importancia no había vuelto a ser editada desde aquella época y cada vez era más difícil encontrar ediciones completas para su consulta. En 1991 el maestro José López Fontes y el Presidente de la Gran Comisión de la Cámara de Diputados de ese momento hicieron el intento de reeditarla en papel pero fracasaron, apenas lograron publicar en edición facsimilar el primer tomo.[24] Poco después de una década, en el 2001, con el apoyo siempre entusiasta del propio López Fontes, sí se alcanzó el éxito, fueron publicados completos los XXXI tomos en formato digital.[25] En 2006 hubo una nueva edición digital que incorporó la legislación emitida hasta 2005.[26]

Para esos años, algunos ya teníamos claridad que hacer ediciones facsimilares de fuentes en papel era inviable por los costos y los espacios físicos de almacenamiento. Hoy en día resulta increíble, cuando el mundo digital casi ha abandonado inclusive los *Compact Disk* (CD) y *Digital Versatil Disk* (DVD) para mudarse a la nube, que haya quienes perseveren en el error de la publicación de sus fuentes en papel.

Tabla I

Tomo	Año de edición	Tomo	Año de edición
Tomo I	1848	Tomo XVI	1883
Tomo II	1850	Tomo XVII	1886
Tomo III	1850	Tomo XVIII	1884[27]
Tomo IV	1851	Tomo XIX	1887
Tomo V	1868	Tomo XX	Sin fecha
Tomo VI	1868	Tomo XXI	1891
Tomo VII	1869	Tomo XXII	1892

24 *Colección de Decretos*,1991.
25 Téllez *et al*, 2001.
26 Téllez, 2006.
27 El tomo XVIII tuvo como año de edición 1884 porque solo aparecía el código de procedimientos civiles y por su fecha de publicación correspondía al lapso contenido en el tomo XVII, Téllez, 2006.

Tomo	Año de edición	Tomo	Año de edición
Tomo VIII	1885[28]	Tomo XXIII	1894
Tomo IX	1872	Tomo XXIV	Sin fecha
Tomo X	1874	Tomo XXV	1897
Tomo XI	Sin fecha	Tomo XXVI	1899
Tomo XII	1875	Tomo XXVII	1899
Tomo XIII	1876	Tomo XXVIII	1905
Tomo XIV	1879	Tomo XXIX	1907
Tomo XV	1881	Tomo XXX	1913
		Tomo XXXI	Sin fecha

2. TRADUCTOR, ABOGADO, PROFESOR Y RECTOR DEL INSTITUTO LITERARIO[29]

Ya habíamos adelantado que desde sus mocedades como estudiante Pedro Ruano se había mostrado adelantado en sus conocimientos de latín y había traducido diversos textos clásicos. Es posible, como conjetura, que previamente haya realizado estudios para religioso porque desde los inicios del siglo XIX —incluso desde antes— dominaba el español en los textos jurídicos y el latín ya no se impartía como materia en la carrera de jurisprudencia. Con este conocimiento, sabemos que años más tarde, tradujo al menos dos obras que se publicaron apenas con cinco años de diferencia —muy poco tiempo para los estándares de la época—. Ambas formaban parte importante del catálogo de obras pertenecientes a la vieja tradición del casuismo, que era el sistema en el que se formó a mediados de siglo como estudiante, y muy probablemente era el que enseñaría en el Instituto Literario cuando sería profesor y después director. De hecho, tenemos constancia de que los *Elementos de derecho natural por J. Gottlieb Heineccio* fue el libro de texto que se cursó durante el *Primer año de jurisprudencia* en el año de 1876, cuando tuvo ese último cargo.

Javier Saldaña nos recuerda que la *Traducción a las explicaciones de Ever Bronchost acerca del título del Digesto sobre las diversas reglas del derecho antiguo* (Lara, México, 1868) —la primera traducción que hizo Pedro Ruano de la que tenemos noticia— es una obra aparecida en la segunda mitad del siglo XVI y cuyo título explica bien cuál es

28 Este tomo VIII tuvo como año de impresión 1885 porque contenía el código civil en una "segunda edición reformada", como la portada del propio ejemplar lo aclara, Téllez, 2006.

29 Según Alejandro Mayagoitia, fue dos veces rector, ídem, *Estudios para la historia de la abogacía en México. Hombres de toga. Notas acerca de las relaciones familiares y vidas de abogados novohispanos,* México, UNAM, UAM, 2022; aunque Buchanan sólo habla de una, ídem, 1981, p.25.

su intención: "son muchas y muy variadas las materias a las que las reglas se refieren", y a las que Ruano intentó vincular al derecho mexicano. Concluye coincidiendo con lo que Ma. del Refugio González había señalado previamente, se trata de una obra muy relevante pero anacrónica para el tiempo en la que apareció la traducción.[30]

En la obra de los *Elementos de derecho natural por J. Gottlieb Heineccio. Traducida al castellano para uso de los alumnos de derecho en el Instituto Literario de esta capital, por el Lic. Pedro Ruano, profesor de jurisprudencia en el mismo establecimiento, quien dedicare respetuosamente esta traducción al digno jefe del Estado, Lic. Jesús Alberto García y al mismo establecimiento a quien tiene la honra de pertenecer* (Toluca, Tip. del Instituto Literario, dirigida por Pedro Martínez, 1873) llama la atención el tono de la dedicatoria al gobernador en turno; seguramente Ruano la hizo ya como director del Instituto Literario o al menos como profesor de jurisprudencia del mismo.

Como ya dijimos, ambas obras tienen como común denominador ser de la vieja tradición jurídica, en momentos que la codificación en México, después de discutirse por varias décadas, por fin se había consumado con la publicación del código civil en 1870 y muy pronto se impartiría en las aulas para finalmente aplicarse en el foro. Nos parece que el problema de fondo es que Ruano representó al jurista que quedó atrapado en la transición, formado en sus inicios en la vieja escuela hacia mediados de siglo, en la que muy probablemente estudió esas dos obras[31] y otras más de la misma tradición, pero con la responsabilidad y compromiso quinquenios más tarde de enseñar a litigar con los códigos.

La decisión de publicar estos textos nos deja claro que intelectualmente seguía comprometido con aquella tradición, aunque como lo señaló Manuel Ortiz de Montellano, "a pesar de ser la primera en su género en nuestro país, [refiriéndose a la *Traducción* pero aplicable también a Heineccio] que viene a revivir el gusto por los estudios clásicos del derecho, que muy de prisa va perdiéndose"[32] porque la codificación estaba finalmente ganando la batalla. Sus traducciones llegaron tarde pero no se resistió a dar la batalla. Se sabía un influyente abogado y profesor del Instituto Literario, lo que le garantizaba la consulta, difusión y tal vez compra de sus textos. Por ello la incluyó en la bibliografía de los estudios de jurisprudencia como libro de texto su traducción de Heineccio[33] y muy probablemente siguió utilizando también en la docencia su *Traducción a las explicaciones de Ever Bronchost.*

Su actividad como abogado lo llevó a ser:

---

30 Saldaña, Javier, "Moral y derecho. De nuevo sobre el contenido de la *Regulae Iuris* del derecho romano clásico y su recepción en el derecho mexicano", Nuria González Martín, *Estudios en homenaje a Marta Morineau*, tomo I, México, UNAM,2006, *passim*. González, Ma. del Refugio, "Las reglas del derecho en México durante el siglo XIX", *Anuario Jurídico*, IIJ-UNAM, XI,1984, *passim*.

31 Téllez, 2022, pp.572 y ss.

32 Citado en González, 1984, pp.350 y ss.

33 Téllez, 2022, pp.571 y ss.

- Litigante (conocemos al menos tres casos: como defensor, árbitro y parte). Fue un abogado precoz porque en 1848, un año antes de graduarse como tal, representó como defensor a una persona acusada como "heridor". No se trata de las prácticas que como estudiante tenía que hacer; en este caso actuó como defensor formal. Dos décadas más tarde apareció como árbitro en un litigio por tierras entre dos pueblos de la entidad. Y en 1870 demandó a una persona por pago de servicios profesionales como abogado.[34] El largo arco temporal de los expedientes solo muestran que ejerció como abogado durante esos años. En esta condición extendió distintos certificados a pretensores de abogado y también fue profesor de derecho constitucional, administrativo, internacional y marítimo.[35] Sí cabe mencionar que esta situación es al menos paradójica con su actividad como traductor, es decir, por un lado, enseñaba materias claramente vinculadas a la codificación y, por el otro, publicaba obras relacionadas con el casuismo. Dada la información que tenemos al alcance pensamos que encarnó claramente las contradicciones propias de época; aunque las evidencias, nos parece, revelan su tendencia al casuismo.

- Juzgador. Hay evidencia de que en 1867 era juez de distrito de Toluca,[36] y Alejandro Mayagoitia dice que también lo fue en Temascaltepec, Toluca, Guanajuato y Querétaro pero no da fechas.[37] Tenemos constancia que fue magistrado suplente en el Estado de México por lo menos en dos ocasiones, 1873 y 1875,[38] pero de acuerdo al libro de Aurelio J. Venegas nunca fue magistrado titular.[39]

- Profesor de jurisprudencia y director del Instituto Literario. Participó en el proceso de codificación y estuvo muy activo en quehaceres educativos. En virtud del listado de exámenes que tenemos podemos seguirle la pista con más detalle, ver la Tabla II. Cada año el gobierno publicaba listas de abogados notables que aplicarían el primero y segundo examen a quienes aspiraban obtener el título, en esta lógica, Pedro Ruano apareció por primera vez en 1862 en el examen de Teodoro Zúñiga. Dos veces en 1870, en las que examinó con los mismos colegas y en nueve ocasiones en 1876 como presidente del segundo tribunal,[40] incluido

---

34 AHPJEM, Instituciones de México Siglo XIX (1801-1900), 1º. "Criminal contra Pascual y Luciano Betancourt y Rafaela Montiel por riña, heridas y muerta la tercera",1848, Justicia, Penal, Caja 81, 1848; 2º. "San Antonio la Isla contra Almoloya del Río por tierras Ruano juez arbitro", 1868, Justicia, Civil, Caja 4, 1868; 3º. "El licenciado Pedro Ruano contra el ciudadano Juan Olmedo sobre pesos", 1870, Justicia, Civil, Caja 5, 1870.

35 Téllez, 2022, pp.571-574.

36 Para 1867 Pedro Ruano era juez segundo de letras del distrito de Toluca, según consta en el examen de Teodoro Zúñiga. "Expediente sobre recepción de abogado del c. Teodoro Zúñiga", Téllez, 2006.

37 Mayagoitia, 2022.

38 Decreto núm. 68, tomo X, p. 97, decreto núm. 66, tomo XI, p. 117, respectivamente, en Téllez, 2006.

39 Venegas, Aurelio, Índice cronológico de los gobernadores del Estado de México y de los beneméritos y ciudadanos del mismo, formado por el c. Aurelio J. Venegas, Toluca, Talleres de la Escuela de Artes, 1912.

40 Como eran listas anuales de abogados examinadores, observamos en la Tabla II que también se repiten de forma constante para 1876 los nombres de Joaquín García Luna —otro abogado influyente de la

el examen de su hijo Luis G. Ruano, quien estuvo involucrado en el problema que enfrentó cuando fue director del Instituto Literario. Está claro que el conflicto de interés no existía pues no hubo ningún inconveniente en que actuara de forma decisiva en su examen. Curiosamente después de ese año no volvió a aparecer más como evaluador.[41] No podemos afirmar que no haya participado en otros exámenes después si no que en la lista de exámenes que tenemos no apareció de nuevo, sin embargo, es probable que por causa del serio problema que tuvo en el Instituto, al menos, hubiera disminuido su participación.

A luz del listado que tenemos, parece indudable que fue la década de los setenta en la que alcanzó la plenitud intelectual y su mayor influencia como jurista, pero también cuando tuvo los mayores contratiempos. Según Elizabeth Buchanan fue director del Instituto Literario entre 1875 y 1880.[42] Para 1877 vivió uno de los momentos más polémicos de su carrera. Los estudiantes se amotinaron, cerraron el Instituto y pidieron su destitución, las razones que dieron fueron la mala calidad de los alimentos que se ofrecían, el trato despótico y degradante que daba a los alumnos y la violencia física que tuvo en contra de su hijo (del mismo nombre), quien lo había ofendido durante una clase. El cierre del Instituto apenas duró unas horas, aunque el desahogo del expediente se extendió alrededor de un año[43] y, al final, a los alumnos y a los profesores que se les acusó de haberlo encabezado se les conmutó la pena original. Del expediente, que hemos podido consultar y que está publicado, más las notas de prensa de la época que también lo están, sabemos lo siguiente. Ruano tenía por lo menos a dos hijos estudiando en el Instituto —Pedro estudiaba para abogado y Enrique, menor de edad—; lo dirigía con mano dura, posiblemente en exceso. Las diferencias que tuvo con uno de los profesores —el ing. Julian Nava— permiten intuir que con pretexto del conflicto intentó cobrarse viejas rencillas. El gobernador, por su parte, no cedió a las presiones, lo apoyó y no lo removió del cargo, al menos por un tiempo.

Existe también información en el sentido de que Pedro Ruano fue impulsor de transformaciones físicas relevantes al Instituto como la instalación de un horno de pan que buscaba no solo el abastecimiento doméstico sino vender pan a otras instituciones del gobierno para generar recursos. "Además, se preocupó por la cantidad y calidad de los alimentos, el aseo de la persona y traje, la comodidad e higiene de los baños y juegos. Hizo sustituir las camas de madera por catres de hierro con colchones de lana;

época—, Remigio Téllez, Petronilo Cano y otros.

41 Fue en 1872 cuando se dio una reforma a la *Ley Orgánica del Instituto Literario* (Decreto núm. 42, tomo X, pp.60-78, Téllez, 2006) por la que se añadió un tercer examen para obtener el título. Esta ley señalaba que: "El primer jurado examinará precisamente de las materias que esta ley señala para estudio en los cuatro años de teórica. El segundo jurado lo hará de la práctica y de los ramos que en ella deben aprenderse." Y el Tribunal Superior aplicaría el tercero que sería de preguntas libres.

42 Buchanan, 1981, p.25.

43 Hay cronistas actuales que refieren que en realidad se trató de afectar el gobierno recién iniciado del General Juan N. Mirafuentes, García, Rodolfo, *La primera huelga en el Instituto. Recopilación y nota liminar*, Toluca, UAEM, 1976, pp.13-14

estableció los baños de presión y ducha; logró que a cada alumno se le suministrara semanariamente una pequeña suma de dinero para sus gastos menores".[44]

Llamar la atención que fue nombrado como director del Instituto cuando llegó el gobernador Juan N. Mirafuentes en 1875 y terminó con su inesperada muerte en 1880, de allí que no parece exagerado el comentario de que el amotinamiento de los alumnos tenía como destinario en realidad al gobernador. Lo cual tampoco excluye que Pedro Ruano fuera un directivo exigente, congruente con su propia trayectoria de estudiante, pero no parece que su conducta fuera tan grave hasta el punto de las acusaciones.

Tabla II

Año / Nombre del sustentante	Jurado 1° examen	Jurado 2° examen	Jurado 3° examen	Observaciones
1862 Teodoro I. Zúñiga	***Pedro Ruano*** Joaquín Jiménez José María Conde de la Torre 28/07/1862	Fernando García Caballero Refugio de la Vega Urbano Lechuga 31/07/1862	NO APLICA	1°examen aprobado por unanimidad (en adelante "AU") 2°examen AU
1870 Agustín Martínez de Castro	***Pedro Ruano*** Alberto García Trinidad Davalos 30/04/1870	REPROBADO[45] Urbano Lechuga Celso Vicencio Dionicio Villarelo Romualdo Uribe Félix Cid del Prado 05/12/1870	NO APLICA	1°examen AU 2° examen tres votos contra uno a favor
		PRESIDENTE Y MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Urbano Lechuga 14/01/1871		2° examen AU
1870 Luis Gonzaga Sobrino	***Pedro Ruano*** Alberto García Trinidad Davalos 16/03/1870	PRESIDENTE Y MAGISTRADOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA Urbano Lechuga 23/03/1870	NO APLICA	1°examen AU 2°examen AU

44 Buchanan, 1981, p.26. Esta información fue publicada por el propio Ruano en un desmentido al periódico *El Federalista*, García, 1976, pp.95-101.

45 Reprobado por tres votos contra uno. Se le señaló un plazo de seis meses para volver a presentar el examen ante el Tribunal Superior de Justicia del Estado

Año / Nombre del sustentante	Jurado 1° examen	Jurado 2° examen	Jurado 3° examen	Observaciones
1876 Felipe Villarello	Joaquín García Luna Petronilo Cano Manuel Reyes Ruperto Portillo Francisco Zúñiga 12/02/1876	***Pedro Ruano***, presidente José Díaz Leal Vicente María Villegas Manuel González Urbina Luis Rivera Melo, secretario 14/02/1876	Valentín Gómez Tagle Urbano Lechuga Romualdo Uribe Joaquín Jiménez Manuel Veytia Camilo Zamora Trinidad Davalos Agustín Lazcano, secretario 19/02/1876	1° examen AU 2° examen AU 3° examen AU
1876 Luis G. Ruano	Joaquín García Luna Petronilo Cano Francisco Zúñiga Ruperto Portillo Manuel Reyes 11/03/1876	***Pedro Ruano***, presidente José Díaz Leal Vicente María Villegas Manuel González Urbina Luis Rivera Melo, secretario 14/03/1876	Dionicio Villarelo Valentín Gómez Agustín Lazcano, secretario[46] 22/03/1876	1° examen AU 2° examen AU 3° examen AU
1876 Guadalupe Rodrigo Inclán	Joaquín García Luna Petronilo Cano Manuel Reyes Ruperto Portillo Francisco Zúñiga 13/03/1876	***Pedro Ruano***, presidente José Díaz Leal Manuel González Urbina Vicente María Villegas Luis Rivera Melo, secretario 25/03/1876	Dionicio Villarelo Valentín Gómez Agustín Lazcano, secretario 03/04/1876	1° examen AU 2° examen AU 3° examen AU
1876 Enrique Morales	Joaquín García Luna Remigio Téllez Petronilo Cano Manuel Reyes Francisco Zúñiga 18/03/1876	***Pedro Ruano***, presidente Manuel González Urbina Vicente M. Villegas Gregorio Gutiérrez Petronilo Cano, secretario 06/04/1876	Dionicio Villarelo Valentín Gómez Agustín Lazcano, secretario 24/04/1876	1° examen cuatro votos a favor uno en contra 2° examen AU 3° examen AU
1876 Luis Cano Rodríguez	Joaquín García Luna Remigio Téllez Hilario García Francisco Zúñiga Manuel Reyes 20/03/1876	***Pedro Ruano***, presidente Gregorio Gutiérrez Vicente María Villegas Manuel González Urbina Luis Rivera Melo, secretario 10/04/1876	Dionicio Villarelo Valentín Gómez Agustín Lazcano, secretario 20/04/1876	1° examen AU 2° examen AU 3° examen aprobado cinco votos contra dos
1876 Domingo Sánchez Solís	Joaquín García Luna Remigio Téllez Francisco Zúñiga Petronilo Cano Manuel Reyes 24/03/1876	***Pedro Ruano***, presidente Vicente María Villegas Manuel González Urbina Gregorio Gutiérrez Luis Rivera Melo, secretario 22/04/1876	Dionicio Villarelo Valentín Gómez Agustín Lazcano, secretario 10/05/1876	1° examen AU 2° examen AU 3° examen AU

46 El acta señala que el examen lo aplican presidente y magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Estado, pero solo rubrican y firman los personajes citados

Año / Nombre del sustentante	Jurado 1º examen	Jurado 2º examen	Jurado 3º examen	Observaciones
1876 Trinidad González	Remigio Téllez Petronilo Cano Manuel Reyes Agustín Lazcano 06/05/1876	***Pedro Ruano***, presidente Manuel González Urbina Vicente M. Villegas Gregorio Gutiérrez Joaquín Carada Luis Rivera Melo, secretario 18/05/1876	Dionicio Villarelo Valentín Gómez Agustín Lazcano, secretario 27/05/1876	1º examen AU 2º examen AU 3º examen AU
1876 Federico Inclán	Gabriel del Prado Petronilo Cano Remigio Téllez Luis Valdés Agustín Lazcano 16/05/1876	***Pedro Ruano***, presidente Gregorio Gutiérrez Manuel González Urbina Joaquín Carada Luis Rivera Melo, secretario 24/05/1876	Dionicio Villarelo Valentín Gómez Agustín Lazcano, secretario 14/06/1876	1º examen AU 2º examen AU 3º examen AU
1876 Carlos Augusto Martínez	Remigio Téllez, Agustín Lazcano Camilo Zamora por ausencia de Petronilo Cano 20/05/1876	Gregorio Gutiérrez, presidente ***Pedro Ruano*** Manuel González Urbina Joaquín Carranza Luis Rivera Melo, secretario 26/06/1876	NO APLICA	1ºexamen AU 2ºexamen AU

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Pedro Ruano murió en 1884 en Tacuba; alrededor de los 53 o 56 años —se graduó en 1849, en promedio los aspirantes lo hacían como a los 20-22 años—. A pesar de sus logros académicos, de la influencia que tuvo y de los puestos que desempeñó en la administración pública estatal no había forjado un patrimonio; "estaba tan pobre, que sus amigos capitalinos publicaron en una gacetilla en la que decían: 'Suplicamos a los abogados de este foro y del de Toluca, a los toluqueños residentes en esta ciudad y a todos lo que fueron amigos del finado, cooperen con lo que gusten para auxiliar a la desgraciada familia del que fue nuestro compañero y amigo'".[47] Mayagoitia dice que fueron los abogados Isidro Montiel y Duarte y Prisciliano Díaz González quienes hicieron este llamado.[48] Era una época en lo que no era tan fácil hacerse de dinero de forma indebida. Eso no significa que esta condición podría ser también la expresión de su honradez y de que no se benefició ilícitamente ni de las influencias ni de los cargos que desempeñó a lo largo de su vida. En todo caso, su trayectoria profesional nos deja claro, que a pesar de su carácter y habilidades para ir ocupando cargos, tenía los méritos intelectuales para hacerlo. Posiblemente, como última conjetura, estas mismas

47 García, 1976, p.160.
48 Entrada "Ruano Calvo y Oláez, Francisco", Mayagoitia, 2022.

características fueron parte de las razones por las que su presencia no trascendió en el tiempo; el esfuerzo y envidia de sus detractores para impedirlo tal vez fue mayor.

Lo que sabemos hasta ahora de la huelga del Instituto Literario que le estalló poco después de iniciar como director, a pesar de la cantidad de documentos que se han publicado, deja más preguntas que respuestas. Sin embargo, nos sigue llamando la atención que más allá de las motivaciones reales del problema, sí reflejan, por una parte, el carácter férreo de Pedro Ruano, perfilado desde su juventud y que le permitió alcanzar la formación y cargos que ocupó, y por la otra, que ese carácter posiblemente detonó las acusaciones de maltrato que denunciaron los estudiantes del Instituto Literario.

A nuestro abogado le tocó vivir en una época en el que el conflicto de interés y el nepotismo no existían como figuras jurídicas ni tampoco de reproche social y, por ello, aprovechó las circunstancias y relaciones para estar cerca del poder o detentarlo y hacer uso de él en su beneficio personal y de los suyos. Actuó de igual forma que muchos otros de sus contemporáneos.

Nos parece que por su labor como jurista y funcionario sí merece estar dentro de las primeras filas de los actores destacados de su época en el Estado de México. Nos parece que sólo el hecho de haber sido uno de los continuadores de la edición de la *Colección de Decretos del Estado de México* sería razón suficiente para preservar su memoria y esta sola circunstancia también nos parece que hizo, si no adelantarse a su tiempo sí, por lo menos, proyectarse al futuro, hasta el presente.

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

AHPJEM

AHPJEM, Archivo Histórico del Poder Judicial del Estado de México, Instituciones de México Siglo XIX (1801-1900)

Buchanan, Elizabeth

El Instituto de Toluca bajo el signo del positivismo, Toluca, UAEM, 1981.

Colección de Decretos

Colección de Decretos y Órdenes del Congreso Constituyente del Estado Libre y Soberano de México, tomo I, (edición facsimilar), Toluca, LI Legislatura (1990-1993), 1991.

Colección de leyes

Colección de leyes y decretos publicado en el año de 1848, Edición del Constitucional, México, Imprenta en Palacio 1852.

García, Rodolfo

La primera huelga en el Instituto. Recopilación y nota liminar, Toluca, UAEM, 1976.

González, Ma. del Refugio

"Las reglas del derecho en México durante el siglo XIX", *Anuario Jurídico*, IIJ-UNAM, XI, 1984.

López Fontes, José, y Mario A. Téllez G.

DVD, *Escribanos y abogados del siglo XIX mexiquense 1803-1905*, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2003.

Mayagoitia, Alejandro *et al*

Estudios para la historia de la abogacía en México. Hombres de toga. Notas acerca de las relaciones familiares y vidas de abogados novohispanos, México, UNAM, UAM, 2022.

Pavón, Armando, Yolanda Blasco, Luis E. Aragón

"Cambios académicos. Los grados universitarios. De la escolástica a los primeros ensayos decimonónicos", *Revista Iberoamericana de Educación Superior,* núm. 11, vol. IV, 2013

https://www.academia.edu/8155688/Cambio_acad%C3%A9mico_Los_grados_universitarios_De_la_escol%C3%A1stica_a_los_primeros_ensayos_decimon%C3%B3nicos?email_work_card=title

Saldaña, Javier

"Moral y derecho. De nuevo sobre el contenido de la *Regulae Iuris* del derecho romano clásico y su recepción en el derecho mexicano", Nuria González Martín, *Estudios en homenaje a Marta Morineau*, tomo I, México, UNAM, 2006.

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.

DVD *fuenteshistoricomexicanas.cua.uam.mx*

"Los exámenes de abogados en el Estado de México del siglo XIX", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, año 34, núm. 34, 2010.

"Los abogados en el Estado de México en los años setenta del siglo XIX: entre la continuidad y la transición jurídica", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 46, 2022.
fuenteshistoricomexicanas.cua.uam.mx

Téllez G., Mario A. *et al* (coordinadores)

Colección de Decretos del Estado de México 1824-1910, I-III DVD, México, LIV Legislatura *et al*, 2001.

Téllez G., Mario A., José López Fontes (compiladores)

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.
fuenteshistoricomexicanas.cua.uam.mx

DVD, *Escribanos y abogados del siglo XIX mexiquense 1803-1905*, México, Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, 2003.

Venegas, Aurelio

Índice cronológico de los gobernadores del Estado de México y de los beneméritos y ciudadanos del mismo, formado por el c. Aurelio J. Venegas, Toluca, Talleres de la Escuela de Artes, 1912.

DEMOCRACIA(S) EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Dr. Luis Octavio Vado Grajales*

RESUMEN: la democracia tiene distintas dimensiones, por tanto, para hablar de la misma es necesario entender sus diferentes formas. Incluso en el caso de la Constitución mexicana, no existe un concepto único; así que, para estudiar la democracia nacional, es necesario aprehenderla en su variedad.

PALABRAS CLAVE: democracia, democracia representativa, democracia participativa, democracia deliberativa, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ABSTRACT: democracy has different dimensions, therefore, in order to talk about it, it is necessary to understand its different forms. Even in the case of the Mexican Constitution, there is no single concept; so, to study about national democracy, it is necessary to apprehend it in its variety.

KEYWORDS: democracy, representative democracy, participatory democracy, deliberative democracy, Mexican Constitution.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. II. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. III. DEMOCRACIA DELIBERATIVA. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es mostrar algunos de los conceptos de democracia que encontramos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[1], a fin de demostrar que no existe una idea única acerca de la manera en la que la ciudadanía participa en la toma de decisiones políticas, y que cada una de estas visiones se articula en diversos mecanismos

Los tipos que se abordarán serán los relativos a las dimensiones representativa, participativa y deliberativa. Desde luego admito que es posible que se encuentren otras nociones de la democracia en la Constitución, que podrán abordarse en trabajos futuros.

La utilidad de este texto radica en brindar elementos para un estudio completo de la dimensión democrática constitucional en nuestro país[2], lo que puede tener incluso aplicaciones prácticas respecto de la revisión, así como el diseño de los instrumentos electorales y de participación

---

* Doctor en Derecho. Profesor investigador de la Escuela Judicial Electoral.

1 En lo siguiente, "Constitución".

2 Vid. Máiz, Ramón. "Modelos Normativos de Democracia" en *Revista Mexicana de Sociología*. Número 66. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2004.

En el debate tanto público como académico, se suele utilizar la referencia a la democracia como un adjetivo que califica positivamente un acto o procedimiento. Así, se afirma que "la declaración de tal diputado revela su talante democrático"; o "la falta de acuerdos en el Legislativo es una prueba de la debilidad de nuestra democracia.

Este uso emotivo del término no es extraño y revela el aprecio social por esta forma de organización política, con un apoyo del 49% en América Latina[3] Ahora bien, esta connotación positiva oculta que existen diversas formas de entender lo que es la democracia, así como su manifestación en distintos contextos.

Podría afirmarse que la mayoría de las personas nos asumimos demócratas, pero que lo entendemos de maneras diversas.

No existe una definición generalmente aceptada de nuestro objeto de estudio. La formulación más conocida fue dada por Abraham Lincoln en la "Oración de Gettysburg", en la que afirmó que "la democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo".

Esta frase resonante debe entenderse en su contexto. Fue pronunciada frente a una multitud en el acto consagratorio de un cementerio, en el que se enterrarían a soldados confederados y unionistas fallecidos en la misma batalla. Reconociendo además el arte oratorio de Lincoln, se trata de una frase retórica construida para provocar un efecto positivo en el auditorio, mediante el uso de la técnica de la repetición de la palabra "pueblo"[4].

Esta conocida referencia a la democracia suele tomarse como una definición, a pesar de que no fue pensada como tal y de que, por tanto, presenta severas deficiencias; no precisa ni el género próximo ni la diferencia específica, y la vaguedad del término pueblo es evidente.

Sin embargo, dado lo extendido del conocimiento de esta frase, constituye un punto de partida para asumir que, en un sentido general, se admite que la democracia implica la participación del pueblo o la ciudadanía en la toma de decisiones políticas.

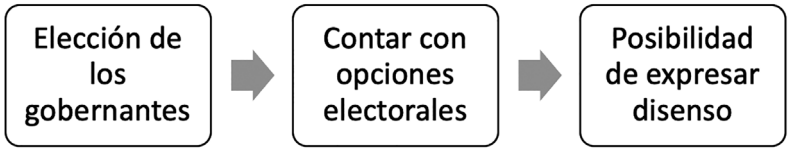
Esta participación puede ser estructurada o no, por ejemplo, una manifestación de protestantes contra una obra pública ejercita una forma de presión popular que pretende tener un efecto en la decisión gubernativa. Pero por su propia naturaleza es un ejercicio no estructurado aunque no por eso menos democrático.

---

3 Vid. Corporación Latinobarómetro. "Informe 2021" en https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp (2 de agosto de 2023)

4 Esta técnica es común entre quienes se dedican a la oratoria. Por ejemplo, Winston Churchill, al referirse a los aviadores británicos que combatieron en la Batalla de Londres utilizó la misma figura al afirmar: "Nunca tantos le debieron tanto a tan pocos".

En todo caso, los elementos mínimos para considerar que *algo* es democracia serían los siguientes[5]:



Elaboración propia

I. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

El artículo 35 constitucional señala:

> *Son derechos de la ciudadanía: I.—Votar en las elecciones populares;*

A su vez, el numeral 36 del mismo cuerpo normativo establece:

> *Artículo 36.—Son obligaciones del ciudadano de la República:*
> *(...)*
> *III.—Votar en las elecciones,*

La esencia de la democracia representativa es, justamente, la elección de personas que tomarán las decisiones políticas en nombre de la ciudadanía. De esta manera, se descarga de la mayoría de las personas la labor de gobierno, que será desarrollada por un cuerpo o clase profesional; desde luego su desarrollo histórico abarca desde el nacimiento del contrato de representación o mandato en el Derecho Romano, hasta la actualidad[6].

Ahora bien, estas personas que decidirán las cuestiones políticas lo hacen no en nombre o interés propio o no deben en hacerlo así, sino con base en el interés de la comunidad. Esto porque la ciudadanía se obliga por los actos que esta clase realiza. Ahí está la idea de la representación.

Esta puede no ser democrática. De hecho, como se sabe, no es una figura propiamente política, sino que proviene del derecho privado, ya que permite a una persona obrar en nombre de otra para la celebración de actos tan variados como puede ser un contrato de compraventa o un matrimonio.

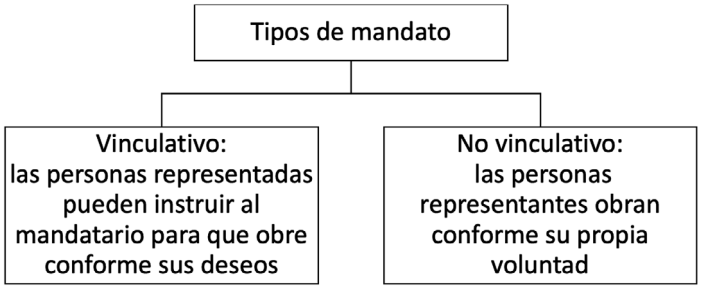
---

5 Sartori, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* México. Nueva Imagen. 1997.

6 Cabo de la Vega, Antonio de. *El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación.* México. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. 1994.

Lo que la vuelve democrática es que esta representación se otorga por una pluralidad de votos, de esta forma es posible admitir que toda la ciudadanía se obliga por lo decidido a través de sus representantes.

¿El representante está atado a los deseos de los representados? Depende del modelo de mandato:



Elaboración propia.

La realidad es que, en las democracias modernas, la única forma posible de mandato es el no vinculativo. La pluralidad de asuntos que deben resolverse en política hace impráctico que la ciudadanía esté constantemente deliberando o tomando decisiones a consulta de los representantes; lo que de todos modos no libra a éstos de presiones partidistas o peticiones ciudadanas[7].

Desde luego no es suficiente que se verifiquen elecciones, sino que estas deben ser propias de una democracia mínima o electoralista, entendida como "un arreglo político en el que el pueblo selecciona a sus gobernantes a través de elecciones, y tiene una posibilidad razonable de remover a quienes se encuentran en el ejercicio del cargo, si ya no le gustan"[8]

Por tanto, para que exista democracia representativa se requiere, en términos de nuestro artículo 41 constitucional, que las elecciones sean libres, auténticas y periódicas. Ya la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación lo ha precisado en la siguiente tesis:

> **ELECCIONES. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE SE DEBEN OBSERVAR PARA QUE CUALQUIER TIPO DE ELECCIÓN SEA CONSIDERADA VÁLIDA.-** Los artículos 39, 41, 99 y 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagran los principios que toda elección debe contener para que se pueda considerar como válida. En el artículo 39

7 Fairlie, J. A. The Nature of Political Representation, II. *The American Political Science Review*. Número 34(3). Estados Unidos. Universidad de Cambridge. 1940.

8 Przeworski, Adam. *Crises of Democracy*. Estados Unidos. Cambridge University Press. 2019. p. 5.

se establece, en lo que importa, que el pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno; el artículo 41, párrafo segundo, establece que la renovación de los poderes Legislativo y Ejecutivo se realizará mediante elecciones libres, auténticas y **periódicas**; en el artículo 99 se señala que todos los actos y resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios podrán ser impugnados ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; por su parte, el artículo 116 establece, en lo que importa, que las constituciones y leyes de los estados garantizarán que las elecciones de los gobernadores de los estados se realicen mediante sufragio universal, libre, secreto y directo, y que serán principios rectores de las autoridades estatales electorales, los de legalidad, imparcialidad, objetividad, certeza e independencia. De las disposiciones referidas se puede desprender cuáles son los elementos fundamentales de una elección democrática, cuyo cumplimiento debe ser imprescindible para que una elección se considere producto del ejercicio popular de la soberanía, dentro del sistema jurídico-político construido en la Carta Magna y en las leyes electorales estatales, que están inclusive elevadas a rango constitucional, y son imperativos, de orden público, de obediencia inexcusable y no son renunciables. Dichos principios son, entre otros, las elecciones libres, auténticas y **periódicas**; el sufragio universal, libre, secreto y directo; que en el financiamiento de los partidos políticos y sus campañas electorales prevalezca el principio de equidad; la organización de las elecciones a través de un organismo público y autónomo; la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad como principios rectores del proceso electoral, el establecimiento de condiciones de equidad para el acceso de los partidos políticos a los medios de comunicación social, el control de la constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales. La observancia de estos principios en un proceso electoral se traducirá en el cumplimiento de los preceptos constitucionales antes mencionados[9].

Ahora bien, la democracia representativa presenta rasgos degenerativos, o defectos, entre los que destaco los siguientes[10]:

Rasgos degenerativos de la democracia representativa	Tendencia a que la discusión política sea monopolizada por los partidos
	Falta de auténtica representatividad de la diversidad de las sociedades plurales en el sistema de partidos
	Desvinculación de la clase política respecto de la ciudadanía (en cuanto a su formación y socialización
	Cabildeo y financiamiento político que favorece a los intereses comerciales

Elaboración propia

9 Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.* Suplemento 5. Año 2002, pp. 63 y 64.

10 Basado en Saénz, Eva; y Garrido, Carlos. *La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa.* España. Tirant lo Blanch. 2017, y Mounk, Yascha. *The People vs. Democracy. Why our freedom is in danger & how o save it.* Estados Unidos. Harvard University Press. 2018.

II. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Los artículos 35 y 36 ya citados señalan:

- El derecho a votar en las consultas populares y revocación de mandato, y
- La obligación de votar en tales consultas y revocaciones.

En estas figuras, existe una apelación al cuerpo electoral para que, de forma inmediata, tome una decisión política, que puede ser lo mismo una cuestión formalmente legal, una política o una obra pública.

Un elemento distintivo de esta forma o tipo de la democracia es que la decisión política es tomada por el cuerpo electoral. No es que elija a quien la tome (democracia representativa) o que participe en la resolución acercando opiniones o información (democracia deliberativa)

Ahora bien, ¿la democracia participativa es meramente la democracia directa? Me parece que no, si atendemos a las siguientes razones:

- La democracia directa implicaba la ausencia de cualquier forma de representación
- La democracia directa exigía la sujeción de cualquier asunto a la decisión ciudadana

Las sociedades democráticas modernas tienen, en todos los casos, un componente representativo. Por diversas situaciones tales como la complejidad de las sociedades modernas y el alto número de ciudadanas y ciudadanos, no es posible volver a un modelo de democracia directa, así, la forma en que la ciudadanía puede limitar el poder de la representación política se encuentra en el hecho de que ciertos temas puedan ser resueltos por la ciudadanía.

Esto presenta varios problemas, el primero es acerca de qué temas pueden ser sujetos de una decisión; el segundo radica en preguntarnos quién decide si el asunto se somete a consulta; el tercero se refiere al procedimiento de la consulta; y el cuarto en cuanto a los efectos, si son obligatorios o no.

En cuanto al primer punto, afirmo que cada legislación nacional o local delimita lo que puede consultarse y lo que no, tal como sucede en el caso mexicano por referencia al artículo 35 constitucional, de lo que se desprende la imposibilidad de realizar consultas populares en los siguientes casos:

1. Restricción de derechos humanos
2. La naturaleza de la república mexicana como representativa, democrática, laica y federal
3. Permanencia del funcionariado público en sus cargos

4. Materia electoral
5. Sistema financiero
6. Ingreso, gastos y presupuesto de egresos federal
7. Obras de infraestructura en ejecución
8. Seguridad nacional y fuerzas armadas

La consulta popular es un mecanismo de democracia participativa en virtud del cual la ciudadanía puede aceptar o rechazar una medida legislativa, política o de administración pública.

Una definición de consulta popular es la siguiente: "La consulta popular constituye una expresión de democracia directa que permite a los ciudadanos confirmar o rechazar determinadas decisiones —por ejemplo, una reforma constitucional— de sus representantes o gobernantes"[11]

Por su parte, la distinción entre plebiscito y referéndum no es clara. En un sentido amplio, la segunda figura se define como un procedimiento por el cual el electorado vota de forma directa respecto de asuntos políticos, legales o constitucionales[12]; sin embargo, la distinción entre ambas figuras es de origen histórico[13].

Lo que une al plebiscito y al referéndum es la apelación a la voluntad popular, el sometimiento de una decisión de estado o de gobierno, al voto de la ciudadanía.

El género próximo es el voto ciudadano, la diferencia específica radica en la naturaleza de las decisiones sometidas al cuerpo electoral[14]. En todo caso, por referencia a México, ambas figuras se funden en la consulta popular.

El plebiscito nació en Roma, en el año 494 a. C., como una asamblea para los plebeyos, exclusivamente, se dividía conforme un criterio geográfico y no de riqueza, como las asambleas por centurias. A partir del año 287 a. C., las decisiones tomadas en plebiscito adquirieron la fuerza de una ley, y obligaron por tanto a todos los ciudadanos romanos[15].

---

11 Asociación de Academias de la Lengua Española. "Consulta popular" en *Diccionario panhispánico del español jurídico* en https://dpej.rae.es/ (3 de agosto de 2023)

12 International Institute for Democracy and Electoral Assistance. *Direct Democracy: The International IDEA Handbook* en: https://www.idea.int/sites/default/files/publications/direct-democracy-the-international-idea-handbook.pdf (3 de agosto de 2023)

13 Valadés, Diego. "Referéndum constitucional", *Hechos y Derechos*. Número 23. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2014.

14 Escobar Aubert, Luis. "La consulta popular en México". *Revista de la Facultad de Derecho de México.* Tomo LXIV. Número 262. Facultad de Derecho de la UNAM. 2017, pp. 188-189.

15 Vid. Beard, Mary. *SPQR. Una historia de la antigua Roma*. México. Crítica. 2016, pp. 154-155.

Estas figuras tuvieron aplicación en Suiza ya en 1420, en Francia en 1552 y también fue usada, en el mismo país, por Luis Bonaparte, en 1851, para modificar la forma de gobierno de república a imperio, y convertirse en Napoleón III[16], por su parte, en Estados Unidos de América, en el ámbito local, se realizan referéndums, incluso desde antes de su independencia, para aprobar reformas a sus constituciones locales, o para expedir nuevas, con excepción de Delaware[17].

En el mundo occidental, destaca el uso de la consulta popular en Francia para definir su estructura estatal, posteriormente a la Segunda Guerra Mundial. Un primer ejercicio se realizó en 1946, por referencia a una nueva Constitución; uno más, con el mismo fin, en 1958; en 1961 se realizó uno para definir la independencia de Argelia; a su vez, se ejecutó otro en 1962 para modificar la Constitución, así como otro más en 1969 acerca del Senado y las regiones, mismo que fue el prolegómeno de la caída del régimen de De Gaulle, el personaje principal en los ejercicios reseñados[18].

En el Reino Unido se realizó un referéndum para determinar o no la continuidad del mismo en la Unión Europea, consulta ejecutada en junio de 2016, y que dejó un resultado muy cerrado, con un 51.9% de votos a favor de la salida, y un 48.1% por la permanencia[19]. En el mismo reino, ya en septiembre de 2014, se realizó un referéndum acerca de la permanencia de Escocia en el Reino Unido; la negativa a salir de dicha unión tuvo el 55% de los votos, y la afirmativa a hacerlo llegó al 45%[20].

Respecto a las buenas prácticas, la Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, conocida como Comisión de Venecia, cuenta con un "Código de buenas prácticas para referendos".

Estas figuras se pueden clasificar de la siguiente forma:

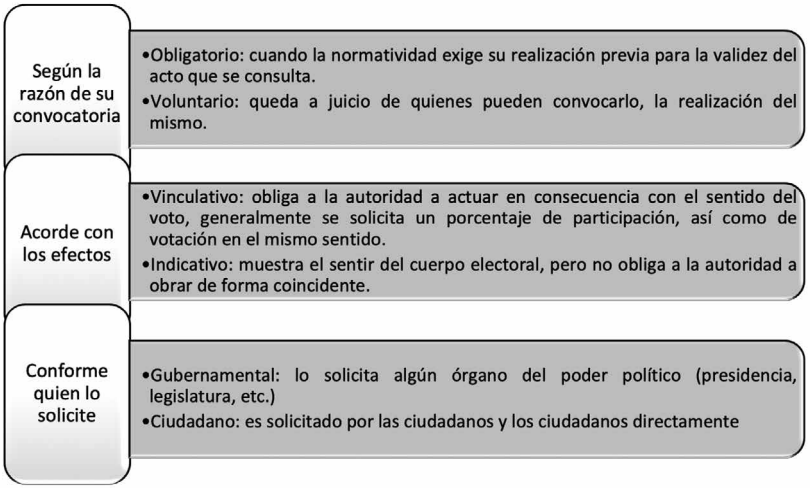
16 Prud'homme, Jean-Francois. *Consulta popular y democracia directa.* México. Instituto Nacional Electoral. 2016.

17 Tarr, G. Alan. *Understanding State Constitutions*, Estados Unidos. Princeton University Press. 1998.

18 Pérez Sola, Nicolás. "Breve análisis de las experiencias de referéndum en la V República francesa". *Revista de Estudios Políticos.* Número 78. Madrid. 1992

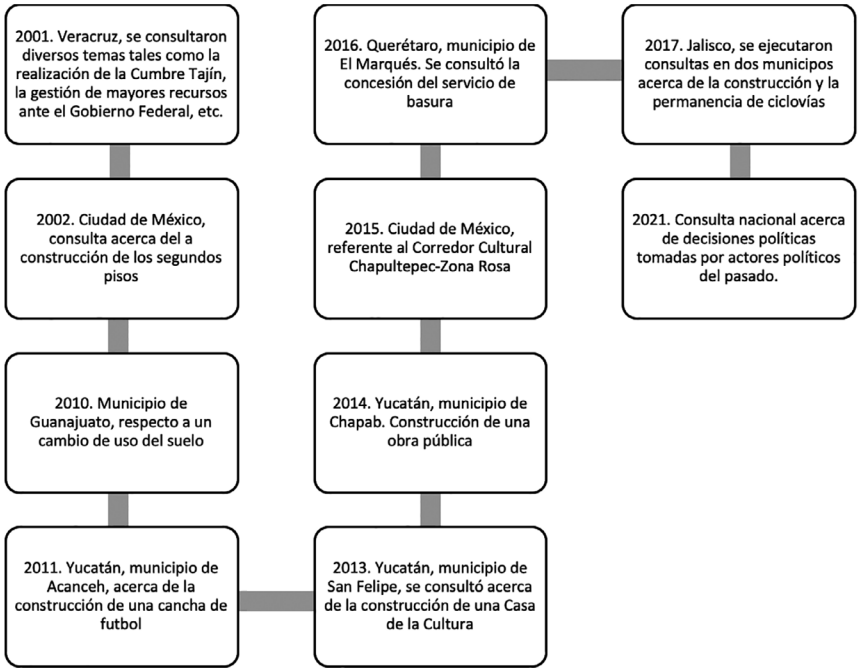
19 British Broadcasting Corporation. *El Brexit gana el referendo: Reino Unido elige salir de la Unión Europea. ¿Qué pasa ahora?* En https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-36614807 (3 de agosto de 2023)

20 British Broadcasting Corporation. *Minuto a minuto: Escocia dice "No" a la independencia de Reino Unido.* En https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140917_vivo_escocia_decide_referendo_independencia_voto. (3 de agosto de 2023)



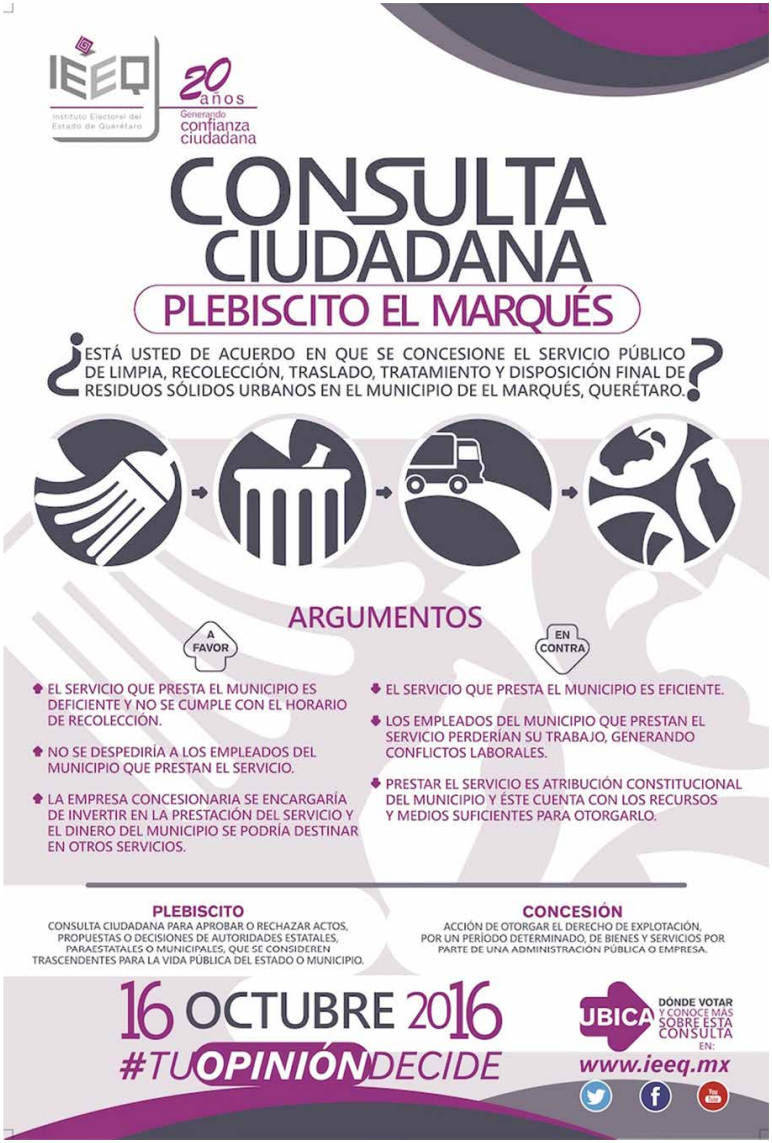
Elaboración propia

Es interesante preguntarnos acerca de si en nuestro país se han presentado ejercicios de este tipo; esto es, si más allá de la previsión normativa, en la realidad han sucedido. Aquí presento un breve recuento de algunos de tales ejercicios en el siglo actual:



Elaboración propia con información de los organismos púbicos locales electorales de las entidades citadas, así como del INE

Como ejemplo de la difusión que se ha realizado en estos ejercicios, se presenta la siguiente imagen, propia del plebiscito realizado en el municipio de El Marqués:



Fuente: Memoria consulta ciudadana plebiscito El Marqués, sobre el servicio público de limpia y manejo de residuos sólidos, Instituto Electoral del Estado de Querétaro[21]

21 Visible en https://ieeq.mx/contenido/ieeq/informes/pciudadana/informeplebiscito2016.pdf

Del cuadro presentado se desprende que, en la realidad, estos mecanismos han sido ejecutados en nuestro país, con especial relevancia en lo local. Por tanto, la democracia participativa en nuestro país es una realidad, desde luego, sin prejuzgar acerca de la profundidad o amplitud de la participación.

El aspecto operativo tanto del plebiscito como del referéndum, y desde luego de la consulta popular, presenta pocas diferencias. Esto es, se realizan mediante sufragios que la ciudadanía puede ejecutar de forma física o electrónica, según lo prevea la legislación aplicable.

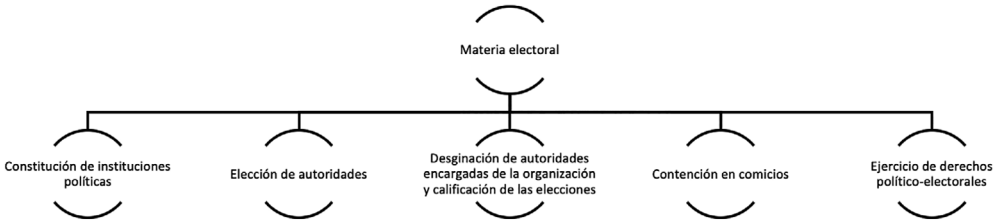
Ahora bien, ¿estos mecanismos son "materia electoral"? la respuesta dependerá del contenido que otorguemos a tal concepto; si consideramos que lo comicial se refiere únicamente a la selección de representantes por conducto del voto público, no lo será. Pero si entendemos la materia electoral en un sentido más amplio, como la toma de decisiones en políticas públicas o legislativas, así como la designación de representantes, por medio del voto ciudadano, entonces en efecto las consultas populares son materia electoral.

El tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido:

> **MATERIA ELECTORAL. DEFINICIÓN DE ÉSTA PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DE LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL.** Para determinar cuándo la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene competencia para resolver una controversia por no inscribirse ésta en la "materia electoral" excluida por la fracción I del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe evitarse la automática traslación de las definiciones de lo electoral desarrolladas en otras sedes procesales y aplicar sucesivamente los siguientes criterios: 1) es necesario cerciorarse que en la demanda no se impugnen "leyes electorales" —normas generales en materia electoral—, porque la única vía para analizar su constitucionalidad es la acción de inconstitucionalidad; 2) debe comprobarse que no se combaten actos y resoluciones cuyo conocimiento es competencia de las autoridades de justicia electoral, esto es, que no sean actos en materia electoral directa, relacionada con los procesos relativos al sufragio ciudadano; 3) debe satisfacerse el resto de las condiciones que la Constitución y la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II de su artículo 105 establecen para que se surta la competencia del Máximo Tribunal del país —en particular, que se trate de conflictos entre los poderes públicos conforme a los incisos a) al k) de la fracción I del artículo 105 constitucional—. Así, la extensión de la "materia electoral" en sede de controversia constitucional, una vez considerados los elementos constitucionalmente relevantes, se sitúa en un punto intermedio entre la definición amplia que rige en las acciones de inconstitucionalidad, y la estricta aplicable en el juicio de amparo, resultando especialmente relevante la distinción entre la materia electoral "directa" y la "indirecta", siendo aquélla la asociada con el conjunto de reglas y procedimientos relacionados con la integración de los poderes públicos mediante el voto ciudadano, regidos por una normativa especializada, e impugnables en un contexto institucional también especializado; por la segunda —indirecta—, debe entenderse la relacionada con los mecanismos de nombramiento e integración de órganos mediante decisiones de otros poderes

públicos los cuales, por regla general, involucran a sujetos muy distintos a los que se enfrentan en los litigios técnicamente electorales[22].

De aquí se desprende que son materia electoral los asuntos siguientes:



Elaboración propia

Existe un criterio de los tribunales colegiados, que señala:

> **INTERÉS JURÍDICO EN EL AMPARO. NO SE ACTUALIZA SU FALTA COMO CAUSA MANIFIESTA E INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA PARA DESECHAR LA DEMANDA RESPECTIVA, SI EL ACTO RECLAMADO CONSISTE EN UN DECRETO POR EL QUE SE AUTORIZA AL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA A CONTRATAR EMPRÉSTITOS PARA SER DESTINADOS AL REFINANCIAMIENTO DE LA DEUDA PÚBLICA ESTATAL Y EL QUEJOSO AFIRMA TENER EL DERECHO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 2o. DE LA CONSTITUCIÓN LOCAL PARA INTERVENIR DIRECTAMENTE EN LAS DECISIONES DEL GOBERNADO Y DEL CONGRESO DE LA ENTIDAD A TRAVÉS DEL PLEBISCITO Y EL REFERENDO.** El artículo 145 de la Ley de Amparo prevé que el Juez de Distrito debe examinar el escrito de demanda y si encuentra una causa manifiesta e indudable de improcedencia, lo desechará de plano, entendiéndose por la primera, la que se advierta en forma clara, patente y evidente, y por la segunda, que exista certeza y plena convicción de que el motivo de improcedencia es real y operante; esto es, que aun en el supuesto de admitirse la demanda y sustanciarse el procedimiento, no sería posible arribar a una convicción diversa. En estas condiciones, si el acto reclamado consiste en un decreto, como el número 536 que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del diverso número 534, publicado en el Periódico Oficial local el 29 de septiembre de 2011, por el que se autoriza al Estado de Coahuila de Zaragoza a contratar empréstitos para ser destinados al refinanciamiento de la deuda pública estatal, y el quejoso afirma tener el derecho establecido en el artículo 2o., fracción I, de la Constitución Local para intervenir directamente en las decisiones del gobernado y del Congreso de la entidad a través del plebiscito y el referendo, no se actualiza la falta de interés jurídico como causa manifiesta e indudable de improcedencia que amerite el desechamiento de la demanda, pues en ese caso se dejaría al promovente de la acción constitucional en estado de indefensión, privándolo de la oportunidad de allegar pruebas

22 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. México. Tomo XXVI. Diciembre de 2007. p. 1280.

> al juicio que justificaran ese interés que, en tanto género, comprende el derecho subjetivo y el interés legítimo, como requisito de procedibilidad. Lo anterior es así, porque si además de lo establecido en el citado artículo 2o., el ciudadano cuenta con la facultad de acudir a los tribunales federales para reclamar la afectación de sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, mediante un instrumento efectivo (juicio de amparo), que sirve para obtener la protección judicial contra actos violatorios de sus derechos, resulta que al no permitirle participar por medio de las mencionadas herramientas con las que el Estado lo dotó, ese proceder constituye una afectación que amerita que el Tribunal Colegiado que conozca de la revisión a esa decisión supla la queja deficiente en términos de la fracción VI del artículo 76 Bis de la Ley de Amparo y ordene la admisión de la demanda de garantías.[23]

Este criterio presenta los siguientes elementos:

- No se refiere al fondo, sino al procedimiento
- La idea central es evitar la indefensión
- La parte quejosa puede acreditar la existencia de un interés jurídico.

Estimo que el criterio se equivoca de enfoque, dado que la cuestión no radica en un tema de falta de interés jurídico, sino de idoneidad del proceso elegido. Desde el punto de vista de los presupuestos procesales, se trata de una cuestión de incompetencia e improcedencia de la vía, no de falta de personalidad o de legitimación en la causa.

Debe considerarse la temporalidad de estos criterios. Desde su emisión, han surgido otros asuntos que hoy consideramos materia electoral, tales como la violencia política en razón del género, cuando se ejerce contra personas electas popularmente; así como la democracia participativa.

La materia electoral, entonces, afirmo que no sólo tiene que ver con la democracia representativa, sino también con la participativa y, desde luego, la deliberativa.

Si el amparo no es el medio de impugnación que pueda promoverse contra los actos de una consulta popular, ya que se trata de materia electoral, entonces por derivación podemos considerar que el sistema impugnativo correspondiente es el electoral, tanto en lo local como en lo federal, dependiendo la naturaleza de la consulta.

Esto ha sido reconocido por la Sala Superior del TEPJF en la jurisprudencia 40/2010, de rubro **REFERÉNDUM Y PLEBISCITO. LOS ACTOS RELACIONADOS SON IMPUGNABLES MEDIANTE EL JUICIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO**. La razón de la misma es que, si el juicio en cita tutela el derecho al voto, y si consideramos que la participa-

23 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. México. Libro X, Julio de 2012. Tomo 3. p. 1624.

ción en las consultas populares se da mediante dicha figura, entonces cabe dentro del mato protector de la justicia electoral[24].

Ahora bien, los principios constitucionales de la materia electoral y del voto, ¿aplican en las consultas populares?, la Sala Superior del TEPJF se pronunció sobre el punto en la sentencia del SUP-JDC-5225/2015, del que derivó la tesis XLIX/2016, que se transcribe:

> **MECANISMOS DE DEMOCRACIA DIRECTA. EN SU DISEÑO DEBEN OBSERVARSE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO HUMANO DE VOTAR.** La inclusión de la iniciativa ciudadana y consulta popular en el artículo 35, fracciones VII y VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, implica el reconocimiento de los mecanismos de democracia directa, como vías para el ejercicio del derecho humano de votar, lo cual es acorde a lo establecido en los artículos 23, apartado 1, inciso a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 25, párrafo primero, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prevén el derecho de participación política de manera directa o mediante representantes libremente elegidos. En ese contexto, el elemento definitorio de estos mecanismos consiste en someter de forma directa a la ciudadanía, un tema trascendente, que puede ser una norma de carácter general, un acto de gobierno o hasta la revocación de mandato de un representante electo democráticamente. Por ello, toda vez que se trata del ejercicio del derecho humano de sufragio activo, en su desarrollo legislativo, se deben observar tanto los principios del voto, universal, libre, secreto y directo, como las demás garantías constitucionales y convencionales establecidas para su ejercicio, entre las que destacan la organización del proceso por un órgano que desarrolle sus funciones bajo los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, máxima publicidad y objetividad; así como un sistema de medios de impugnación para garantizar la constitucionalidad y legalidad de los actos que conforman el proceso.[25]

Esta tesis precisa que los principios de la materia electoral aplican a las consultas populares, dado que se vinculan al derecho político-electoral del voto. La trascendencia de este criterio radica en el impacto que tiene en el diseño legislativo de las consultas, así como en el desarrollo reglamentario que realicen los institutos electorales, y en la ejecución de las mismas.

Establece, además, una guía para la judicatura local, en cuanto a que los litigios sobre consultas populares deberán ser resueltos tomando en cuenta los principios que la propia tesis señala. Si las consultas son materialmente electorales, y en las mismas la participación se manifiesta en el sufragio, puede considerarse entonces que también

---

24 *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Año 3. Número 7. 2010, pp. 42 a 44.

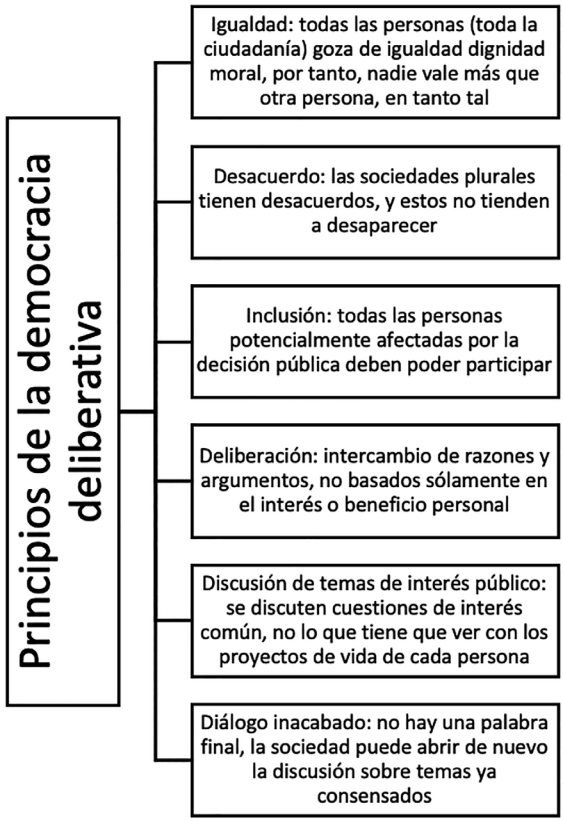
25 *Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*. México. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Año 9, Número 18, 2016, pp. 96 y 97.

aplican los principios constitucionales del voto, esto es, los de libertad, secrecía, directo, personal e intransferible; así como los de las elecciones, que deben ser libres y auténticas.

III. DEMOCRACIA DELIBERATIVA

La democracia deliberativa busca un procedimiento de toma de decisiones públicas mediante la discusión colectiva. A diferencia de la democracia participativa, en los ejercicios deliberativos no se trata de que la ciudadanía tome de manera inmediata la decisión, sino de que aporte sus reflexiones, opiniones o información.

Por tanto la democracia deliberativa implica, esencialmente, un ejercicio dialógico conforme los siguientes principios:

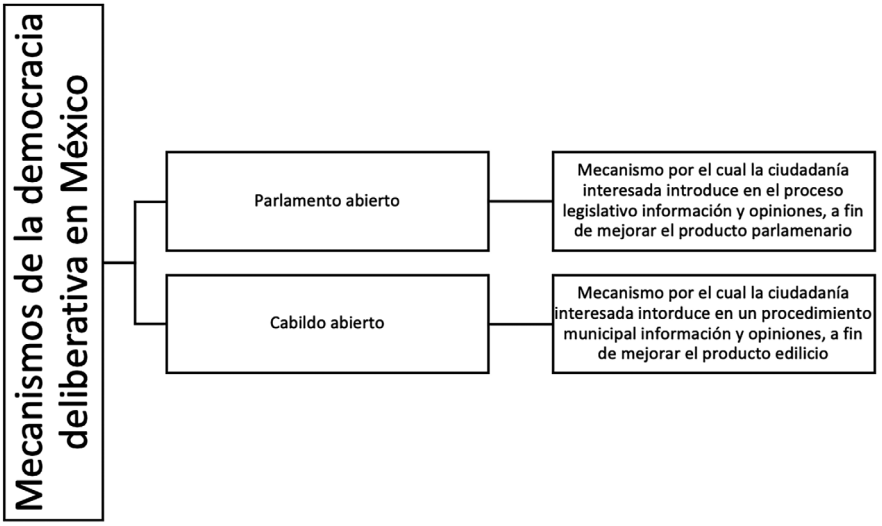


Elaboración propia con base en Gargarella, ob. cit.

Para el caso mexicano, esto puede retomarse a partir de aquellos grupos que tienen derecho a la consulta, tal como sucede con los pueblos y comunidades indígenas[26], personas que viven con una discapacidad[27] personas adultas mayores[28].

En los casos anteriores, las autoridades, tanto legislativas como administrativas e incluso órganos autónomos que pretendan decidir una acción afirmativa, deben considerar la opinión de tales grupos sociales.

¿Qué mecanismos de democracia deliberativa tenemos?



Elaboración propia

Ahora bien, ¿cuáles son las reglas que deben aplicarse a este tipo de ejercicios?

Considero que pueden servir como guía los criterios establecidos en la acción de inconstitucionalidad 1/2017[29]. En esta sentencia, se estudió lo relativo al derecho a la consulta de las personas con discapacidad, misma que tiene como fundamento los artículos 3 y 4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

¿Es lo mismo parlamento o cabildo abierto que derecho a la consulta? No, el primero es una práctica legislativa, la segunda constituye un derecho que tienen diversos gru-

26 *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, art 6; *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 2.

27 *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, art. 4; Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad*, artículo III.

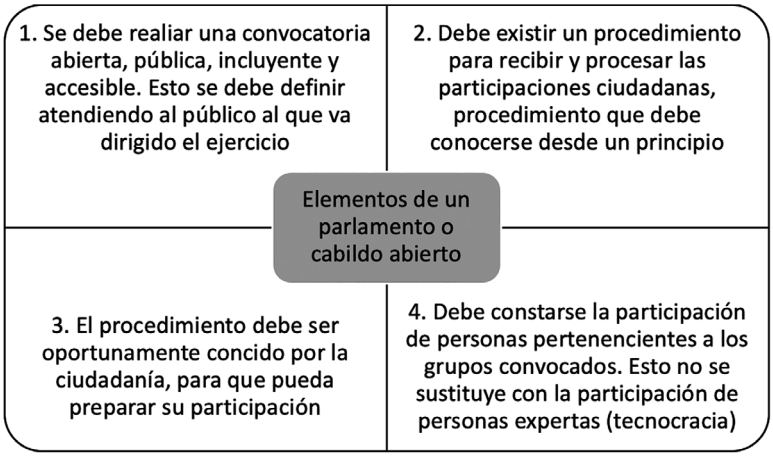
28 *Ley de los derechos de las personas adultas mayores*, art. 4.

29 Publicada en: *Diario Oficial de la Federación*. México. 18 de febrero de 2020.

pos sociales, previo a la emisión de un texto normativo, acción afirmativa o política pública.

Sin embargo, en ambas figuras lo que tenemos es la necesidad de abrirse a la participación ciudadana, como elementos de democracia deliberativa, mediante mesas, reuniones de trabajo, foros, etc., en los que la ciudadanía pueda participar abiertamente. Así, estimo que los criterios fijados por la Suprema Corte en la acción citada, son perfectamente aplicables a un ejercicio tanto de parlamento como de cabildo abierto.

Adaptando los criterios de la sentencia de referencia, presento los siguientes elementos como parámetro para considera un adecuado ejercicio de parlamento o cabildo abierto:



Elaboración propia con base en la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 1/2017

Como puede observarse, un parlamento o cabildo abierto no es un mero ejercicio de *legitimación* de una decisión ya tomada, sino la posibilidad real de conocer las opiniones de la ciudadanía. Por tanto, parte de que el órgano legislativo o el ayuntamiento acepten que su obra se encuentra en proceso, por tanto, no es perfecta.

CONCLUSIONES

Las dimensiones de la democracia son variadas, incluso dentro de nuestro país. En este estudio, necesariamente parcial (dado que un abordaje de todas las dimensiones requeriría la extensión de un libro) se han evidenciado las vertientes representativa, participativa y deliberativa.

En cada uno de estos aspectos, *lo democrático* implica un grado de participación popular, pero de diversa densidad.

Así, en la democracia representativa la ciudadanía elige a quienes decidirán en su nombre; en la participativa decide de forma directa o inmediata las cuestiones sujetas a su consideración; mientras que en la deliberativa aporta elementos para que las y los representantes determinen el curso de acción política.

De todo esto se desprende que no es mejor una que otra, sino que depende el objeto que se quiere alcanzar con la participación; por tanto, pueden estar sujetas a reglas distintas. Unas se manifiestan en campañas y en boletas; otras en foros y mesas de trabajo.

En todo caso, entender las diversas dimensiones de la democracia constitucional mexicana nos permite apreciar su complejidad, diseñar los mecanismos adecuados para que cada una de estas formas tenga una ejecución adecuada.

Respecto de los mecanismos de democracia participativa, con particular énfasis en sus manifestaciones de plebiscito y referéndum, he apuntado la existencia de una posible contradicción de posturas jurisdiccionales, en tanto a la sede en la que debe darse la defensa de los derechos con tales ejercicios vinculados; expresando a la vez las razones que me llevan a sostener que la electoral es la jurisdicción adecuada para atenderlos.

Este documento abre la oportunidad a otras investigaciones, que pueden ir desde el tipo de ciudadanía que se requiere en cada una de estas formas de democracia, hasta el estudio de algunas figuras diversas, como el presupuesto participativo; o la profundización en otras manifestaciones democráticas, como la comunitaria.

BIBLIOGRAFÍA

Asociación de Academias de la Lengua Española. "Consulta popular" en Diccionario panhispánico del español jurídico en https://dpej.rae.es/

Beard, Mary. SPQR. Una historia de la antigua Roma. México. Crítica. 2016.

British Broadcasting Corporation. El Brexit gana el referendo: Reino Unido elige salir de la Unión Europea. ¿Qué pasa ahora? En https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-36614807

British Broadcasting Corporation. Minuto a minuto: Escocia dice "No" a la independencia de Reino Unido. En https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140917_vivo_escocia_decide_referendo_independencia_voto

Cabo de la Vega, Antonio de. El derecho electoral en el marco teórico y jurídico de la representación. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. 1994.

Corporación Latinobarómetro. "Informe 2021" en https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp (2 de agosto de 2023)

Escobar Aubert, Luis. "La consulta popular en México". Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXIV. Número 262. Facultad de Derecho de la UNAM. 2017.

Fairlie, J. A. The Nature of Political Representation, II. The American Political Science Review. Número 34(3). Estados Unidos. Universidad de Cambridge. 1940.

International Institute for Democracy and Electoral Assistance. Direct Democracy: The International IDEA Handbook en: https://www.idea.int/sites/default/files/publications/direct-democracy-the-international-idea-handbook.pdf

Máiz, Ramón. "Modelos Normativos de Democracia" en Revista Mexicana de Sociología. Número 66. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2004.

Mounk, Yascha. The People vs. Democracy. Why our freedom is in danger & how o save it. Estados Unidos. Harvard University Press. 2018.

Pérez Sola, Nicolás. "Breve análisis de las experiencias de referéndum en la V República francesa". Revista de Estudios Políticos. Número 78. Madrid. 1992

Prud'homme, Jean-Francois. Consulta popular y democracia directa. México. Instituto Nacional Electoral. 2016.

Przeworski, Adam. Crises of Democracy. Estados Unidos. Cambridge University Press. 2019.

Saénz, Eva; y Garrido, Carlos. La funcionalidad del referéndum en la democracia representativa. España. Tirant lo Blanch. 2017.

Sartori, Giovanni. ¿Qué es la democracia? México. Nueva Imagen. 1997.

Tarr, G. Alan. Understanding State Constitutions, Estados Unidos. Princeton University Press. 1998.

Valadés, Diego. "Referéndum constitucional", Hechos y Derechos. Número 23. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2014.

Fuentes normativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Diario Oficial de la Federación.

Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral.

Ley de los derechos de las personas adultas mayores.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD RESPECTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE

Emilio Vargas Chávez*

RESUMEN: El objeto de este artículo es analizar la posibilidad y en su caso la necesidad de que los autoridades jurisdiccionales puedan llevar a cabo el control de convencionalidad de las jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en aquellos casos en que los juzgadores identifique que en dichas jurisprudencias existe una clara violación a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en todo el cuerpo del Corpus Iuris Interamericano.

Para poder llevar a cabo el estudio de referencia en este artículo se analizará en que consiste el control de convencionalidad y sus alcances dentro del nuevo paradigma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, también se explorará la forma en la que se encuentra regulada actualmente la obligatoriedad de la jurisprudencia en México para establecer sus límites legales. Asimismo revisaremos que ha dicho la Suprema Corte en una de sus resoluciones más ilustrativas sobre este tema con respecto a la posibilidad de los juzgadores de llevar a cabo dicho control respecto de sus jurisprudencias y por último, daremos las conclusiones a las que se llegaron en el desarrollo de este trabajo.

PALABRAS CLAVE: Control de convencionalidad, jurisprudencia, derecho internacional de los derechos humanos, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, diálogo judicial.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO. 2.1. Evolución del Control de Convencionalidad del Sistema Interamericano.. 2.2. Tipos de control de convencionalidad. 2.2.1. Control de convencionalidad externo. 2.2.2. Control de convencionalidad interno. 2.3. Beneficios del ejercicio del control de convencionalidad. 2.4. El control convencionalidad como parte del diálogo judicial. 3. LA REGULACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO. 3.1. Jurisprudencia como fuente del derecho. 3.2. Regulación legal de la obligatoriedad de la jurisprudencia. 4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA JURISPRUDENCIA. 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

Derivado de las atrocidades provocadas por la Segunda Guerra Mundial, la universalización de los derechos humanos se presentó como la respuesta para modificar la antigua concepción de la ilimitada soberanía estatal de los Estados sobre sus territorios en cuanto a la determinación de los derechos reconocidos por sus ordenamientos jurídicos y la forma de garantizar la eficacia de los mismos[1].

* Abogado por la Escuela Libre de Derecho y alumno del primer semestre de la Maestría de Derecho Constitucional de dicha escuela.

La configuración de un nuevo orden internacional modificó el clásico ya existente, dando cabida a la llegada del derecho internacional de los derechos humanos, en el que los Estados soberanos, sin renunciar a su soberanía, acordaron en ejercicio de sus facultades soberanas establecer una organización internacional intergubernamental con personalidad jurídica propia y con un sistema de normas jurídicas con una noción vertical del derecho.

La consecuencia de este sometimiento de los Estados a un nuevo orden y ordenamiento jurídico, es que éstos ya no pueden sostener la idea de soberanías ilimitadas y libres de control externo en lo relativo al respeto y protección de los derechos humanos de los individuos.

En este sentido, los Estados cambiaron su visión cerrada de la soberanía estatal, en pro de establecerse límites respecto a los derechos de las personas y el compromiso de garantizar los mismos para no dejar a su libre arbitrio el compromiso de hacer efectivos los derechos humanos.

Lo anterior dio origen al denominado bloque de constitucionalidad[1], el cual podemos describirlo una categoría jurídica que surge del derecho constitucional comparado y que engloba al conjunto de normas jurídicas que gozan de jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de un país, constituyendo el parámetro de control de validez del resto del ordenamiento jurídico, pese a que no aparezcan expresamente en la Constitución, siempre que esté remita a dichas normas.

En nuestro sistema jurídico mexicano el reconocimiento del llamado bloque de constitucionalidad se encuentra en el artículo 1ro constitucional, lo que implica que normas de derechos humanos que se encuentren en tratados internacionales suscritos por México, forman parte de este bloque de constitucionalidad. Sin embargo, la obligación de los Estados y en particular de México van aún más allá de los tratados, pues en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante DIDH), se ha creado un "corpus iuris" que comprende todo el cuerpo de normas, resoluciones, directrices, opiniones, costumbres, principios y cualquier otro instrumento que lo componen, formado entre otros instrumentos por tratados, convenios, resoluciones y declaraciones[2], con los cuales el Estado Mexicano se encuentra obligado en distintos grados y medidas al cumplimiento de los mismos, todo en aras de garantizar los derechos humanos a las personas que se encuentren dentro de su territorio.

---

1 Rey, Sebastián A. "Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales ¿Tres conceptos incompatibles?", en *Revista Derechos Humanos*, año 1, núm. 1, noviembre 2012 pp. 75-85.

1 Guerrero, Arturo. "¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad", CNDH, México., 2016, p. 58.

2 O'Donnell, Daniel (2012). "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano", 2a edición, México, OACNUDH y TSJDF, 2012. p. 56.

Inmerso el Estado mexicano en el nuevo paradigma de derechos humanos, constitucionalizo sus obligaciones y compromiso con estos con la reforma del 2011 a su artículo 1ro constitucional, donde estableció la obligación de todas las autoridades en el ámbito de sus competencias a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (obligaciones de vínculo) y por consiguiente el Estado mexicano en su conjunto tiene el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar estos derechos (obligaciones de control), además de establecer el principio "pro persona" y la interpretación de los derechos humanos conforme a la constitución y los tratados, dando en todo tiempo a la persona la protección más amplia, como elementos centrales de este nuevo paradigma en el sistema jurídico nacional.

Como puede observase, México se encuentra en un proceso de hacer efectivo tanto formal y materialmente sus compromisos con el DIDH y dentro de las herramientas más importantes en la materia es sin duda la realización del control normativo por parte de todas las autoridades, con énfasis especial en las jurisdiccionales, lo que contribuye a lograr hacer efectivos los derechos humanos.

Sin embargo, los poderes has establecido ciertos límites a esta herramienta, lo que en ciertos casos impide que puedan realizarse las garantías secundarias de los derechos humanos de forma efectiva.

Un ejemplo de estos límites para realizar el control de convencionalidad lo encontramos en la jurisprudencia emitida por el máximo tribunal del país, pues basándose en lo dispuesto por la legislación actual y la interpretación de la Suprema Corte, se ha interpretado que la jurisprudencia emitida por este alto tribunal, aun cuando los órganos jurisdiccionales inferiores consideren que viola derechos humanos, no pueden ejercer el control de convencionalidad para inaplicarlas.

Esto supone una contradicción con la finalidad del compromiso realizado por México con relación a garantizar los derechos humanos consagrados en el corpus iuris presente en el DIDH.

Al efecto, este trabajo realizará un breve análisis respecto del control de convencionalidad, la regulación de la obligatoriedad de la jurisprudencia y de los criterios tomados por la Suprema Corte con respecto al ejercicio del control de convencionalidad de la jurisprudencia de este máximo tribunal, para poder tener una conclusión respecto a esta limitación y su repercusión respecto a nuestros compromisos internacionales.

2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO

El control de convencionalidad es una de las especies del control normativo[3], el cual supone la idea del sometimiento del orden estatal al derecho, es decir, se somete el

3 De acuerdo al doctor Sergio Charbel en su tesis doctoral "La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y

derecho al cumplimiento de estándares tanto formales como materiales tanto constitucionales como legales, así como a normas dimensionales del sistema jurídico estatal y a principios.

En este sentido, el control normativo refiere al dominio de acciones para cumplir con las normas del sistema jurídico, vigilar su cumplimiento y prevenir su incumplimiento, resolver el incumplimiento de las normas del sistema jurídico y restaurarlas o regenerarlas[4].

Por lo tanto, lo que se busca como objetivo es la regularidad, es decir, el ajuste de las normas, actos u omisiones a los parámetros normativos de un sistema jurídico. Esto funciona por hacer una comparación como parte del sistema inmunológico del sistema jurídico para corregir sus anomalías.

Es importante precisar que me referiré exclusivamente al control de convencionalidad del Sistema Interamericano, la precisión es relevante toda vez que a pesar de que existen muchas similitudes entre los sistemas de control regionales (Sistema Regional Europeo y Africano) y su objetivo termina siendo el mismo, los sistemas de control en otras regiones, tienen distintos alcances, así como un proceso de evolución distinto.

En lo particular la maestra Ibáñez Rivas, señala que cuando se habla de control de convencionalidad, se usa para referirse a la obligación de los Estados Parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, consistente en aplicar dicho tratado y los demás tratados del sistema interamericano de derechos humanos, así como la jurisprudencia de la corte, en su derecho interno[5].

Al efecto, se tratan del conjunto de acciones orientadas a que se cumplan las normas de los instrumentos internacionales incorporadas al sistema jurídico estatal, por lo cual todos los órganos, poderes y autoridades de un Estado parte de un tratado están obligados a velar por el cumplimiento de las disposiciones de dichos instrumentos.

2.1. Evolución del Control de Convencionalidad del Sistema Interamericano.

En el Sistema Interamericano, el control de convencionalidad se fue configurando como producto de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las opiniones y votos particulares de los jueces integrantes del sistema.

---

convencionales", existen cuatro tipos de control normativo los cuales son: sistémico, constitucional, convencional y legal, dicha clasificación depende de las normas que son objeto de protección.

4 Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales", tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021, p. 242.

5 Ibáñez Rivas, Juana María, "El control de convencionalidad y la consolidación del Ius Commune interamericano", en *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute*, México, 2017, p. 386.

Los primeros criterios que ayudaron a conformar dicho control partieron de las contribuciones de los votos razonados del juez Sergio García Ramírez en los casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Tabi vs. Ecuador y López Álvarez vs. Honduras[6].

De dichos votos podemos destacar los siguientes criterios:

- Para efectos de la Convención, el Estado es un todo integral, por lo que las sanciones de la Corte no son para un órgano en específico sino que la responsabilidad y la sanción repercute sobre el Estado en su conjunto.
- La labor de la Corte Interamericana se asemeja mucho a la de las cortes Constitucionales, pues se examinan los actos impugnados a la luz de las normas, principios y valores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- La Corte Interamericana debe verificar la compatibilidad de la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención, explorando las circunstancias de *jure* y de *facto* del caso.

La expresión del término de control de convencionalidad aparece por primera vez en el año 2006, con la resolución del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, en el que la Corte Interamericana determinó que el Poder Judicial chileno aplicó una norma que violaba la Convención Americana, por lo que dicho poder estatal debería ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican al caso en concreto y el mencionado instrumento internacional[7].

A partir de esta resolución, el control de convencionalidad fue evolucionando con las resoluciones, sentencias y mediante la emisión de opiniones consultivas como la Opinión OC-21/14[8], en la que la Corte Interamericana precisó que los diversos órganos de los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), incluyendo a los que no son parte de la Convención pero que se han obligado a respetar la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana deben de lograr el respeto y garantía de los derechos humanos.

Asimismo, la Corte Interamericana en la resolución de supervisión de cumplimiento de la sentencia del caso Gelman vs. Uruguay de 2013, se desprendieron dos de sus manifestaciones de la obligación estatal de ejercer el control de convencionalidad, que son el efecto inter-partes y el efecto erga omnes. En relación con el primero, se señala que cuando existe cosa juzgada en una sentencia internacional, los Estados que han sido parte del juicio, incluidos todos sus órganos, se encuentran sometidos al tratado y a la sentencia emitida por la Corte Interamericana. El segundo, es en relación con

6 Ibídem. Pp. 398–391.
7 Ídem. P. 391.
8 La Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, es relativa a Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

los Estados que no han sido parte material de un juicio internacional, en este caso, se señala que todos los Estado parte de la Convención Americana y en particular sus autoridades públicas incluyendo las jurisdiccionales y las democráticas en todos sus niveles, están obligados por el tratado, por lo que deben de ejercer en el ámbito de sus competencias un control de convencionalidad tanto en la emisión como en la aplicación de las normas, como en la resolución de casos concretos, teniendo en cuenta el tratado y sus precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana, produciendo un efecto erga omnes[9].

2.2. Tipos de control de convencionalidad

Existen dos tipos de control convencional, en primer lugar, el que se ejerce por las autoridades nacionales para cumplir con los acuerdos internacionales y en segundo lugar, el que se ejerce por autoridades internacionales para prevenir y corregir las violaciones cometidas por autoridades nacionales[10].

2.2.1. Control de convencionalidad externo

El Control de convencionalidad externo hace referencia al conjunto de acciones realizadas por medio de las funciones de las autoridades internacionales, orientadas a que se cumplan con las normas de los instrumentos internacionales que fueron incorporados al sistema jurídico estatal de un Estado.

Lo anterior es llevado a cabo mediante funciones restaurativas, de implementación ejecutiva y jurisdiccional respecto a las actuaciones de un Estado.

Esta actuación de los órganos del sistema interamericano se basa en dos principios, el *pacta sunt servanda* y la premisa de que los Estados parte no pueden invocar normas del derecho interno para incumplir con las normas internacionales.

En este sentido, las acciones de la Corte Interamericana guardan un papel de suma relevancia porque es el órgano que se encarga de estas acciones restaurativas que protegen la regularidad de las normas, actos y omisiones de los Estados en relación con las normas jurídicas del sistema Interamericano. Sus sentencias tienen carácter de cosa juzgada internacional, por lo que son definitivas e inatacables y Estados parte de un

9 Ídem. Ibáñez Rivas, Juana María, "El control de convencionalidad y la consolidación del Ius Commune interamericano", *en Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, México*, 2017. pp. 402-403.

10 Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales", tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021, p. 290.

juicio y todos aquellos que sean parte de la Convención Americana están obligados a cumplirlas.

Al efecto, la eficacia de las sentencias de la Corte tiene dos proyecciones: a) directa, absoluta y subjetiva, respecto a los Estados Parte del proceso (*res judicata*)[11]; y b) indirecta, relativa y objetiva, hacia todos los Estados Parte de la Convención que no hayan sido parte del proceso (*res interpretata*)[12], que en su conjunto conforman parte de este corpus iuris interamericano que le es obligatorio al Estado mexicano.

2.2.2. Control de convencionalidad interno

El control convencional interno es una de las especies del control de convencionalidad, que refiere a la potestad conferida a los órganos jurisdiccionales nacionales, para verificar la congruencia entre los actos internos (normas, actos y omisiones) y las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el caso particular de México del Derecho Interamericano[13].

De dicha verificación supone un ejercicio de interpretación del que se desprenden consecuencias jurídicas ya sea de convalidación o de invalidación del acto jurídico estatal. Así, el control de convencionalidad interno es una expresión de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional, que se traduce en el imperio del Estado de Derecho, la vigencia de los derechos y generar una armonización del ordenamiento regional interamericano para formar un *ius commune*.

Es preciso destacar que el deber de México de realizar dicho control de forma interna, se desprende de lo dispuesto por la Convención Americana en sus artículos 1ro y 2do, que se transcriben a continuación:

> **Artículo 1.** Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social,

---

11 Artículo 67 El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.
Artículo 68 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. Ambos artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

12 Ídem. Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales" pp. 291–292.

13 García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, IIDC, CIDH y UNAM*, México, 2013, pp. 769-770.

posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Dichos artículos imponen el deber de respeto y garantía de los derechos, así como el de adoptar las medidas de distinta naturaleza que lo aseguren. Esta obligación de garantía se traduce en instrumentar los mecanismos necesarios para asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Asimismo, las sentencias de la Corte Interamericana, han sido sumamente relevantes para que México vaya delineando la forma en la que ejerce dicho control, pues se ha determinado que para garantizar dichos derechos se deben adoptar medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías, es decir, atender el principio del "*effet utile*", que implican que las medidas de derecho internacional han de ser efectivas.

Ahora bien, existen dos formas de ejercer el control de convencionalidad de las normas: a) concentrado, que se deposita en un órgano jurisdiccional supremo; y b) difuso, que asigna el control a un amplio número de juzgadores, llamados a pronunciarse sobre la constitucionalidad o convencionalidad de las normas internas que en principio deben aplicar y están autorizados para desaplicar o eventualmente invalidar dichas disposiciones cuando son contrarias o incompatibles con el orden internacional de derechos humanos[14]. Éste último, puede permitir un sistema de control extenso de carácter vertical y general.

En principio esta labor de confrontación de normas nacionales e internacionales corre a cargo de cualquier persona, y ciertamente le compete a todas las autoridades el respetar en el ámbito de sus competencias los derechos humanos y estos incluyen los establecidos en el derecho internacional que se encuentren en los instrumentos ratificados por el Estado mexicano y las interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, no podemos dejar inadvertido que la realización del control de convencionalidad le es atribuible con un especial énfasis a las autoridades jurisdiccionales.

El juzgador es una pieza central en el control de convencionalidad y su función juega un papel preponderante como garantía segundaría de los derechos humanos.

La Suprema Corte con la resolución de sentencias han ayudado a delimitar el control de convencionalidad, dentro de las resoluciones más relevantes y que han ayudado a clarificar como debe ejercerse el control de convencionalidad en el país nos lo propor-

14 Ídem. p. 795.

ciona el expediente Varios 912/2010, el cual señala algunos criterios de gran relevancia, de los cuales me centrare particularmente en dos:

El primero hace referencia a que el control de convencionalidad deben de ejercerlo todos los jueces del Estado Mexicano por medio de distintos grados.

El segundo señala como debe de adoptarse el modelo de control de convencionalidad, el cual lo propone de la siguiente manera: a) Los jueces del poder judicial de la federación, al conocer de las controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y amparo, pueden declarar la invalidez de normas que contravengan los derechos humanos establecidos en la constitución y los tratados internacionales; b) los jueces del país en asuntos de su competencia podrán desaplicar normas que infrinjan derechos humanos de la Constitución o del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los instrumentos que el Estado mexicano haya ratificado; c) por su parte, las autoridades que no ejerzan en términos jurisdiccionales deben interpretar los derechos en la manera que mayormente favorezcan a las personas.

Asimismo, puede darse el caso que los jueces tengan que resolver casos cuando existen colisiones entre derechos, bienes y valores entre la Constitución y una Convención con normas de derechos humanos. En estos casos los métodos para dar una solución pueden ser los siguientes: a) aplicación del mejor derecho y la mejor interpretación; b) inaplicación de la regla constitucional; y c) reciclaje de la norma constitucional.

El control interno de convencionalidad está evolucionando en México a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, las recomendaciones y también el diálogo judicial, en la que cada vez se tiende más hacia el control difuso en función de grados, de acuerdo a las competencias de las distintas autoridades. En México tenemos un sistema que considero podría ubicarse en un punto mixto o de transición hacia el control difuso.

2.3. Beneficios del ejercicio del control de convencionalidad

Los efectos benéficos que produce un adecuado ejercicio del control de convencionalidad son conmensurables con las exigencias y responsabilidades que éste supone por parte de las autoridades.

Al efecto, un primer beneficio es que previene las violaciones de derechos humanos y del incumplimiento de las obligaciones estatales, el control exige necesariamente que las autoridades conozcan los criterios de interpretación y aplicación del corpus iuris interamericano, de manera que los casos sean resueltos internamente y no ser llevados al sistema interamericano[15].

15 Es importante recordar que el sistema Interamericano de Derechos humanos tiene un carácter subsidiario y complementarios del sistema jurídico de protección de derechos humanos Estatal, pues son éstos los que tienen en primer lugar la responsabilidad de garantizar estos derechos.

Otro beneficio podemos verlo en el fortalecimiento del dialogo judicial entre las cortes nacionales y las supranacionales, pues como lo señala el juez Sergio García Ramírez, el control de convencionalidad realizado con seriedad favorece y fertiliza el dialogo jurisprudencial interno e internacional, contribuyendo a impulsar la cultura jurídica común.

Y por último, podemos señalar que contribuye a la consolidación de ius commune interamericano, pues es un instrumento útil para construir el dialogo entre jurisdicciones. Esto permite la homogenización y va en encaminado al establecimiento de un mínimo de protección de los derechos humanos.

2.4. El control convencionalidad como parte del diálogo judicial

El diálogo es una conversación que produce tanto acuerdos como oposición, en particular cuando hablamos de diálogo judicial, nos referimos específicamente al diálogo entre los jueces, donde los actores son los jueces nacionales (ordinarios y del Tribunal Constitucional o Corte Suprema) y los jueces supranacionales[16]. En la cual, sus interacciones desempeñan un papel de red compleja y en evolución del entendimiento entre sus actores.

Este dialogo también puede darse entre jueces supranacionales de distintos sistemas regionales, tomando como base que ambos forma parte del Sistema Universal de Derechos Humanos y por tanto aunque de forma distinta, tiene objetivos semejantes[17].

Es importante precisar que aún antes de configurarse el concepto de control de convencionalidad, el diálogo judicial ya tenía cabida en la relación existente entre los tribunales nacionales y los supranacionales, así como con los jueces estatales de distintos países.

Podemos señalar que con la configuración del control convencional se vino a dar soporte, sustento y obligación, de tomar en cuenta con mayor medida y compromiso las resoluciones de los tribunales supranacionales y también de poner mayor atención en las resoluciones de los tribunales constitucionales de otros Estados.

Así el control de convencionalidad también podemos entenderlo como parte de este diálogo judicial pero con la diferencia que en el caso de algunos Estados como el de México, no solo es deseable, sino es una obligación constitucional y convencional que

16 Burgorgue-Larsen, Laurence, "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, IIDC, CIDH y UNAM*, México, 2013, pp. 131-132.

17 García Roca, Javier, "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tribunales constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales, IIDC, CIDH y UNAM*, México, 2013, pp. 219-242.

forma parte fundamental del entramado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues constituye una de sus más importantes herramientas para garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos y un mecanismo para corregir las violaciones a los mismos.

Ahora bien, es importante precisar que puede haber dos tipos de diálogos, a) dialogo regulado, organizado y previsto; b) dialogo espontaneo, libre. A su vez dentro de estas categorías del diálogo, existen dos manifestaciones en que se pueden presentar que son la vertical y horizontal.

El dialogo regulado, deriva de reglas procesales u obligaciones internacionales que se presenta entre el juez nacional y el supranacional, el cual es de carácter vertical. Podemos encontrar dos especies de este dialogo los cuales son i) dialogo integrado u organizado, que lleva a la vigencia y efectividad de la integración con el sistema regional; y ii) dialogo convencional, el cual, sin tomar un canal procesal, se manifiesta entre la corte supranacional y los tribunales nacionales, los cuales deben actuar como jueces convencionales de derecho común, generalmente este tipo de dialogo será conflictivo[18].

Por otro lado, tenemos el diálogo libre o espontaneo, el cual no deriva de una obligación internacional, sino es la manifestación de obligaciones invisibles, en el sentido que los jueces se encuentran vinculados por lazos que no pueden ignorar al momento razonar los casos concretos. En este caso, el diálogo se presenta de forma horizontal (entre jueces supranacionales o jueces nacionales) como vertical (entre jueces nacionales y los supranacionales).

Como puede apreciarse, si intentáramos ubicar al control de convencionalidad como parte de este diálogo judicial, podemos ver que tiene elementos y juega dentro de los dos tipos de diálogos distinguidos por el maestro Laurence Burgogue-Larsen, pues efectivamente existe una obligación convencional de llevar a cabo dicho control, por lo menos en lo que respecta al Sistema Interamericano, pero también es una obligación constitucional que se desprende del artículo 1ro Constitucional.

Asimismo, en lo que se refiere al dialogo judicial espontaneo, los jueces nacionales no deben solo ya tener en cuenta la normatividad nacional cuando emiten una resolución, sino que deben tener en cuenta todo el corpus iuris interamericano, lo que ha llevado en ocasiones a que autores analicen la factibilidad de una "constitución convencionalizada" y de concebir un "*ius constitutionale commune*" en América Latina.

Esto es así porque con el nuevo paradigma de derechos humanos y la incorporación de nuestro país al Derechos Internacional de los Derechos Humanos, no se basa en relaciones de jerarquía, de supremacía material y formal, sino que se consideran un conjunto de fuentes que se relacionan entre sí y trabajan en red.

18 Ídem. p. 134.

La idea del diálogo judicial, ayuda a entender como los Derechos Humanos se construyen globalmente por interpretación en la que diversas cortes cooperan en una red y produce que las sentencias de estos órganos obtengan mayor legitimidad y eficacia en su cumplimiento. El dialogo entre las cortes constitucionales y supranacionales, señala el maestro García Roca, se fundan en dos principios, el primero que obliga a que los derechos constitucionales sean interpretados secundum comventionem y el reconocimiento del margen de apreciación nacional[19]. Sin embargo, es importante precisar que este diálogo no se da solo con la corte constitucional, sino por medio del control difuso, existe diálogo con todos los tribunales del país.

Así las cosas, el dialogo es la búsqueda constante de equilibrio, en un ambiente complejo, abierto y evolutivo. Este diálogo judicial es de suma importancia en la construcción de sistemas regionales comprometidos con la garantía de los derechos humanos, pesé a que aún encuentra zonas de penumbra e imperfecciones como las que supone el margen de apreciación nacional, lo cierto es que entre más diálogo entre los jueces nacionales y los supranacionales, se producirá una mayor consolidación de los derechos humanos y mejores mecanismos para garantizarlos.

3. LA REGULACIÓN DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA EN MÉXICO

Para el objeto de nuestro análisis es conveniente llevar a cabo una breve reseña de que se entiende por jurisprudencia dentro de nuestro sistema jurídico y como se encuentra regulada, particularmente en lo que respecta a su obligatoriedad, lo que nos permitirá llegar a la discusión central que se pretende analizar.

Al efecto, pese al gran número de definiciones del concepto de jurisprudencia, haremos referencia a la manera en la que la define el maestro Ignacio Burgoa, para lo cual me permitiré trascribir su definición:

> "...la jurisprudencia se traduce en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señale la ley.[20]"

Como podemos apreciar, esta definición tiene un punto de vista desde un aspecto formalista del derecho pero que considero sumamente ilustrativo para entender esta fuente del derecho no solo desde un punto de vista doctrinal, sino con aspectos for-

19 Ídem p.228.

20 Burgoa, Ignacio, "El juicio de amparo, México", Porrúa, 2001, p. 823.

males, pues vincula directamente a la jurisprudencia con los alcances y límites que establece la legislación aplicable.

3.1. Jurisprudencia como fuente del derecho

Por otro lado, también se puede analizar a la jurisprudencia como una de las fuentes formales del derecho, junto con la ley y la costumbre. Así, la jurisprudencia tiene el carácter de acto normativo, pues este se impone no solo a las partes dentro de un juicio, sino también le es obligatorio a otros órganos del Poder Judicial[21].

En este sentido, podemos decir que desde este supuesto, existe creación del derecho, el cual es modificable por otros actos de su misma naturaleza. Aunado a lo anterior, a partir de las reformas de 1951, donde se adquiere el atributo de obligatoriedad, además de su función integradora, a través de la interpretación que hacen los tribunales del orden jurídico, crean auténticas disposiciones jurídicas.

Respecto a este tema en su momento también se pronunció el entonces ministro de la Suprema Corte, Genaro Góngora Pimentel, quien manifestó que además de que la jurisprudencia cumple con las características técnicas como fuente material del derecho, también cuenta con atributos como la generalidad, impersonalidad, abstracción y obligatoriedad, en lo que se respecta a la interpretación de la ley[22].

Por lo expuesto anteriormente, autores como la maestra Lucila Silva, concluyen que la jurisprudencia es una fuente del derecho no solo por interpretación jurídica, sino principalmente por ser integradora del derecho, pues la actividad de los jueces no debe circunscribirse a meros intérpretes o aplicadores del derecho, sino que también en ocasiones crean derecho.

3.2. Regulación legal de la obligatoriedad de la jurisprudencia

La jurisprudencia se encuentra regulada legalmente en el derecho mexicano por la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su Título Cuarto denominado "Jurisprudencia y Declaratoria General de Inconstitucionalidad".

En el derecho mexicano se puede generar jurisprudencia por los órganos competentes mediante tres formas: a) por precedentes obligatorios; b) por reiteración de tesis; y c) por contradicción de tesis. No será objeto del presente estudio, adentrarnos en las

21 Silva Guerrero, Lucilia. "Importancia de la jurisprudencia en el derecho administrativo mexicano". Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Año 2013. Véase en Acosta Romero, Miguel, Teoría general del derecho administrativo, México, Porrúa, 1986, p. 45.

22 Ibídem. Pp. 10-11. Véase en Góngora Pimentel, Genaro, Introducción al estudio del juicio de amparo, México, Porrúa, 1997, p. 611.

particularidades de la formación de la jurisprudencia, pero consideramos mencionarlo para tener en cuenta que existen distintas maneras en las que se puede conformar la jurisprudencia.

Como ya se mencionó en este mismo capítulo, la jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano tiene el atributo de ser obligatorio, sin embargo quien determina los alcances de los sujetos a quienes le son obligatorios se regula por la Ley antes mencionada de la siguiente manera:

> **Artículo 217.** La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas, con excepción de la propia Suprema Corte.
>
> *Párrafo reformado DOF 07-06-2021*
>
> La jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación será obligatoria para sus Salas, pero no lo será la de ellas para el Pleno. Ninguna sala estará obligada a seguir la jurisprudencia de la otra.
>
> *Párrafo reformado DOF 07-06-2021*
>
> La jurisprudencia que establezcan los plenos regionales es obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas de su región, salvo para la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los plenos regionales.
>
> *Párrafo reformado DOF 07-06-2021*
>
> La jurisprudencia que establezcan los tribunales colegiados de circuito es obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas de su circuito, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los plenos regionales y los tribunales colegiados de circuito.
>
> La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.
>
> **Artículo 228**. Los tribunales no estarán obligados a seguir sus propias jurisprudencias. Sin embargo, para que puedan apartarse de ellas deberán proporcionar argumentos suficientes que justifiquen el cambio de criterio. En ese caso, se interrumpirá la jurisprudencia y dejará de tener carácter obligatorio.
>
> Los tribunales de que se trata estarán vinculados por sus propias jurisprudencias en los términos antes descritos, incluso cuando éstos se hayan emitido con una integración distinta.
>
> *Artículo reformado DOF 07-06-2021*
>
> **Artículo 229**. Interrumpida la jurisprudencia, para integrar la nueva se observarán las mismas reglas establecidas para su formación.

Así las cosas, la legislación aplicable señala que la jurisprudencia emitida por los órganos competentes le es obligatoria a los juzgadores de menor jerarquía y para poder superar la ducha jurisprudencia requieren que sea interrumpida por las mismas reglas necesarias para su integración.

En cuanto a la regulación de la obligatoriedad de la jurisprudencia en la Constitución, si bien no se señala de forma clara la obligatoriedad que tienen las autoridades jurisdiccionales de acatar la jurisprudencia emitida por la Corte, de una interpretación del artículo 94 constitucional dicho órgano ha inferido tal obligación[23].

4. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DE LA JURISPRUDENCIA

En este capítulo abordaremos el tema central de este estudio, que fue motivado por una pregunta que en la práctica ya ha sido respondida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero cuyo resultado considero que no satisface adecuadamente el compromiso con el cambio de paradigma con respecto a los derechos humanos y la incorporación de México al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este sentido, la pregunta central a la cual me he referido es la siguiente:

¿La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ser objeto de control de convencionalidad ex officio, a cargo de los jueces nacionales, cuando detecten que resulta violatoria de algún derecho humano contenida en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte?

Como mencioné anteriormente esta pregunta fue respondida por la Suprema Corte con motivo de la Contradicción de Tesis 299/2013, de fecha 14 de octubre de 2014, entre los criterios sustentados por el octavo tribunal colegiado de circuito del centro auxiliar de la tercera región con residencia en Guadalajara, en apoyo del tribunal colegiado del vigésimo quinto circuito (que para efectos prácticos denominare "Tribunal 1") y el tribunal colegiado del vigésimo quinto circuito (que para efectos de practicidad denominaré "Tribunal 2"), y cuyo ponente fue el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, en la que se exponen argumentos sumamente interesantes al respecto y también se emitieron votos particulares que son de sumo interés para el análisis de esta interrogante.

Al efecto, realizare un breve análisis del caso en mención para exponer los argumentos utilizados para la resolución del caso en concreto.

El quid del tema es determinar si la jurisprudencia de la Suprema Corte, puede ser objeto de control de constitucionalidad y/o convencionalidad exoficio, a cargo de los

---

23 Artículo 94. Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Plenos Regionales, en tribunales colegiados de circuito, en tribunales colegiados de apelación y en Juzgados de Distrito. (Párrafo reformado DOF 31-12-1994, 22-08-1996, 11-06 1999, 11-03-2021)

...

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción. (Párrafo reformado DOF 06-06-2011, 11-03-2021.)

jueces nacionales cuando se detecte que dicha jurisprudencia viola un derecho humano contenido en la Constitución o en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.

Al efecto, el "Tribunal 2", en lo concerniente al amparo directo 210/2013, derivo de una causa penal, en la que se consideró que el quejoso era responsable del delito de contrabando presunto, sancionado por el artículo 103, fracción II del Código Fiscal. Los quejosos consideraron que la norma resultaba inconstitucional por considerarse violatorio al principio de presunción de inocencia. Asimismo consideraron que la jurisprudencia 83/2005[24] de la Primera Sala de la Suprema Corte, resultaba violatoria de la Constitución, el Pacto de San José y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El "Tribunal 2" considero inoperantes los planteamientos de inconstitucionalidad e inconvencionalidad esgrimidos, al considerar que el artículo 192 (derogado), ahora 217 de la Ley de Amparo, señala que las jurisprudencias de la Corte en Pleno o Salas, son de observancia obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales. Asimismo argumentan que aun cuando los jueces nacionales tengan la facultad de ejercer el control de convencionalidad, ello no les otorga potestad para decidir si la jurisprudencia de la Corte, transgrede o no una norma convencional.

Por su parte, el "Tribunal 1" respecto de un caso análogo, determinó como fundados los argumentos del quejoso. Basando su resolución en que la sentencia se dictó con poste-

---

24 Tesis de Jurisprudencia, No. 1a./J. 83/2005 de la Primera Sala de la Suprema Corte, cuyo título señala: **Contrabando Presunto de Vehículos Extranjeros. Se presume que fueron introducidos al territorio nacional por quien los posea, los porte o los ostente como sus propietarios fuera de la zona de vigilancia aduanal, salvo prueba en contrario** (**Interpretación de los Artículos 102 y 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación.**) La fracción II del artículo 103 del Código Fiscal de la Federación prevé un tipo penal de los denominados complementarios, pues su actualización requiere la aplicación del tipo básico del cual depende, que en este caso lo constituye el delito de contrabando establecido en el diverso numeral 102 del referido código; de manera que para determinar los elementos típicos del delito de contrabando presunto es necesario estudiar conjuntamente ambos preceptos, de los cuales se desprende que se presume cometido el delito de contrabando cuando: a) se introduzcan al país vehículos de procedencia extranjera; b) dichos vehículos se encuentren fuera de la zona de veinte kilómetros en cualquier dirección, contados en línea recta a partir de los límites extremos de la zona urbana de las poblaciones fronterizas, y c) no cuente con el permiso de la autoridad correspondiente. Ahora bien, aun cuando la aludida fracción II del artículo 103 no establece como elemento del tipo la posesión del vehículo extranjero y prevé una situación posterior a su introducción (cuando ya están dentro del territorio nacional), se entiende que si éstos se encuentran fuera de la mencionada zona de vigilancia aduanal, la sola objetividad de su hallazgo ubica como responsable del ilícito a quien los posea, se ostente como propietario o sea su portador, sin contar con la documentación que acredite su legal introducción o estancia en el país, pues se presume que fueron introducidos por quien asuma la tenencia de tales vehículos, salvo prueba en contrario. Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 103, fracción II, del Código Fiscal de la Federación establece que la conducta descrita presume la comisión del delito de contrabando, también lo es que dicha presunción no es absoluta, ya que dentro de la dinámica del procedimiento penal el sujeto activo está en posibilidad de demostrar que la introducción del vehículo extranjero no le es imputable o, en su caso, que lo internó cumpliendo con todos los requisitos que exige la Ley Aduanera, mediante la exhibición de la documentación respectiva.

rioridad a la reforma constitucional del artículo 1, que incorpora un nuevo paradigma, en el que se establece el principio pro-persona y la interpretación conforme, así como la obligación de todas las autoridades (principalmente las jurisdiccionales) dentro del ámbito de sus competencias promover, proteger y garantizar los derechos humanos consagrados en la Constitución y en las normas de derecho internacional consagrados en instrumentos internacionales de las que el Estado Mexicano sea parte.

En ese sentido, se determinó que se debía realizar un control difuso de la convencionalidad, es decir, el examen de compatibilidad entre los actos, normas y jurisprudencias nacionales. Por lo que la jurisprudencia 83/2005, resulta inconvencional al atentar contra el principio de presunción de inocencia, por lo cual debe ser inaplicada.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la resolución a la Contradicción de Tesis 299/2013 determinó que la jurisprudencia emitida por el Pleno o las Salas del Máximo Tribunal no puede ser objeto de un control de convencionalidad ex officio, a cargo de jueces nacionales de menor jerarquía cuando se detecte que resulte violatoria de un derecho humano consagrado en la Constitución o en tratados internacionales en el que el Estado Mexicano sea parte.

Los argumentos utilizados para llegar a la anterior conclusión fueron los siguientes: a) los tribunales colegiados no están facultados por disposición normativa para inaplicar la jurisprudencia de la Corte, que interprete el precepto legal que se esté analizando en un caso en concreto, pero sí podrían decidir que jurisprudencia no le es aplicable si dicha jurisprudencia resuelve un caso distinto; b) el segundo argumento, va enfocado a la inaplicación de la jurisprudencia sería una violación al principio de seguridad jurídica de los artículos 14 y 16 constitucional, robusteciendo este argumentos con lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Amparo; c) el argumento de superioridad jerárquica del Máximo Tribunal, basado en una interpretación del artículo 94 constitucional, entendido como interpretación de cierre; y d) el control de convencionalidad no es el medio idóneo para suspender o modificar la jurisprudencia, pues existen procedimientos legales establecidos en la Ley de Amparo que son los idóneos para llevar a cabo la sustitución de una jurisprudencia.

Si bien la postura adoptada por la Suprema Corte es clara y precisa en cuanto a dejar patente la imposibilidad del ejercicio del control de convencionalidad sobre la jurisprudencia para inaplicarla, se emitieron votos particulares de gran interés que presentan argumentos de la postura contraria a la resolución del caso y de los cuales hare mención pues coincido en gran medida con los mismos.

Síntesis de los argumentos de los votos particulares emitidos por los ministros José Ramón Cossío Díaz y Juan N. Silva Meza:

a) La jurisprudencia también es una norma jurídica, por lo que las autoridades, en este caso los jueces pueden inaplicar dichas normas jurídicas si son violatorias de los derechos humanos del bloque de constitucionalidad o del corpus iuris;

b) El criterio tomado por el Pleno de la Suprema Corte, no toma en serio lo dispuesto por el artículo 1° Constitucional ya reformado y decide no entrar de lleno al nuevo paradigma de derechos humanos, en el que uno de sus principales instrumentos es llevar a cabo el control difuso de regularidad constitucional, en entendido que la Suprema Corte no debería de escapar de dicho control;

c) No se está declarando la invalidez de la jurisprudencia de un órgano jerárquicamente superior, sino solo su inaplicación, y se decide interpretar favoreciendo en todo tiempo a la persona; y

d) La inaplicación parte de la idea de que no se busca distinguir el significado de la norma, sino el de atribuir la interpretación más adecuada para cumplir con las obligaciones en materia de derechos humanos; la inaplicación es congruente con los principios de consistencia y coherencia en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

5. CONCLUSIONES

Como fue expuesto en este artículo, el Estado Mexicano y en particular los órganos jurisdiccionales al ser los encargados de garantizar (garantías secundaria) el efectivo cumplimiento de los derechos humanos, tiene el deber y la obligación de ejercer el control de convencionalidad cuando resuelvan casos particulares y detecten la existencia de una norma, acto u omisión que vulnere derechos humanos consagrados en la constitución pero también en el conjunto de normas que componen el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos y en particular del sistema interamericano de derechos humanos.

El control de convencionalidad, representa la materialización y máxima expresión del diálogo judicial, que contribuye a hacer efectivos los derechos humanos y funciona como método preventivo y correctivo de violaciones a derechos y forma parte de los instrumentos de este gran entramado en red de mecanismos que han sido creados y potenciados con la creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por tanto, es una sin razón que argumentando cuestiones formalistas la Suprema Corte de nuestro país pretenda limitar dicho instrumento en su aplicación con respecto a una norma como lo es la jurisprudencia, cuando esta transgreda los derechos consagrados en los tratados suscritos por México en materia de derechos humanos.

Como fue mencionado, el control de convencionalidad puede ejercerse respecto de normas, actos y omisiones por parte de las autoridades, por lo que la jurisprudencia al cumplir las características de una norma jurídica, deberías poder ser objeto del ejercicio de este control.

La jurisprudencia como norma jurídica no debería poder escapar de encontrarse conforme a los tratados y demás normas y criterios del corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos.

La postura de la Corte de no aceptar la posibilidad de este control, argumentando que no existe norma que le atribuya la facultad a los jueces de realizar dicho control con respecto a la jurisprudencia es erróneo, toda vez que si bien textualmente no existe una norma que señale esa atribución, la jurisprudencia al ser norma jurídica puede ser sujeto de este control, fundamentado en el artículo 1ro de la Constitución y soportado con lo dispuesto en los artículos 1ro y 2do de la Convención Americana de Derechos Humanos, que abren la puerta al control de convencionalidad sin restringirlos ni excluir a la jurisprudencia, que por su naturaleza debería ser susceptible de dicho control.

Por su parte, si bien el atributo de obligatoriedad de la jurisprudencia tiene por objeto el garantizar la seguridad jurídica para las personas en juicio y para los propios juzgadores, la prevalencia de una jurisprudencia violatoria de derechos humanos dentro de un Estado comprometido con la protección y garantía de los derechos humanos es inaceptable, máxime cuando los juzgadores identifican esta situación en la que pueden evitar mediante la inaplicación de la jurisprudencia que se lleve a cabo una patente violación a derechos.

Como lo mencionan los ministros en los votos particulares de la contradicción a la que se ha hecho referencia, la inaplicación no supone la eliminación de la jurisprudencia, es decir, aun así se requerirá realizar los mecanismos y procedimientos idóneos para su sustitución, pero la inaplicación permitirá que no se sigan violando derechos humanos para el caso en concreto. En este nuevo paradigma jurídico, las jurisprudencias de la Corte no pueden verse como interpretaciones de cierre cuando estas vulneren los derechos humanos.

Por lo expuesto y tomando en cuenta las obligaciones del Estado Mexicano para garantizar el pleno y adecuado ejercicio de los derechos humanos, considero que este criterio adoptado por la Suprema Corte debe ampliarse y tomarse en serio los compromisos contraídos en esta materia.

Si bien es cierto que el ejercicio del control de convencionalidad de la jurisprudencia por parte de todos los jueces del Estado puede traer complicaciones relacionadas con la preparación, capacitación y constante actualización en materia de derecho internacional de los derechos humanos, son consecuencias preferibles a un poder judicial que teniendo las herramientas para proteger a las personas contra violaciones de sus derechos, prefieran ignorar o dejar pasar dichas violaciones en aras de evitar resolver estos inconvenientes.

En consecuencia es necesario un replanteamiento respecto a esta limitación adoptada por la Suprema Corte de nuestro país y permitir que en caso de que una jurisprudencia emitida por el Pleno o las Salas del Máximo Tribunal resulte violatoria de un derecho humano consagrado en la Constitución o en tratados internacionales en el que el Estado Mexicano sea parte, pueda ser objeto de un control de convencionalidad ex officio, a cargo de jueces nacionales de menor jerarquía para hacer efectiva el pleno goce y protección de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

Rey, Sebastián A., "Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidad democrática de los tribunales internacionales ¿Tres conceptos incompatibles?", en *Revista Derechos Humanos*, año 1, núm. 1, noviembre 2012, pp. 73-86.

Guerrero Zazueta, Arturo, "*¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad"*, CNDH, México, 2015, pp. 42-69.

O'Donnell, Daniel (2012). "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano", 2a edición, México, OACNUDH y TSJDF, 2012.

Olvera Rangel, Sergio Charbel, "La jurisdicción restaurativa del sistema jurídico estatal: una visión de la regularidad normativa más allá de los parámetros constitucionales y convencionales", tesis doctoral, Escuela Libre de Derecho, México, 2021, pp. 242-248, y 278-299.

Ibáñez Rivas, Juana María, "El control de convencionalidad y la consolidación del Ius Commune interamericano", en Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para *su comprensión*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute, México, 2017, pp. 385-413.

Sagüés, Néstor Pedro, "La constitución bajo tensión*"*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2016, pp. 389-399.

García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, IIDC, CIDH y UNAM, México, 2013, pp. 767-805.

Silva Guerrero, Lucilia. "Importancia de la jurisprudencia en el derecho administrativo mexicano". Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Año 2013.

Burgorgue-Larsen, Laurence, "La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, IIDC, CIDH y UNAM, México, 2013, pp. 131-168.

García Roca, Javier, "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los tribunales constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo", en *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, IIDC, CIDH y UNAM, México, 2013, pp. 219-242.

LOS CUIDADOS PALIATIVOS COMO DERECHO HUMANO

Fernando Villaseñor Rodríguez*

You matter because you are you.
You matter to the last moment of your life, and we will do all we can, not only to help you die peacefully, but also to live until you die.
Cicely Saunders

RESUMEN: En este artículo presentamos un panorama general sobre los *cuidados paliativos* en el derecho internacional y en el derecho mexicano. En principio citaremos las bases históricas y *iusfilosóficas*, para después comentar la regulación, retos y oportunidades que en la práctica han tenido los cuidados paliativos como un derecho humano en México y concluiremos con algunas sugerencias para aumentar su visibilidad y justiciabilidad.

PALABRAS CLAVE: cuidados paliativos, derechos sociales, derecho a la salud, dignidad, calidad al final de la vida, calidad de vida.

ABSTRACT: In this text we present an overview of *palliative care* in international and Mexican law. After establishing the historical and *iusphilosophical* bases, we will discuss the regulation, challenges, and opportunities that palliative care has had in practice as a human right in Mexico. We will conclude with some suggestions to increase the visibility and justiciability of this right.

KEYWORDS: palliative care, social rights, right to health, dignity, quality at the end of life, quality of life.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. BREVE HISTORIA DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS Y SU DESARROLLO EN MÉXICO. A. El surgimiento de los cuidados paliativos en el ámbito internacional. B. Los cuidados paliativos en México. II. LOS CUIDADOS PALIATIVOS COMO DERECHO HUMANO. A. Cuidados paliativos y derechos humanos: una fundamentación común. B. Cuidados paliativos en el derecho internacional de los derechos humanos. III. NORMATIVIDAD Y PRAXIS DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS EN MÉXICO. A. Normatividad de los cuidados paliativos en México. B. Praxis jurídica de los cuidados paliativos en México. 1. Problemas institucionales. 2. Problemas Presupuestales. 3. Problemas jurídicos. A MANERA DE CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

---

* 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. Agradezco al grupo de trabajo "Calidad al Final de la Vida" de la UNAM y a su directora la Dra. María Elena Medina Mora por las enseñanzas y orientación para la elaboración de este trabajo.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud cambió, con una sola oración, la forma como se relacionaría la Medicina y el Derecho a partir de la posguerra. Cuando en su Preámbulo, dicha Constitución señala que "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades."[1] Esta declaración fue un parteaguas porque, en la historia de la humanidad y hasta muy recientemente, la medicina y las obligaciones jurídicas de quienes la practicaban estaban guiadas por el objetivo de evitar la enfermedad y reestablecer la salud. Sin embargo, ¿qué hacer por aquellos pacientes que no tienen expectativas de curación y que cuentan con un diagnóstico de *terminalidad*? ¿Cómo reconceptualizar la salud como un tema de calidad de vida y, sobre todo, *de calidad al final de la vida*?

En este texto analizaremos la importancia de los cuidados paliativos como respuesta a estas preguntas y profundizaremos en su estatus como derecho humano tanto en el ámbito internacional, como en el mexicano.

Este texto se divide en tres secciones principales: Primero hablaremos del surgimiento histórico del movimiento *hospice* y los cuidados paliativos. En una segunda sección, analizaremos las diversas maneras con las cuales, a finales del Siglo XX, los cuidados paliativos se fueron articulando como un Derecho Humano, incluyendo su fundamentación, correlación con otros derechos humanos, implementación y alcances prácticos desde el ámbito internacional. En una tercera sección, estableceremos y analizaremos la normatividad sobre los cuidados paliativos en México, y sus principales retos y oportunidades. Finalmente, a manera de conclusión, nos referiremos a los puntos principales que deben realizarse para hacer efectivo el derecho a los cuidados paliativos en nuestro país.

I. BREVE HISTORIA DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS Y SU DESARROLLO EN MÉXICO

Aunque los cuidados paliativos han tenido diversas transformaciones, partiremos de la definición consensuada de la Organización Mundial de la Salud que establece a los cuidados paliativos como:

> "Un modo de abordar la enfermedad avanzada e incurable que pretende mejorar la calidad de vida tanto de los pacientes que afrontan una enfermedad como de sus familias, mediante la prevención y el alivio del sufrimiento a través de un diagnóstico precoz, una evaluación adecuada y el oportuno tratamiento del dolor y de otros problemas tanto físicos como psicosociales y espirituales."[2]

---

1 Organización Mundial de la Salud. *Constitución. Preámbulo*. Firmada el 26 de julio de 1946. Disponible en: https://www.who.int/es/about/governance/constitution

2 World Health Organization. *WHO Definition of Palliative Care*. Disponible en: https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care

Actualmente, se entiende que los cuidados paliativos se otorgan a personas de todas las edades con sufrimiento severo relacionado con una enfermedad grave, y especialmente a quienes están cerca del final de la vida. El objetivo general de estos cuidados es mejorar la calidad de vida de los pacientes, sus familias y sus cuidadores para lo cual:

> Incluyen prevención, identificación precoz, evaluación integral y control de problemas físicos, incluyendo dolor y otros síntomas angustiantes, sufrimiento psicológico, sufrimiento espiritual y necesidades sociales. Siempre que sea posible, estas intervenciones deben estar basadas en la evidencia; b) Brindan apoyo a los pacientes para ayudarlos a vivir lo mejor posible hasta la muerte, facilitando la comunicación efectiva, apoyando a ellos y a sus familias a determinar los objetivos de la asistencia; c) Son aplicables durante el transcurso de la enfermedad, de acuerdo con las necesidades del paciente; d) Se proporcionan junto con tratamientos que modifican la enfermedad, siempre que sea necesario; e) Pueden influir positivamente en el curso de la enfermedad; f) No pretenden acelerar ni posponer la muerte, afirman la vida y reconocen la muerte como un proceso natural; g) Brindan apoyo a la familia y a los cuidadores durante la enfermedad de los pacientes y durante su propio duelo; h) Se proveen reconociendo y respetando los valores y creencias culturales del paciente y de la familia de este; i) Son aplicables en todos los ambientes de atención médica (sitio de residencia e instituciones) y en todos los niveles (de primario a terciario).[3]

Para llegar a los consensos anteriores, los cuidados paliativos tuvieron que ir ganando reconocimiento y validación por la profesión médica, los organismos internacionales de salud, así como los políticos y tomadores de decisiones en cada país. En esta sección, nos proponemos hacer un brevísimo recuento de cómo se fueron desarrollando estos cuidados en el ámbito internacional, así como la manera en que se fueron incorporando en México.

A. El surgimiento de los cuidados paliativos en el ámbito internacional

Si bien los cuidados paliativos se reconocieron mundialmente como una especialidad médica apenas en el año de 1987, los orígenes más remotos de este tema se pueden encontrar desde la *civitas* romana. En latín la palabra *paliativo* está formada por las raíces latinas *palliatus* (tapado con un manto), además del sufijo -*tivo* (relación pasiva) que en su interpretación latina servía para señalar "lo que no cura, pero cubre o alivia".[4] De esta manera, y desde los inicios de la medicina como profesión, se sabía que

3 Pastrana, Tania. "Derecho a los cuidados paliativos". En: CEPAL, *Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores*. México DF: CEPAL, 2022. Disponible en: LC/MEX/TS. 2022/4 p. 135-148, 2022.

4 Diccionario Etimológico en Línea. https://www.etymonline.com/es/word/palliative#etymonline_v_30316

además de la obligación curativa, los médicos debían intentar reducir o *paliar* el dolor de quienes acudían por sus servicios.

Aunque desde la Edad Media existieron instituciones católicas que dieron cobijo a las personas que no tenían expectativas de curación, no fue sino hasta el positivismo científico y la evolución de la prognosis que se fue haciendo evidente la necesidad de los cuidados específicos para los pacientes al borde de la muerte. En este sentido, a finales del Siglo XIX comenzó a operar un cambio de paradigma conforme al cual se fue sustituyendo el "**no hacer nada más por los pacientes desahuciados**", por el "**buscar darle la mejor calidad de vida a los enfermos terminales**", y con este cambio comenzó el movimiento de los *hospices*.

Debido a la estrecha relación de este cambio de pensamiento con los conceptos de "caridad" y "dignidad", se crearon las *casas de cuidado para los moribundos,* siendo la primera fundada en el año de 1905, por una comunidad religiosa (los anglicanos) en Londres, Inglaterra, y recibió el nombre de Hospicio de Saint Joseph.[5] Este primer *hospice* fue replicado y mejorado a partir del liderazgo de Cicely Saunders, y dio lugar a una segunda institución de atención especializada, el Hospicio de Saint Christopher, a finales de los años sesenta. En este segundo hospicio, se ofrecía cuidado multidimensional tanto a pacientes terminales, como a sus familiares conforme a los principios inculcados por Saunders a todo el personal médico y de enfermería.

Pero estos cambios no se quedarían solo en territorio inglés, ya que inspirado en el movimiento *hospice*, el doctor canadiense Balfour Mount acuñó el término "**palliative care**" (cuidados paliativos). Balfour Mount, comenzó su carrera como urólogo y oncólogo, pero poco a poco, viendo las necesidades específicas de muchos de sus pacientes, fue interesándose por el cuidado en los *hospice* y decidió capacitarse directamente con Cicely Saunders en Londres. A su regreso, Mount institucionalizó la atención conjunta de anestesiólogos y médicos internistas que debían trabajar en conjunto con tanatólogos, psicólogos y psiquiatras para atender a los pacientes terminales, y le nombró a esta metodología ***cuidados paliativos***[6]. También reconoció la importancia del acompañamiento espiritual con los pacientes terminales, y lo indicaba como parte de las consideraciones de tratamiento. La importancia de Mount no puede soslayarse ya que muchos de sus tratamientos y modelos de cooperación entre especialistas siguen siendo la base de los cuidados paliativos hasta el día de hoy.[7]

---

5 Milligan Stuart, *The History of Palliative Care*, en: Stevens, Elaine, Susan Jackson, and Stuart Milligan, eds. Palliative nursing: Across the spectrum of care. John Wiley & Sons, 2009.

6 Originalmente Mount quería llamarle a estos cuidados tratamiento de *hospices (hospice treatment)* pero en la Canadá francófona la palabra *hospices* ya se utilizaba para referirse a casas de expósitos por lo que decidió usar mejor el término de cuidados paliativos. Ver: Loscalzo, M. J. "Palliative care: an historical perspective". *ASH Education Program Book*, 2008(1), 465-465.

7 Doyle D., Hanks G., (Eds.), *The Oxford Textbook of Palliative Medicine*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

De esta manera, a partir de los movimientos de *hospices* y cuidados paliativos se fue dando forma a la especialidad paliativista que se fue extendiendo al resto del mundo para llegar, a partir de los años noventa, a nuestro país.

B. Los cuidados paliativos en México

Aunque en 1981 se creó una clínica multidisciplinaria para el dolor en el Instituto Nacional de Cancerología (INCAN), fue hasta después del terremoto de 1985 que en nuestro país se hizo evidente la necesidad de poder contar con recursos que ayudaran al control del dolor en enfermos graves, así como su atención hacia el final de la vida. Gracias a ello, los cursos monográficos del INCAN y el INCMNSZ (Instituto Nacional de Ciencias Médicas y Nutrición Salvador Zubirán) fueron incorporando como materias optativas a los cuidados paliativos y sirvieron como modelo de capacitación para el resto del país[8].

Aunado a lo anterior en 1988, gracias al apoyo de la Organización Mundial de la Salud y con la asistencia de la Organización Panamericana de la Salud, se recibió en México el primer embarque de morfina como medicamento básico para tratar a los enfermos de cáncer en etapa terminal.[9] Asimismo, en 1990 se firmó la "Declaración Mexicana para el Alivio del Dolor en Cáncer" creándose (con ésta) una política nacional alrededor y dando lugar ese mismo año, al primer Simposio de Cuidados Paliativos en el país.[10]

Fue en el año de 1992 cuando se inauguró la primera Unidad de Cuidados Paliativos del país en el Hospital Civil de Guadalajara "Juan I. Menchaca" y el 19 de octubre de 1992 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la designación para la Clínica del Dolor del Hospital General de México (HGM) como Centro Nacional de Capacitación en Terapia del Dolor. Finalmente, en 1999 se creó una Clínica de Cuidados Paliativos dentro del Servicio de Clínica del Dolor del HGM, atendiendo principalmente a pacientes oncológicos y realizando visitas domiciliarias (durante un breve tiempo).[11]

A partir del año 2000, el paliativismo en México se consolidó gracias al Área de Cuidados Paliativos de la Clínica del Dolor del INCMNSZ y su reconocimiento internacional

---

8 Covarrubias-Gómez, Alfredo, et al. "Antecedentes de la medicina paliativa en México: Educación continua en cuidados paliativos." *Revista mexicana de anestesiología*. Vol. 42 No. 2 (2019): 122-128.

9 Guevara-López U, Covarrubias-Gómez A. Evolución de los cuidados paliativos en México. En: Guevara-López U, De Lille-Fuentes R. (eds.) *Medicina del dolor y paliativa.* 2a edición. Editorial Corinter; 2008: pp. 589-607. La morfina, así como otros medicamentos opiáceos, serían un punto de contención desde entonces y, como veremos en las siguientes secciones, sigue siendo un elemento problemático y controversial de la atención paliativa en México y el mundo.

10 González C, Méndez J, Romero JI, Bustamante J, Castro R, Jiménez M. "Cuidados paliativos en México" en: *Revista Médica del Hospital General de México.* Número 75, 2012. p. 175.

11 Montejo-Rosas G. "El enfermo terminal con cáncer incurable y la medicina paliativa en México" en *Salud Pública Mexicana Vol. 34*. 1992. Pp. 569-574

por la International Association for Hospice and Palliative Care (IAHPC) debido a su alto nivel de atención a pacientes terminales. Asimismo, en el Plan Nacional de Desarrollo (PND 2007-2012), se incluyó un Programa Nacional de Cuidados Paliativos (PALIAR) que impulsó el tema a nivel nacional[12]. No obstante, este ímpetu se interrumpió en 2014 debido a la publicación del informe de Human Rights Watch (HRW) "Cuidar cuando no es posible curar: Reporte Especial sobre los Cuidados Paliativos en México"[13].

El reporte de HRW hizo patente el sufrimiento causado por la carencia de cuidados paliativos, así como los obstáculos para acceder a medicamentos para el dolor, cuestión que se hacía más grave en las entidades federativas del sur y en todas las zonas rurales del país. Dentro de las denuncias que incluía el reporte estaban la falta de compromiso e incentivos por parte del Estado mexicano, las trabas burocráticas e institucionales para la prescripción médica de analgésicos opioides y las carencias para certificar al personal de salud en los ámbitos público y privado. En su resumen ejecutivo, el reporte señaló que:

> "En México, el acceso a los servicios de cuidados paliativos y de medicamentos esenciales para el tratamiento del dolor es muy limitado. Human Rights Watch descubrió que, en la actualidad, sólo unas pocas decenas de instituciones públicas de salud en el país ofrecen cuidados paliativos y que la administración en el domicilio del paciente es todavía menor. La mayoría del personal sanitario no ha recibido capacitación en la disciplina y pocos médicos tienen licencia para prescribir analgésicos fuertes, esenciales en los cuidados paliativos. El hecho de que en algunos lugares haya disponibilidad de cuidados paliativos se debe, a menudo, más bien a los esfuerzos de los propios médicos o defensores de la causa que a la existencia de una política deliberada del gobierno, el sistema de salud o las compañías de seguros."[14]

Aunque el Ejecutivo Federal no tomó con buen ánimo este reporte, la Secretaría de Salud convocó a profesionales de la salud y organizaciones nacionales e internacionales con el fin de reducir la presión nacional e internacional. Los resultados de esa convocatoria tuvieron consecuencias normativas que serán analizadas en la tercera sección de este artículo, pero por lo que hace a las acciones gubernamentales en materia de salud, éstas "se orientaron principalmente a la profesionalización y capacitación en cuidados paliativos del personal de salud y de los cuidadores formales e informales, así como a la definición de estos cuidados entre la comunidad médica y el público general[15]. El problema fue que más allá de la capacitación y profesionalización, ya que el programa:

---

12 Covarrubias-Gómez, *Op. Cit*. p. 124.

13 Human Rights Watch, *Cuidar cuando no es posible curar. Asegurando el derecho a los cuidados paliativos en México*. HRW. 2014. Disponible en: https://www.hrw.org/es/report/2014/10/28/cuidar-cuando-no-es-posible-curar/asegurando-el-derecho-los-cuidados-paliativos-en

14 *Ídem*.

15 Castañeda, C.; O´Shea, G.; Lozano, J. Castañeda, G. y Castañeda Martínez, C. "Programa de medicina y cuidados paliativos" en *Gaceta Mexicana de Oncología*, Vol. 14, No. 3. p. 173.

> "... no hacía referencia a otros recursos necesarios para abrir y sostener servicios, unidades y clínicas de cuidados paliativos, como presupuestos, equipos físicos, medicamentos...Por el contrario, el programa indicaba la necesidad de constituir "líderes" (profesionales de la salud, voluntariado, directores generales, etc.) cuya gestión y acción redunde en la disminución de costos, complicaciones, hospitalizaciones y mayor participación y autocuidado de la persona y su familia"[16].

Así, el problema de rehuir la responsabilidad de garantizar los cuidados paliativos y de confundir la austeridad con la displicencia, ha sido una constante para el Estado mexicano, y se ha agravado hasta alcanzar niveles particularmente graves en el presente sexenio gubernamental.

Sin duda, en el centro de los problemas actuales sobre los cuidados paliativos en México están los temas políticos y presupuestales, pero igualmente preocupante son ciertos prejuicios e incongruencias en su regulación. Como veremos en la siguiente sección, esta cuestión no sólo existe en nuestro país, sino que es común en la normatividad internacional que ha buscado establecer a los cuidados paliativos como un derecho humano.

II. LOS CUIDADOS PALIATIVOS COMO DERECHO HUMANO

El estudio sobre el desarrollo internacional de los cuidados paliativos como derecho humano, ha sido la principal tarea del profesor australiano Frank Brennan, quien en su obra "Advancing Palliative Care as a Human Right" señala que además del enfoque de salud y políticas públicas, los cuidados paliativos tienen muchas ventajas al ser conceptuados desde la perspectiva de los derechos humanos y en este sentido comenta:

> "El enfoque de derechos humanos para promover el desarrollo de cuidados paliativos sirve para unir sobre un mismo eje un imperativo médico, moral y legal: que el cuidado de los pacientes con una enfermedad que pone en peligro la vida es una responsabilidad fundamental de los gobiernos, las sociedades y profesionales de la salud"[17]

Debido a estas ventajas, en esta sección analizaremos los fundamentos *iusfilosóficos* y de normatividad internacional para sostener que los cuidados paliativos son un derecho humano.

A. Cuidados paliativos y derechos humanos: una fundamentación común

De acuerdo con la filosofía del derecho, podemos afirmar que el fundamento de los cuidados paliativos está estrechamente vinculado con el de los derechos humanos des-

16 Dávila Landa, Angélica Yasmin. *Estado, expertos y problemas públicos: Leyes y programas gubernamentales de cuidados paliativos en México (2007-2018)*. Prácticas de Oficio. Investigación y reflexión en Ciencias Sociales, 2021, no 27. Pp. 30-31.

17 Gwyther, L.; Brennan, F. & Harding, R. "Advancing Palliative Care as a Human Right". En: *Journal of Pain and Symptom Management*, año 38, n° 5, 2009 p. 767-774, p. 773.

de la perspectiva *iunsaturalista* de la dignidad humana. Cuando los pioneros de la medicina paliativa empezaron a articular una filosofía coherente con su disciplina, surgió un tema recurrente a discutir, el de la dignidad de los enfermos. Los cuidados paliativos se consideraban, cuidados que "honran y protegen a los que están muriendo, y transmiten en palabra y obra, que la dignidad reside en las personas" y cuyo objetivo central es "promover la comodidad, la dignidad y la autonomía de las personas que están muriendo.[18]"

En este orden de ideas, restaurar el control de los síntomas, pero también el de la ecuanimidad psicológica y espiritual, significaba restaurar la dignidad de los pacientes terminales. En palabras de Margaret Sommerville "existe un hilo común entre el respecto por las personas y el respeto por los derechos humanos, la ética y la ley. Cada uno de estos, ya sea por medio de valores, actividades, tareas o disciplinas tiene por objetivo común tratar de aliviar el dolor y sufrimiento humanos" y por tanto "dejar a pacientes con dolor y sufrimiento que pueden evitarse debe considerarse una violación grave de los derechos fundamentales… y una grave afrenta contra el respeto de las personas y su dignidad"[19].

Consecuente con lo anterior los cuidados paliativos, dentro del contexto de la dignidad humana, buscan evitar en el paciente la pérdida de independencia; el miedo a convertirse en una carga; la falta de acceso a la atención de salud; y la exclusión en la toma de decisiones que le afectan a sí mismo y a su familia. De esta forma, para Frank Brennan los derechos humanos y los cuidados paliativos comparten la dignidad humana como el fundamento de los derechos humanos del enfermo. Sin embargo, mientras que para los derechos humanos, el reconocimiento de esa dignidad es el punto de partida, para los cuidados paliativos ese reconocimiento se actualiza constantemente en el tratamiento y atención de los pacientes[20].

Pero además de la justificación axiológica, el argumento teórico de que los cuidados paliativos deben ser considerados un derecho humano es que:

1. Existe un derecho a la salud desarrollado en diversos Pactos de las Naciones Unidas.

2. Los Pactos obligan a todas los Estados Parte a "respetar, proteger y satisfacer" ese derecho.

3. El término "salud" es definido en términos amplios e incluye la salud de aquellas personas con enfermedades terminales y que limitan gravemente la vida.

---

18 Field M, Cassel CK. *Approaching death: improving care at the end of life*. Washington, DC: National Academy Press; 1997.

19 Somerville M. *Death talk*. Montreal: McGill-Queen's University Press; 2001. p. 205–6.

20 Brennan, Frank. "Dignity: a unifying concept for palliative care and human rights". *Progress in Palliative Care*, 2014, vol. 22, no 2, p. 88-96. p. 94

4. La provisión sobre cuidados paliativos, incluida en la definición amplia de salud es, por tanto, una obligación para todos los Estados Parte.[21]

B. Cuidados paliativos en el derecho internacional de los derechos humanos

Aterrizando la argumentación teórica de Frank Brennan en la normatividad internacional tenemos que, además de la Constitución de la OMS de 1946 (que solamente establece obligaciones de *soft law*), y del derecho a la salud *in genere*, encontramos que en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se crea la regulación internacional de los cuidados paliativos como un derecho humano. En su artículo 12, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, establece:

> "**Artículo 12**
>
> 1. Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
>
> 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Parte en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
>
> *...d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad*." [22]

En el artículo transcrito se destaca el mandato dirigido a los Estados Parte, que implica una obligación positiva que contrasta con el papel residual o, en el mejor de los casos, con el papel de "mediador" que suelen adoptar.

Asimismo, aunque no están explícitamente incluidos los cuidados paliativos, un comentario posterior emitido por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales ha aclarado que: "los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas ... a los servicios de salud preventivos, curativos y *paliativos*"[23].

Asimismo, los Estados que ratifican el PIDESC se comprometen a garantizar la "realización progresiva" del derecho en cita, tomando pasos para "avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12"[24], incluyendo la obligación concreta de "...d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones

21 *Íbid.* p. 92.

22 ONU: Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

23 Comité de derechos económicos, sociales y culturales. Observación general 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000, párr. 34 y 35.

24 *Íbid.* Párr. 31.

periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS"[25].

Por lo que hace a los cuidados paliativos, esto se traduce en que los gobiernos tienen la obligación de asegurarse que exista acceso universal a los servicios de atención paliativa, facilitar los medicamentos básicos para el alivio del dolor e implementar políticas nacionales específicas de cuidados paliativos con el correspondiente sistema regulatorio.

Una de las obligaciones fundamentales para los Estados, la de proporcionar los analgésicos opiáceos que se encuentran en la Lista de Medicamentos esenciales de la OMS[26], implica no solamente asegurarse que estos medicamentos estén disponibles en cantidades suficientes, sino también que estén física y financieramente disponibles para aquellos que los necesiten. Para alcanzar este objetivo, "los Estados deberían poner en marcha un sistema de obtención y distribución eficaz y crear un marco regulatorio que permita a los sistemas de atención pública, en el sector público y privado, obtener, prescribir y fármacos"[27].

No obstante los diversos factores que obstaculizan este objetivo, Frank Brennan, en este sentido señala como principales problemas: 1) el fracaso de los gobiernos para diseñar sistemas eficaces de suministro de drogas; 2) el fracaso para promulgar las políticas sobre el tratamiento del dolor y los cuidados paliativos; 3) la escasa formación y preparación de los trabajadores de la salud; 4) la existencia innecesaria de prácticas y regulaciones restrictivas de control de drogas; 5) el temor que existe entre los trabajadores de la salud sobre las sanciones legales de la práctica médica legítima; y 6) el innecesario alto costo de los tratamientos del dolor[28].

La profesora Stefania Negri, en su estudio sobre el derecho universal a no sufrir,[29] menciona a detalle las distintas formas en que se han abordado los anteriores problemas dentro de los organismos internacionales y enfatiza como la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de la ONU aclaró que existe "una obligación dual

---

25 *Ídem.*

26 La prescripción de medicamentos esenciales es parte del derecho a lograr el mayor nivel posible de salud. Hay 24 fármacos en la lista 22 de medicamentos esenciales, en la sección 2, "Medicina para dolor y cuidados paliativos", incluyendo morfina en todas las formulaciones, hidromorfona, oxicodona, **fentanilo** y metadona. Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak, Asamblea General (A/HRC/10/44), Consejo de Derechos Humanos, Séptimo período de sesiones. Disponible en: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G09/103/15/PDF/G0910315.pdf?OpenElement

27 Lohman, I.; Schleifer, R. & Amon, J.J. "El acceso al tratamiento del dolor como derecho humano". En: *Archivos de Medicina*, año 6, n° 2; 2010. Disponible en: http://www.archivosdemedicina.com.

28 Brennan, F.; Carr, D.B. & Cousins, M. *Pain Management: A Fundamental Human Right. En: Anesthesia & Analgesia*, n° 105, p. 205-221, 2007.

29 Negri, Stefania. *Cuidados paliativos y derecho internacional de los derechos humanos: el derecho universal a no sufrir.* Salerno, Italia, 2012.

de fiscalización de estupefacientes: 1. Asegurar la disponibilidad de estupefacientes, incluidos los opiáceos, para fines médicos y científicos, en cantidades suficientes, 2. Impedir al mismo tiempo la producción, el tráfico y uso ilícitos de esas drogas"[30]. Asimismo, en 1999 la Junta reconoció que "en muchos países siguen prevaleciendo las reglamentaciones restrictivas desactualizadas y, con mayor frecuencia, las interpretaciones sin fundamento de reglamentos que de otra forma serían correctos, así como los temores infundados y los prejuicios arraigados en cuanto al uso de opioides con fines médicos"[31].

Más recientemente, en su resolución 2005/25, el Consejo Económico y Social reconoció la importancia de mejorar el tratamiento del dolor, incluso mediante la administración de analgésicos opioides, especialmente en los países en desarrollo, e invitó a los Estados Miembros a eliminar las barreras a la utilización de esos analgésicos con fines médicos, teniendo plenamente en cuenta la necesidad de prevenir su desviación hacia usos ilícitos.[32] En tanto que el Relator especial sobre el derecho a la salud, en su informe del año 2010, recomendó "enmendar las leyes, regulaciones y las normas para aumentar el acceso a los medicamentos esenciales sujetos a fiscalización… así como adoptar un enfoque de fiscalización de drogas basado en los derechos humanos, y crear e implementar indicadores basados en los derechos humanos en el ámbito de la fiscalización de drogas y del derecho a la salud"[33].

Como lo menciona la profesora Stefanía Negri,[34] la preocupación internacional por garantizar el acceso a medicamentos opiáceos paliativos no sólo se debe a la preocupación por evitar la violación al derecho a la salud conforme al PIDESC, sino también para evitar una violación al derecho fundamental del paciente, para no ser sometido a tortura o tratos inhumanos o degradantes lo cita el artículo 7 del Pacto Internacional del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)[35]. Los anteriores puntos han sido aclarados expresamente por los Relatores Especiales al afirmar que:

> "La falta de garantía del acceso a medicamentos controlados para el alivio del dolor y el sufrimiento amenaza los derechos fundamentales de salud y a la pro-

30 JIFE, *Disponibilidad de opiáceos para las necesidades médicas y científicas*. Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1995. Disponible en http://www.incb.org/pdf/e/ar/1995/suppl1en.pdf.

31 JIFE, *Freedom from Pain and Suffering*. Report of the International Narcotics Control Board for 1999. Disponible en http://www.incb.org

32 Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Resolución 2005/25. *Tratamiento del dolor mediante el uso de analgésico opioides*, 22 de julio de 2005.

33 *Íbidem*., párr. 76-77.

34 Negri, *Op. Cit*. p. 21.

35 "Artículo 7. Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos." ONU: Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

> tección contra tratos crueles, inhumanos y degradantes tratamiento. El derecho internacional de los derechos humanos exige que los gobiernos proporcionen medicamentos esenciales, que incluyen, entre otros, analgésicos opioides – como parte de su base mínima obligaciones en virtud del derecho a la salud. Los gobiernos también tienen una obligación de tomar medidas para proteger a las personas bajo su jurisdicción de tratos inhumanos y degradantes... La falta de acceso a medicamentos esenciales, incluso para alivio del dolor, es un problema global de derechos humanos y debe ser abordado diligentemente"[36].

Por otro lado, también se ha buscado sustentar el derecho a los cuidados paliativos desde otros frentes, como los Derechos de los Adultos Mayores. De hecho, el primer reconocimiento expreso del derecho a los cuidados paliativos se dio dentro de un instrumento regional para la protección de los derechos humanos: La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada el 15 de junio de 2015. El artículo 2 de la Convención de referencia, define los cuidados paliativos como:

> "La atención y cuidado activo, integral e interdisciplinario de pacientes cuya enfermedad no responde a un tratamiento curativo o sufren dolores evitables, a fin de mejorar su calidad de vida hasta el fin de sus días. Implica una atención primordial al control del dolor, de otros síntomas y de los problemas sociales, psicológicos y espirituales de la persona mayor. Abarcan al paciente, su entorno y su familia. Afirman la vida y consideran la muerte como un proceso normal; no la aceleran ni retrasan."[37]

La Convención reconoce expresamente el deber de cada Estado Parte de tomar medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio a cuidados integrales, incluidos los cuidados paliativos (Artículo 6); le permitan expresar su voluntad anticipada en materia de atención a la salud incluidos los cuidados paliativos (Artículo 11), así como contar con un marco regulatorio que garantice los cuidados paliativos que correspondan al paciente, su entorno y su familia (Artículo 12); promuevan y fortalezcan la investigación y la formación académica profesional y técnica especializada en geriatría, gerontología y cuidados paliativos (Artículo 19, j) y, de manera muy importante, garanticen a la persona mayor el acceso a la disponibilidad (y el acceso) a los medicamentos reconocidos como esenciales por la Organización Mundial de la Salud, incluyendo los fiscalizados necesarios para los cuidados paliativos (Artículo 19, m).

---

36 *Declaración Conjunta del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y el Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible nivel de salud física y mental.* Dirigida al presidente de la Comisión de Estupefacientes del 52° período de sesiones de la Comisión de Estupefacientes, 12 de diciembre de 2008, párr. 3, pág. 4.

37 Organización Panamericana de la Salud. *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Washington, DC: OPS; 2015. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A0_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp.

Algo muy innovador de la Convención es que reconoció expresamente por primera vez el derecho de los adultos mayores para decidir sobre la transición de los cuidados curativos a los paliativos, lo que permite el reducir el dolor y la angustia en muchas enfermedades terminales[38]. De forma similar, la Convención vincula este nuevo derecho con los derechos a la vida y dignidad en la vejez (Artículo 6); a recibir atención a largo plazo (Artículo 12); a la protección de cualquier tipo de violencia o maltrato, (Artículo 9); y a la protección contra la tortura o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Artículo 10).

A partir del 2015 se ha intentado dar a los cuidados paliativos una base independiente más allá del derecho a la salud, al derecho a no ser sometido a tratos crueles o inhumanos o a los derechos de la vejez. En el ideal, aún no formalmente codificado, este derecho consolidaría derechos fundamentales aplicables en el campo de la medicina, como el derecho a la dignidad humana, la integridad física y mental, la salud, la protección contra la tortura, etc., reconocidos y protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Aunque falta mucho para que este ideal se vuelva *ius cogens,* y aún más para tener un derecho independiente a los cuidados paliativos. Los primeros pasos en el ámbito internacional ya se están dando y parece no haber marcha atrás. En la siguiente sección abordaremos cómo es que se han incorporado estos pasos en la normatividad y praxis mexicanas.

III. NORMATIVIDAD Y PRAXIS DE LOS CUIDADOS PALIATIVOS EN MÉXICO

Hasta la fecha no se ha garantizado el derecho a los cuidados paliativos a nivel nacional. Además, son muy pocos los países en los que en su legislación exista en forma explícita el derecho a los cuidados paliativos y sus intervenciones. Este punto ha sido particularmente grave en América Latina donde solo cinco países tienen una ley específica para cuidados paliativos (Chile, Colombia, Costa Rica, **México** y Perú) y diez reportan un programa nacional (Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, **México**, Panamá, Uruguay y Venezuela).

Aunque México parecería estar normativamente dentro del progresismo y la vanguardia en América Latina, en esta sección explicaremos que la normatividad NO necesariamente corresponde con su práctica de los cuidados paliativos.

A. Normatividad de los cuidados paliativos en México

El párrafo cuarto del artículo 4 constitucional que se refiere al derecho a la salud, constituye el punto de partida de los cuidados paliativos en México, al señalar que

38 Seatzu, Francesco: "Constructing a Right to Palliative Care: The Inter-American Convention on the Rights of Older Persons", *IUS ET SCIENTIA*, 2015, Vol. 1, No. 1, pp 25–40. p. 34

"Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud". Como un segundo referente, tenemos a la Ley General de Salud (LGS) que, a partir de la reforma de abril de 2009, adicionó el Título Octavo Bis de los Cuidados Paliativos en Enfermos en Situación Terminal. El nuevo Título que comienza con el Artículo 166 Bis sobre cuidados paliativos para los enfermos en situación terminal, a su vez se divide en cuatro capítulos: 1. Disposiciones comunes; 2. los derechos de los enfermos en situación terminal; 3. Facultades y obligaciones de las instituciones de salud y, 4. Los derechos, facultades y obligaciones de los médicos y el personal sanitario.

Del primer capítulo, el ex ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío Díaz, destaca en la definición de "cuidados paliativos" la distinción entre el tratamiento curativo y el tratamiento paliativo, distinción que se entiende mejor, si tomamos en cuenta el Reglamento de la Ley General de Salud, en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica reformado en 2013. Así por ejemplo, el artículo 138 bis 2, fracción V, del Reglamento, menciona que el tratamiento curativo comprende "todas las medidas sustentadas en la evidencia científica y principios éticos encaminadas a ofrecer posibilidades de curación de una enfermedad"; mientras que el tratamiento paliativo, definido desde la Ley General de Salud en el Artículo 166 Bis 1, es "el cuidado activo y total de aquellas enfermedades que no responden a tratamiento curativo. El control del dolor y de otros síntomas, así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales".[39]

Consecuente con lo anterior, se ha creado una falsa dicotomía en el sentido de que la decisión entre recibir tratamientos curativos o paliativos es definitiva e irreversible. No obstante, la dicotomía desaparece con la lectura armónica de los artículos 166 Bis, 5 al 7, lectura con la cual queda claro que un paciente, conforme al capítulo II del nuevo Título de la LGS, tiene el derecho de suspender y sustituir el tratamiento curativo por uno paliativo (y también al revés) en cualquier momento y hacer esto las veces que así lo considere adecuado.

Por lo que hace a los objetivos de los cuidados paliativos esbozados en el artículo 166 Bis de la LGS, éstos también se vieron desarrollados y ampliados por el Reglamento que en su artículo 138 Bis 1 enlista:

1. Proporcionar bienestar y una calidad de vida digna hasta el momento de su muerte;

2. Prevenir posibles acciones y conductas que tengan como consecuencia el abandono u obstinación terapéutica, así como la aplicación de medios extraordinarios.

3. Proporcionar alivio del dolor y otros síntomas severos asociados a las enfermedades en estado terminal;

---

39 Cossío-Díaz, José Ramón, et al. "Regulación de los cuidados paliativos y muerte asistida". *Gaceta médica de México*, 2015, vol. 151, no 1, p. 119-130.

4. Establecer los protocolos de tratamiento que se proporcionen a los enfermos en situación terminal a través de cuidados paliativos, a fin de que no se interfiera con el proceso natural de la muerte;

5. Proporcionar al enfermo en situación terminal, los apoyos físicos, psicológicos, sociales y espirituales que se requieran, a fin de brindarle la mejor calidad de vida posible, y

6. Dar apoyo a la familia o a la persona de su confianza para ayudarla a sobrellevar la enfermedad del paciente y, en su caso, el duelo.

Por otro lado, el capítulo II del Título Octavo bis de la LGS, se refiere a los derechos de los enfermos en situación terminal, entre los que destacan: el derecho a recibir atención médica integral, a dejar voluntariamente la institución de salud en la que se encuentren hospitalizados, a recibir información clara y oportuna sobre su situación, así como sobre sus opciones de tratamiento, a solicitar a su médico que les administre medicamentos para mitigar el dolor y a negarse a recibir cualquier tratamiento que consideren extraordinario, a recibir los cuidados paliativos en su domicilio cuando le fuere difícil o imposible trasladarse a los centros de salud, entre otros.[40]También en este capítulo se menciona como derecho de los enfermos terminales la posibilidad de decidir con antelación sobre las circunstancias y tipo de cuidados paliativos por medio del acta o documento de "voluntad anticipada", otorgados frente a notario o conforme al formulario de cada institución de salud, según sea el caso.

El capítulo III de la LGS, precisa las facultades y obligaciones de las instituciones del Sistema Nacional de Salud, las cuales deben ofrecer servicios para la debida atención de los enfermos en situación terminal desde el momento en que se dé el diagnóstico. Para cumplir con sus obligaciones legales, las instituciones deben fomentar la creación de áreas especializadas en la materia y garantizar la capacitación y constante actualización de su personal. Cabe destacar que estas instituciones no sólo están obligadas a brindar atención a los pacientes, sino que también deben dar orientación, asesoría y seguimiento a sus familiares o personas de confianza cuando los cuidados paliativos se den en el domicilio.[41]

Por último, el capítulo IV de la LGS es contraparte del capítulo II, en tanto que dispone las obligaciones de los médicos especialistas en cuidados paliativos, así como de aquellos que atiendan a enfermos terminales en las instituciones de segundo y tercer nivel. Dentro de estas obligaciones, encontramos la de mantenerse en constante capacitación y actualización "humana y técnicamente" por instituciones autorizadas para ello,[42] de mantener al enfermo informado sobre su situación, sus opciones de tratamiento —tanto curativo como paliativo— y los efectos secundarios que conlleven;

40 Art 166 Bis 3 al 7.
41 Art 166 Bis 13.
42 Art 166 Bis 14.

pedir el consentimiento informado del paciente para realizar cualquier tratamiento y respetar las determinaciones que él tome, entre otras[43].

Frente a estas obligaciones, los médicos tienen las facultades de suministrar fármacos paliativos al paciente en situación terminal, aunque éstos causen que pierda el estado de alerta o incluso le acorten la vida, siempre y cuando se haga con el único fin de aliviar el dolor.[44] De acuerdo con la interpretación del ministro José Ramón Cossío, lo anterior se desprende del contenido del artículo 166 bis 16 de la LGS, artículo que establece que, para realizar este tipo de acciones, es necesario recabar el consentimiento del enfermo.[45]

Por su parte los artículos 166 bis 17, 18, 19 y 20, así como el artículo 21, se refieren a las prohibiciones para que los médicos tratantes NO lleven a cabo medios extraordinarios, obstinación terapéutica, eutanasia pasiva o eutanasia activa. Las distinciones de algunos de estos conceptos están debidamente contenidas en la LGS, siendo: **a**) Medios extraordinarios "Los que constituyen una carga demasiado grave para el enfermo y cuyo perjuicio es mayor que los beneficios; en cuyo caso, se podrán valorar estos medios en comparación al tipo de terapia, el grado de dificultad y de riesgo que comporta, los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación respecto del resultado que se puede esperar de todo ello."[46]; **b**) Obstinación terapéutica "la adopción de medidas desproporcionadas o inútiles con el objeto de alargar la vida en situación de agonía"[47]; **c**) Eutanasia activa el "homicidio por piedad así como el suicidio asistido conforme lo señala el Código Penal Federal"[48]; y **d**) la eutanasia pasiva cuando "El personal médico que, por decisión propia, deje de proporcionar cualquier tratamiento o cuidado sin el consentimiento del enfermo en situación terminal"[49].

Para terminar este recuento, es necesario señalar que la legislación más reciente sobre cuidados paliativos en nuestro país es la Norma Oficial Mexicana NOM-011-SSA3-2014, "Criterios para la atención de enfermos en fase terminal a través de Cuidados Paliativos", publicada en el DOF el 9 de diciembre de 2014. Esta NOM tiene por objeto establecer criterios y procedimientos mínimos indispensables para proporcionar, a través de equipos inter y multidisciplinarios de salud, servicios de cuidados paliativos a los pacientes con enfermedades terminales, con el fin de contribuir a su bienestar y una calidad de vida digna hasta el momento de su muerte. Cabe destacar que es de observancia obligatoria, en todo el territorio nacional y para todos los establecimientos y prestadores de salud que cuenten con un área o servicio de cuidados

43 Art 166 Bis 15.
44 Art 166 Bis 16 al 21
45 Cossío-Díaz, *Op. Cit.* p.125.
46 Art. 166 Bis 1, VI
47 Art. 166 Bis 1, V
48 Art. 166 Bis 21
49 Art. 166 Bis 19 y 20

paliativos y contiene las directrices generales para la atención domiciliaria, ambulatoria y hospitalaria de los pacientes, así como del tratamiento de las urgencias.

Como se ha mencionado, en apariencia contamos con una regulación adecuada para garantizar el derecho a los cuidados paliativos, sin embargo, en la praxis de este derecho, hay muchos y diversos obstáculos que se analizarán en el apartado siguiente.

B. Praxis jurídica de los cuidados paliativos en México

Los colegios de paliativistas en nuestro país han identificado algunos de los problemas en la práctica y garantía del derecho humano a los cuidados paliativos en México. A fin de ser breves, dividiremos estos problemas en institucionales, presupuestales y jurídicos.

1. Problemas institucionales

Dentro de los problemas institucionales, destaca el hecho de que no existe una política pública claramente definida sobre los cuidados paliativos. En algunos hospitales se remite a los enfermos de los servicios de cuidados paliativos horas antes de que fallezcan, incluso en muchos casos en condiciones bastantes difíciles tanto para los enfermos como para sus familiares. Algo análogo ocurre en casos en los que, a pesar de que el diagnóstico y todos los estudios indican que el paciente se encuentra en fase terminal, los médicos insisten en intervenir al paciente quirúrgicamente, pero ante la negativa de los familiares optan por darlo de alta, negándose a otorgar copia del expediente y previa firma de una carta donde los familiares asumen toda la responsabilidad y a veces incluso son amenazados de no volver a admitirlo en los servicios de salud, lo que genera mucho desgaste físico y emocional ante situaciones muy complicadas y dolorosas.[50]

Las dos situaciones antes descritas, se generan por el temor del tratante, a incurrir en responsabilidad médica, por no actuar con la debida diligencia, y es que la falta de lineamientos, y una política de actuación clara y unificada, a nivel nacional favorece que se confunda el "**no hacer nada**" con "**seguir intentando curar lo incurable aún en prejuicio del paciente**". Aún más grave, ante la falta de claridad, el personal médico tratante, pueda ser acusado de obstinación terapéutica o eutanasia, situación que lo pone en una encrucijada de "malo si lo haces y malo si no lo haces". Esta situación se podría resolver si, además de la NOM-011 existiera un protocolo nacional de actuación médica para los casos de enfermos terminales.

Es importante reconocer que, actualmente, hay pocas instituciones de salud que incluyan servicios paliativos en sus instalaciones. En 2016 había solamente 119 instituciones

50 Coronel Kánter, Irma, "Los ciudadanos paliativos en México: un derecho humano que requiere garantizarse". *Pluralidad y Consenso*, 2020, vol. 9, no 42, p. 132-145.

médicas a nivel nacional con atención paliativa, las cuales resultan insuficientes para una población mexicana de 127 millones de habitantes. Valorando estos datos, de acuerdo con los resultados del Censo Nacional de Recursos y Funcionamiento de Servicios de Cuidados Paliativos realizado por la Secretaría de Salud en 2016, cerca de 373, 000 personas en 2016 requerían de cuidados paliativos en México. Sin embargo, la capacidad instalada permite atender solamente a 63,000 personas por año, lo que deriva en una brecha de atención aproximadamente del 79 % de la capacidad nacional instalada.[51]

La encuesta revela otros números preocupantes, como que los cuidados paliativos se concentran en un 79% en las tres principales ciudades de la República, solo 34% de los establecimientos de salud cuenta con un área específica destinada para uso exclusivo de este tipo de cuidados, y que el 76 % de los establecimientos médicos no cuenta con abasto suficiente de medicamentos contra el dolor.[52] Aunque la información más reciente que tenemos es de 2016, es de suponerse, después de la reciente pandemia, que todos estos indicadores reflejen aún peores circunstancias.

2. Problemas Presupuestales

El tema del acceso a medicamentos opioides es, sin lugar a duda, el más urgente y grave en el presente sexenio de gobierno. Las trabas en este sentido vienen desde dos razonamientos distintos: 1. Para las compras públicas se alude a la falta de presupuesto y la necesidad de austeridad. 2. Para las compras privadas se menciona el riesgo de que se usen como precursores de drogas recreativas. En febrero de este año, un artículo en el periódico El País[53] menciona cómo es que la política institucional sobre los opioides en esta administración está dejando a miles de pacientes sin tratamiento paliativo y todo indica que esto no cambiará en lo que queda del sexenio.

Aunque los medicamentos opioides son un componente esencial de los cuidados paliativos pues permiten el control del dolor severo o crónico, su uso en México es relativamente bajo debido a las barreras burocráticas que afectan su acceso tanto a médicos como a pacientes. Especialistas en el tema estiman que la deficiencia de cobertura de morfina o sus equivalentes en el país es de aproximadamente 64 %, lo que significa que solo 26 de cada 100 enfermos que necesitan de este analgésico lo reciben, y ese además muchas veces es sub dosificado, es decir, únicamente el 30 o 32 % de la dosis necesaria.

Por si esto fuera poco, la política conjunta entre EEUU y México de "cero tolerancia" al fentanilo ha llevado a prohibiciones absurdas que obstruyen la labor de los profesionales médicos en cuidados paliativos y, en algunos casos, incluso ha llevado a la criminalización de la profesión.

---

51 Censo Nacional de Recursos y Funcionamiento de Servicios de Cuidados Paliativos realizado por la Secretaría de Salud en 2016.

52 *Ídem.*

53 Alonso Viña, Daniel, *"En este país se muere mal": la falta de opioides en México condena a los enfermos terminales a una muerte dolorosa*", El País, 2 de febrero de 2023.

En el último año, debido al desconocimiento del Ejecutivo Federal y su confusión entre la versión médica y recreativa del fentanilo, prácticamente ha sido imposible adquirir este medicamento que está en la Lista de Medicamentos Esenciales de la OMS y OPS. Además, desde 2017, el gobierno federal redujo en un 40% la compra de opioides necesarios, reducción que se hizo incluso más grave en el periodo de pandemia y que persiste hasta la actualidad.

3. Problemas jurídicos

De acuerdo con la Dra. María Elizabeth de los Ríos, uno de los mayores problemas jurídicos en México, tiene que ver con que solo los pacientes diagnosticados como "terminales", pueden tener acceso a un esquema paliativo. Este candado en la ley genera que muchas personas con enfermedades incurables, crónicas y degenerativas, pero con expectativas de vida superior a seis meses, no tengan acceso fácil a medicina paliativa en el sector público; tal es el caso de la diabetes o del VIH, pero lo ha sido también en tiempos más recientes tratándose de los pacientes de COVID-19.[54]

Recordemos que el Artículo 138 Bis 2, de la LGS, dispone que el médico tratante puede indicar o proporcionar directamente los cuidados paliativos solo a partir de que "diagnostique con certeza la situación terminal de la enfermedad". El diagnóstico de enfermedad terminal identifica "todo padecimiento reconocido, irreversible, progresivo e incurable que se encuentra en estado avanzado y cuyo pronóstico de vida para el paciente sea menor a 6 meses", situación que ha sido uno de los principales obstáculos para la garantía de los cuidados paliativos como un derecho humano universal. Lo anterior, debido a que deja fuera las enfermedades crónicas graves y aquellas otras que tienen un diagnóstico fatal y de curso extremadamente doloroso, pero que exceden los seis meses de temporalidad.[55]

La principal razón por la cual se ha establecido esta temporalidad tan restringida, tiene que ver con la confusión de los cuidados paliativos con la eutanasia, y el temor irracional a que aquellos pudieran facilitar la muerte asistida de los pacientes o que incluso pudieran provocarla sin su consentimiento; cuestiones ambas, que están estrictamente prohibidas y penalizadas en México. Como lo explica detalladamente la Dra. Angélica Yasmin Dávila:

> "…la definición estatal de la enfermedad terminal como problema público, también fue parte de un debate público y legislativo respecto de los sentidos de la muerte digna en México, con motivo de las propuestas de ley de la eutanasia, que en su momento se comentaban en la prensa nacional entre el 2005 y el 2009…a

54 De los Ríos, María Elizabeth, *Cuidados paliativos: un camino por recorrer en México*. Facultad de Bioética, Universidad Anáhuac, 2021. Disponible en: https://www.anahuac.mx/mexico/noticias/Cuidados-paliativos-un-camino-por-recorrer-en-Mexico

55 Kánter, *Op. Cit*. p. 143.

> partir de lo cual las distintas partidarias integraron en su lugar las propuestas médicas para legislar sobre los cuidados paliativos, lo que funcionó como una forma de saldar provisoriamente el debate de la muerte digna en México y de encontrar un acuerdo y una "solución política" para regular la atención médica de la enfermedad terminal [pero] sin despenalizar la eutanasia"[56].

En este sentido, la reforma que dio origen en la Ley General de Salud al nuevo Título sobre cuidados paliativos buscaba "garantizar una muerte natural en condiciones dignas a los enfermos en situación terminal", pero dejó fuera a los otros pacientes con enfermedades graves, dolorosas e incurables. Este es uno de los temas pendientes que se sigue discutiendo y buscando reformar a partir de los colegios de especialistas en cuidados paliativos.

En otro tenor, existen también importantes confusiones por lo que hace a la distribución de competencias por parte de las distintas autoridades de salud. El ministro José Ramón Cossío, en ese sentido refiere que "La racionalidad detrás del reparto competencial que hace el artículo 13 de la LGS, no resulta evidente ni en éste ni en muchos otros casos. En otras palabras, no es fácil comprender por qué ciertas materias se encuentran asignadas a las autoridades federales y otras a las locales."[57] Esta confusión, que tampoco se resuelve con la NOM-011, es una enorme traba para cumplir con el derecho a los cuidados paliativos ya que, en la práctica, las instituciones federales y locales se desentienden de sus responsabilidades aduciendo a que no se trata de una obligación de su competencia.

La falta de claridad de facultades y competencias, también tiene consecuencias negativas para la asignación y distribución presupuestal. En la actual administración se han etiquetado recursos y negado compras de medicamentos bajo el argumento de que "son facultades exclusivas de las instituciones de salud local o federal" según resulte conveniente. Esta problemática lleva a que en la práctica (y según hemos podido constatar en nuestra colaboración con distintas organizaciones de paliativistas), cada gobierno local decide qué y cómo se administra la atención paliativa; hay Estados como Tamaulipas, Guanajuato, Estado de México y la CDMX que tienen una estructura y organización más constante, pero otros que aún no comienzan siquiera con la capacitación de su personal de salud sobre estos temas.

Finalmente, la desaparición del INSABI a principios de este año, y la asunción de responsabilidades y facultades que ahora debe hacer el IMSS-Bienestar, implican otro gran problema jurídico para la garantía del derecho a los cuidados paliativos. Conforme a la regulación (vigente al momento de escribir estas líneas), los cuidados paliativos son facultad exclusiva de los hospitales e instituciones de salud de 2do. y 3er nivel. Esto implica un cuello de botella para suministrar cuidados paliativos, ya que

56 Dávila, *Op. Cit.* p. 63
57 Cossío, *Op. Cit.* p. 129.

las clínicas familiares o instituciones de primer nivel no pueden dar atención ni medicamentos paliativos. Si este problema era grave con la organización anterior, ahora que el IMSS-Bienestar asuma sus nuevas responsabilidades, sumado a la "austeridad" presupuestal de este gobierno, es muy probable que la capacidad institucional de los cuidados paliativos se vea aún más mermada y que estos se vuelvan privilegio exclusivo de quiénes puedan pagar servicios privados de salud.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

En este texto intentamos presentar una imagen panorámica sobre los cuidados paliativos. A partir de su historia internacional y en vigencia en México, su conceptualización como derecho humano y su incorporación reciente dentro de la normatividad nacional, esbozamos una serie de oportunidades, obstáculos y retos que la atención paliativa ha tenido y tiene tanto en la teoría como en la práctica.

Algunas de las dificultades que ha tenido este derecho humano a los cuidados paliativos, son compartidas en el ámbito internacional y mexicano, como su falta de socialización, la confusión con la eutanasia, capacitación insuficiente y poco apoyo institucional. Por otro lado, hay problemas particularmente pronunciados en el caso mexicano, como la limitación por la "terminalidad" de los pacientes, la restricción de adquisición y prescripción de medicamentos opiáceos por la "lucha contra el fentanilo", la confusión sobre la distribución de facultades y competencias y la "austeridad" presupuestaria.

Aunque ya hemos señalado en las secciones correspondientes algunas sugerencias y propuestas concretas podemos terminar este texto señalando que, para garantizar y cumplir con los cuidados paliativos como un derecho humano en México, consideramos que al menos son necesario los siguientes 10 puntos:

1) Difundir a médicos, pacientes, legisladores, funcionarios públicos y tomadores de decisión la importancia fundamental de los cuidados paliativos como parte esencial del derecho a la salud.

2) Capacitar a todos los actores involucrados conforme a estándares uniformes, consensuados por los especialistas nacionales e internacionales, revisado y actualizados al menos anualmente.

3) Establecer un marco jurídico integrado, armónico y que cuente con la participación consultiva de médicos y pacientes de cuidados paliativos.

4) Asegurarse que la normatividad sobre atención paliativa permita que esta se de a pacientes con enfermedades crónicas, incurables y de curso severamente doloroso para no quedar limitados por el criterio de terminalidad.

5) Establecer la protección del abasto, disposición y prescripción de medicamentos opiáceos conforme a las directrices de la OMS y la OPS.

6) Permitir los cuidados paliativos en instituciones públicas y privadas desde el primer nivel (con la debida supervisión, desde luego).

7) Asegurar la capacidad institucional y presupuestaria para la prestación de cuidados paliativos a nivel federal (independientemente de la participación que pueda hacerse a nivel local).

8) Establecer una política nacional de cuidados paliativos que fije criterios claros sobre facultades, responsabilidades y competencias para instituciones de salud y personal médico.

9) Hacer una distinción clara entre los medicamentos opiáceos y las drogas recreativas a nivel público para evitar la desinformación y "ocurrencias" que implican la satanización de estos medicamentos y, peor aún, la criminalización de los médicos que los prescriben.

10) Promover una cultura ciudadana que reconozca a los cuidados paliativos como un derecho universal, justiciable y protegido por la Constitución, los Tratados Internacionales y el Estado Mexicano en su totalidad.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso Viña, Daniel, "En este país se muere mal": la falta de opioides en México condena a los enfermos terminales a una muerte dolorosa", *El País*, 2 de febrero de 2023.

Brennan, Frank. "Dignity: a unifying concept for palliative care and human rights". *Progress in Palliative Care*, 2014, vol. 22, no 2, p. 88-96.

Brennan, F.; Carr, D.B. & Cousins, M. "Pain Management: A Fundamental Human Right". En: *Anesthesia & Analgesia*, n° 105, p. 205-221, 2007.

Castañeda, C.; O´Shea, G.; Lozano, J. Castañeda, G. y Castañeda Martínez, C. "Programa de medicina y cuidados paliativos" en *Gaceta Mexicana de Oncología*, Vol. 14, No. 3. p. 173.

SSA, *Censo Nacional de Recursos y Funcionamiento de Servicios de Cuidados Paliativos.* Realizado por la Secretaría de Salud en 2016.

Comité de derechos económicos, sociales y culturales. *Observación general 14, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Resolución 2005/25. *Tratamiento del dolor mediante el uso de analgésico opioides*, 22 de julio de 2005.

Coronel Kánter, Irma, "Los ciudadanos paliativos en México: un derecho humano que requiere garantizarse". *Pluralidad y Consenso*, 2020, vol. 9, no 42.

Cossío-Díaz, José Ramón, et al. "Regulación de los cuidados paliativos y muerte asistida". *Gaceta médica de México*, 2015, vol. 151, no 1, p. 119-130.

Covarrubias-Gómez, Alfredo, et al. "Antecedentes de la medicina paliativa en México: Educación continua en cuidados paliativos." *Revista mexicana de anestesiología*. Vol. 42 No. 2 (2019).

Dávila Landa, Angélica Yasmin. "Estado, expertos y problemas públicos: Leyes y programas gubernamentales de cuidados paliativos en México (2007-2018)". *Prácticas de Oficio. Investigación y reflexión en Ciencias Sociales*, 2021, no 27.

Declaración Conjunta del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y el Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible nivel de salud física y mental. Dirigida al presidente de la Comisión de Estupefacientes del 52° período de sesiones de la Comisión de Estupefacientes, 12 de diciembre de 2008.

De los Ríos, María Elizabeth, *Cuidados paliativos: un camino por recorrer en México*. Facultad de Bioética, Universidad Anáhuac, 2021. Disponible en: https://www.anahuac.mx/mexico/noticias/Cuidados-paliativos-un-camino-por-recorrer-en-Mexico.

Diccionario Etimológico en Línea. https://www.etymonline.com/es/word/palliative#etymonline_v_30316

Doyle D., Hanks G., (Eds.), *The Oxford Textbook of Palliative Medicine*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

Field M, Cassel CK. *Approaching death: improving care at the end of life*. Washington, DC: National Academy Press; 1997.

Guevara-López U, Covarrubias-Gómez A. "Evolución de los cuidados paliativos en México". En: Guevara-López U, De Lille-Fuentes R. *Medicina del dolor y paliativa* (eds.). 2a edición. Editorial Corinter; 2008.

González C, Méndez J, Romero JI, Bustamante J, Castro R, Jiménez M. "Cuidados paliativos en México" en: *Revista Médica del Hospital General de México*. Número 75, 2012. p. 175.

Gwyther, L.; Brennan, F. & Harding, R. "Advancing Palliative Care as a Human Right". En: *Journal of Pain and Symptom Management*, año 38, n° 5, 2009 p. 767-774, p. 773.

Human Rights Watch, *Cuidar cuando no es posible curar. Asegurando el derecho a los cuidados paliativos en México*. HRW. 2014. Disponible en: https://www.hrw.org/es/report/2014/10/28/cuidar-cuando-no-es-posible-curar/asegurando-el-derecho-los-cuidados-paliativos-en

JIFE, *Disponibilidad de opiáceos para las necesidades médicas y científicas*. Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1995. Disponible en: http://www.incb.org/pdf/e/ar/1995/suppl1en.pdf.

JIFE, *Freedom from Pain and Suffering*. Report of the International Narcotics Control Board for 1999. Disponible en: http://www.incb.org

Organización Mundial de la Salud. *Constitución. Preámbulo*. Firmada el 26 de julio de 1946. Disponible en: https://www.who.int/es/about/governance/constitution

Lohman, I.; Schleifer, R. & Amon, J.J. "El acceso al tratamiento del dolor como derecho humano". En: *Archivos de Medicina*, año 6, n° 2; 2010. Disponible en: http://www.archivosdemedicina.com.

Loscalzo, M. J. "Palliative care: an historical perspective". *ASH Education Program Book*, 2008(1), 465-465.

Milligan Stuart, "The History of Palliative Care", en: Stevens, Elaine, Susan Jackson, and Stuart Milligan, eds. *Palliative nursing: Across the spectrum of care*. John Wiley & Sons, 2009.

Montejo-Rosas G. "El enfermo terminal con cáncer incurable y la medicina paliativa en México" en *Salud Pública Mexicana* Vol. 34. 1992. Pp. 569-574

Negri, Stefania. Cuidados paliativos y derecho internacional de los derechos humanos: el derecho universal a no sufrir. Salerno, Italia, 2012.

ONU: Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

ONU: Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Organización Panamericana de la Salud. *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Washington, DC: OPS; 2015. Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A0_derechos_humanos_personas_mayores_firmas.asp.

Pastrana, Tania. "Derecho a los cuidados paliativos". En: CEPAL, *Visión multidisciplinaria de los derechos humanos de las personas mayores*. México DF: CEPAL, 2022. Disponible en: LC/MEX/TS. 2022/4 p. 135-148, 2022.

Somerville M. *Death talk*. Montreal: McGill-Queen's University Press; 2001.

Seatzu, Francesco: "Constructing a Right to Palliative Care: The Inter-American Convention on the Rights of Older Persons", IUS ET SCIENTIA, 2015, Vol. 1, No. 1, pp 25–40. p. 34

World Health Organization. *WHO Definition of Palliative Care*. Disponible en: https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/palliative-care

PALABRAS INAUGURALES. MAESTRÍAS EN DERECHO DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Juan Luis González Alcántara Carrancá

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Buenas tardes, agradezco al maestro Emilio González de Castilla, rector de la Escuela Libre de Derecho, por haberme considerado para inaugurar el inicio de actividades académicas correspondientes a las Maestrías que en diversas disciplinas jurídicas contempla la Escuela.

Saludo a las distinguidas autoridades, profesorado y alumnado de esta noble institución de enseñanza jurídica. En forma particular, aprecio la iniciativa del doctor Rodolfo Gómez Alcalá para que un servidor participara en este acto de inauguración.

La Escuela Libre de Derecho es uno de los nichos más reconocidos en la educación y en la formación de abogadas y abogados en nuestro país. Hace poco más de un siglo un distinguido grupo de juristas asumieron la tarea de conformar una escuela destinada en forma exclusiva a la enseñanza del Derecho.

Este grupo de notables representa, a mi parecer, la esencia de una visión que marcó la historia del país y que, a la vez, rompió lanzas con un nuevo régimen. No me corresponde y tampoco es el espacio para valorar las razones que aglutinaron a tantos talentos jurídicos. Sólo puedo decirles que, con todo, los padres fundadores de la Libre asumieron los costos en forma franca en un pleno y valiente acto de rebeldía.

La Escuela Libre de Derecho tiene un antecedente común con nuestra Universidad Nacional: las mentes brillantes que optaron por constituirla provenían de las filas académicas de la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia.

En tiempos virulentos, a veces no tan distintos a los tiempos de hoy, se gestó la encomienda de la Libre. Y este adjetivo no es circunstancial cuando la libertad de cátedra se vuelve sustantivo. Cuando las instituciones se cooptan y se pretende envolverlas en las redes de la ideología imperante, un acto fundacional como el que propició a la Escuela reflejó la necesidad de enseñar el Derecho en forma libre e independiente.

Pero no podemos desdeñar la lección histórica que nos aporta la Libre de Derecho: la confronta de dos visiones de país en el marco de un hecho histórico trascendental, la Revolución Mexicana. Por un lado, los hombres del cambio social y democrático —como Madero y Luis Cabrera— y, por el otro, los representantes del *status quo* sustentados en el positivismo y el progreso —como Luis Méndez, Miguel S. Macedo y, por supuesto, don Emilio Rabasa—.

A modo de anecdotario personal y sólo como un pequeño vestigio de mi relación con la Libre, les comparto el nombre de tres grandes personajes que egresaron de estas aulas y con quien mantuve lazos entrañables. No cabe duda de que, uno de los penalistas más importantes de México fue don Raúl F. Cárdenas. No menos relevante la figura de don José Gómez Gordoa, ser humano estupendo, abogado corporativo y con una destacada carrera diplomática. Por cierto, ambos muy queridos rectores de la Escuela.

En forma muy particular menciono al licenciado Emilio Portes Gil, quien más allá de haber ostentado la envestidura presidencial, lo considero mi mentor.

La Escuela se distingue por muchos conceptos, por ejemplo, los modos de enseñanza y evaluación del alumnado, así como la gratuidad con la que las y los profesores se desempeñan y que no es otra cosa que gratitud hacia el *Alma Mater*. Por otro lado, la Libre es cuna indiscutible de la doctrina jurídica mexicana en lo constitucional y en lo civil. Nombres sobran de las y los juristas prohijados por la Escuela que, pretender mencionarlos a todos indefectiblemente se cometería la injusticia de omitirlos involuntariamente.

El genio musical justificaría el arribo tardío a la educación jurídica de posgrado. Efectivamente, no es quien primero llegue, sino que hay que saber llegar. La Escuela ha logrado, de modo afortunado, cerrar el círculo pedagógico al contemplar especialidades, maestrías varias y el doctorado en Derecho.

Ya era tiempo justo y necesario para reconocer con sencillez que, en la actualidad no basta con la licenciatura y que las exigencias para todo buen abogado es la actualización permanente y continua. De otro modo, sólo se puede vivir de viejos laureles. Creo que, hoy más que nunca, México necesita y exige de juristas preparados, con vocación de servicio y en aras de preservar un Estado de Derecho que en México ha tenido un alto costo.

Y si la formación de hombres y mujeres expertos en las artes y ciencias jurídicas se les reviste con el prestigio indubitable de la Escuela Libre de Derecho se ha cumplido con creces la misión de ésta.

A 111 temporadas de lluvia deseo sinceramente otro tanto igual. Larga vida a la Escuela. Muchas gracias.

MENSAJE CON MOTIVO DE LA CEREMONIA DE DESPEDIDA POR LA CONCLUSIÓN DEL ENCARGO DEL DR. JUAN MANUEL JIMÉNEZ ILLESCAS, MAGISTRADO 2008-2023

Salutación

Buenos días.

Magistrado Presidente Don Guillermo Valls Esponda, con su venia.

Agradezco con la mano en el corazón la presencia de tan distinguidas personalidades, juristas y amigos. Sin duda alguna como un integrante más de esta casa de la legalidad considero que es una distinción y me siento honrado con su asistencia, ya sea presencial o a través de los medios electrónicos. Muchas gracias.

Respetable audiencia, en esta ocasión, les ruego contar con su comprensión, porque omitiré saludarlos en forma individual, pues deseo dirigir este mensaje en forma muy especial…

A mi amada gran comunidad del Tribunal Federal de Justicia Administrativa:

A esa gran Comunidad le digo, que no hay otra cosa que desearía más en este momento, que poder acercarme en forma personal a todas y todos ustedes; estrechar su mano y darles las gracias. Sin embargo, ante la imposibilidad física de poder cumplir ese deseo, agradezco encarecidamente al Sr. Mag. Don Guillermo Valls la oportunidad de poder estar con 2 ustedes a través de estas palabras.

Gracias por escucharme a pesar de que, esta vez no voy a referirme a algún asunto propio del Tribunal ni a ningún proyecto de sentencia.

Lo que deseo decir es importante para mí. Quizá tanto como el fijar una postura en un debate jurisdiccional. Y quiero comenzar dejando en claro que este día es, quizá, uno de los más emotivos de mi ejercicio profesional.

En efecto, desde que comencé a estudiar Derecho hace poco más de 43 años… este es uno de esos días que, para mí, tienen un carácter simbólico y trascendente.

Mensaje

Por ello, quiero hablar de símbolos y de trascendencia. Y comienzo con los primeros.

Nuestro Tribunal, en su conjunto, tiene un sinnúmero de símbolos. Todos ellos se encuentran esparcidos en cada rincón de sus distintas sedes en todo el país: en este

edificio, en el auditorio en el que nos encontramos y —desde luego— en el recinto del Pleno Jurisdiccional, hermoso lugar en donde por 15 años he tenido el alto honor y gran responsabilidad de atender asuntos jurisdiccionales.

Como resultado de la costumbre, a fuerza de trabajar aquí, de estarnos reuniendo con nuestros compañeros —yo con mis pares, cada semana en el salón del Pleno Jurisdiccional—, de alguna forma comenzamos a perder de vista lo valioso de nuestros espacios de trabajo. No lo hacemos a propósito, porque es algo que nos ocurre de manera inconsciente, es lo que llamamos "la fuerza de la costumbre".

Nuestros edificios son espacios diseñados y destinados a la impartición de justicia, pero cumplen una función adicional: irradian solemnidad y están llenos de símbolos, que poco a poco dejamos de ver, porque siempre están allí y terminan por fusionarse con nuestra normalidad.

Estamos rodeados de símbolos que, aunque dejemos de prestarles atención, tienen un propósito muy específico, a la vez de ser muy importantes:

- Uno de ellos, es **el retrato de Don Benito Juárez**, allá arriba, en el Pleno Jurisdiccional. Una figura histórica que nos ayuda a reflexionar sobre la importancia que tiene el respeto a nuestras instituciones, a nuestros pares y a nosotros mismos.

- También tenemos a **nuestro lábaro patrio** en la entrada principal y aquí mismo, en el auditorio, para recordarnos que nuestro deber es con la Patria, pues es a ella a quien debemos servir, desde el momento en que ponemos un pie dentro de este edificio.

- Asimismo, como parte de la fachada del edificio sede y en el vestíbulo de cada sala regional, se encuentra **la efigie de la Diosa Themis**. Deidad griega que representa la justicia divina. Se trata de la Diosa del buen consejo con autoridad para enjuiciar y dictar veredicto que guiándose por las leyes y costumbres busca hacer justicia.

- Además, allá arriba, en el Salón de Plenos, hay **unos ventanales enormes** a los que casi nunca les prestamos atención, que nos inundan de luz cada sesión, pero que hacen algo más importante: nos permiten a las y los magistrados voltear hacia afuera, para recordar que es allá donde se encuentra el justiciable, el gobernado, el ciudadano, el contribuyente… en fin, el beneficiario final de nuestra función.

Pero, hay un símbolo más en ese salón del Pleno Jurisdiccional. Y es ese reloj de péndulo que en mi caso está a mi siniestra. Un instrumento para medir el tiempo que, además es una pieza muy bella.

Se trata de un reloj al que casi nunca, o al menos yo, le prestamos mucha atención. Lo cual, es completamente normal, porque así somos los seres humanos: cuando sabemos

que tenemos tiempo de sobra, nos olvidamos por completo de los relojes, a pesar de que todos traemos con nosotros uno todos los días.

Y cuando sabemos que el tiempo comienza a agotarse, estos aparatos tan ingeniosos cobran una importancia tal, que no paramos de ver su avance a cada hora, segundo a segundo.

¡Imaginen todos cuán importante se ha vuelto para mí hoy ese reloj! ¡Casi les puedo decir que es como si lo estuviera viendo frente a mí en este momento!

Esas manecillas y ese péndulo demandan toda mi atención, porque me quedan sólo unos cuantos minutos en ese recinto, en la silla correspondiente a mi sitial, en esta función que he desempeñado.

Y, lo más triste de todo para mí, es que, también, me quedan sólo unos cuantos minutos de rodearme de la compañía de todas y todos ustedes.

Nuestros relojes marcan el tiempo de los seres humanos, pero no marcan los tiempos de las grandes instituciones como lo es nuestro Tribunal. Esta casa de la Justicia, con 87 años de vida, es relativamente joven, pero eso no le quita que esté llamada a permanecer y trascender. Su misión consiste en perdurar más allá de un nombramiento, más allá de nuestras vidas. Y esto me causa una inmensa alegría que hace que mi nostalgia se torne en una gran ilusión.

Esa existencia prolongada se conjuga con el carácter ágil y enérgico del Tribunal, que nunca dejará de ser una institución activa, que crece y evoluciona constantemente. Nuestro paso por el Tribunal es efímero, y la fugacidad de nuestros cargos es la muestra de su renovación constante. Para mí, esta renovación contribuye al fortalecimiento de las instituciones y las hace más fuertes.

Ya no quiero detenerme más con los símbolos porque, aunque ese reloj de péndulo no está aquí, sino a 15 pisos de distancia, yo, que lo tengo presente, sé que su minutero acaba de avanzar algunas posiciones.

Así que ahora hablaré de la trascendencia que este día tiene para mí.

He tenido el privilegio de formar parte de este tribunal desde 2006, y de comandarlo de 2011 a 2013. Más allá del reto y de la responsabilidad que eso significa, servir al país desde esta curia, ha representado para mí un inestimable honor y una de las experiencias más enriquecedoras de mi vida.

No solo hablo en el plano profesional, sino también en lo personal. Porque después de todos estos años, puedo decirles que lo que más recibí de todos y cada uno de ustedes, fue empatía, solidaridad, consideración y tolerancia:

- **Empatía**, porque con un sentido de unidad y de camaradería insuperable, acompañaron mi tránsito de magistrado de Sala Regional a magistrado de Sala Superior.

- **Solidaridad**, porque cada uno de ustedes estuvo siempre dispuesto a aportar su talento y su liderazgo, para participar en los grandes proyectos del Tribunal que desde mi Presidencia me tocó impulsar.

- **Consideración**, porque con su conocimiento y su ánimo por el sano intercambio de ideas y posturas, me ayudaron a afinar mi criterio jurídico, en cada proyecto de sentencia discutido aquí.

- **Tolerancia,** porque estimo que una de las virtudes de un buen juez es la capacidad de respetar las opiniones, ideas o actitudes de los integrantes de un órgano colegiado como este, aunque no coincidan con las propias.

Precisamente por ello, más allá de la función estrictamente jurisdiccional, más allá de lo que significa ser un servidor público, lo que más aprendí de ustedes, y que me llevo en mayor estima, es a vivir una vida de servicio, una vida de empatía, de solidaridad, de consideración y de tolerancia hacia los demás.

Se trata de cuatro actitudes que debemos practicar para realmente ser buenas personas, y lo digo porque siempre he pensado y expresado que, ser una buena persona es un requisito indispensable para ser un buen juzgador.

Por eso, la empatía, la solidaridad, la consideración y la tolerancia son cuatro actitudes **pilares** para el buen funcionamiento de las entidades públicas. Sobre todo en aquellas que, como ésta, están encabezadas por órganos colegiados.

Mi agradecimiento para todas y todos. Rodearme de la compañía de ustedes, ha sido una gran fortuna para mí.

Agradecimientos a mi staff

Y dedico algunos balanceos del péndulo de ese reloj para reconocer también —aunque no estén todos presentes— a quienes conforman mi equipo de trabajo y a todas aquellas personas que, en algún momento, me acompañaron en mi travesía.

Prefiero no mencionarlos por nombre, para no cometer alguna omisión; bastante injusto soy ya con ellos, al ofrecerles solo un minuto de agradecimiento, a cambio de los años de esfuerzo que todas y todos ellos me brindaron.

¡Gracias!

Agradecimientos a todas y todos

Desde luego, mi gratitud va también para todas y todos los servidores públicos de este Tribunal, porque con su trabajo cotidiano e incansable, demuestran lo mucho que quieren a México.

Se que todos los integrantes del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, estamos conscientes de que cada sentencia que emite, ayuda a encontrar una solución pacífica y ordenada a los conflictos entre los particulares y la Administración Pública Federal para lograr un México en paz. ¡Esa es la razón de ser de esta instancia de justicia!

Señoras y Señores Magistrados de la Sala Superior del Tribunal:

El Tribunal, es una institución que vive, crece y se transforma, con el ánimo de servir a México.

En todos y cada uno de ustedes —estimadas compañeras y amigas, estimados compañeros y amigos— reconozco talento, liderazgo, conocimiento jurídico y sentido de unidad; características que día a día ponen en práctica, al servicio del Tribunal y por tanto de México.

Señoras y Señores Magistrados de Salas Regionales; Apreciadas y apreciados servidores públicos del Tribunal:

La principal fuerza de esta instancia de justicia, reside en el trabajo que día a día realizan todos los magistrados, secretarios de acuerdos y demás servidores públicos del Tribunal, que con esmero, talento y pasión, trabajan en beneficio de esta instancia de justicia. Todas y todos, han hecho posible que los resultados de este gran órgano jurisdiccional sean del todo positivos y que por ello tenga el prestigio que le es reconocido por la sociedad.

Para mí, ha sido una gran fortuna tenerlos como compañeros en este constante afán de perfeccionarnos como abogados y como servidores públicos. Todas y todos ustedes son un ejemplo de cultura jurídica, de capacidad de trabajo y de organización, pero sobre todo, de un innato sentido de la justicia. ¡Mi reconocimiento para ustedes!

Respetables Usuarios de los servicios del Tribunal:

Gracias también a los justiciables y a las autoridades demandadas, quienes —como destinatarios de nuestros esfuerzos— afrontan con paciencia y con espíritu crítico, todas las innovaciones y trabajo que el Tribunal pone en marcha, siempre con miras en su beneficio. Mi más amplio reconocimiento a ustedes. No tengan duda de que el Tribunal con ética y responsabilidad está siempre a su servicio.

Disculpas

Estimados todos:

Desde mis distintas responsabilidades, como servidor público de este órgano jurisdiccional, ha sido necesario tomar decisiones que no siempre son fáciles. Pero en todos esos casos, éstas decisiones las tomé, con el respaldo de los órganos decisorios del Tribunal y buscando siempre el interés superior de la institución y de una adecuada y

ética impartición de justicia, apegado siempre a la Ley. **Sin embargo, si por mis decisiones, de alguna forma he lastimado a alguien, con la mano en el corazón, desde aquí les elevo mi más sincera disculpa.**

Agradecimientos personales

Continuando con mis agradecimientos, me quiero referir a las personas que son mi sustento y mi inspiración, a quienes amo y me corresponden de igual manera, me refiero a mi amada familia: mi esposa Carmelita, mis hijos Juan Manuel y Juan José y ahora también a mis hijas Nury y Angie.

Y el motivo que tengo para hacerlo es, precisamente, el tiempo.

Cuando recibí mi nombramiento como magistrado, el reloj al que me he referido del recinto del Pleno ya estaba ahí y desde entonces y hasta el día de hoy, su manecilla corta habrá dado unas 200 mil vueltas.

La cuestión es que muchas —muchísimas— de esas horas, les correspondían a mi esposa y a mis hijos por derecho natural. Pero yo deliberadamente dejé de dárselas a ellos, para entregárselas a la impartición de justicia.

Parece una contradicción, pero nuestros empleos, nuestros proyectos de vida profesional, son en realidad proyectos familiares, que se gestan en el hogar y a su costa; son el resultado de un esfuerzo y un sacrificio que involucra a nuestros seres más queridos.

Ser un Magistrado Federal requiere de una familia que sepa entender la importancia de nuestra función y lo mucho que significa para nosotros el constituirnos en servidores del Derecho y coadyuvantes de la justicia.

Mi familia supo entender la importancia que tiene para México, contar con hombres y mujeres dedicados en cuerpo y alma a servir a nuestras instituciones.

Por ello, quiero reconocer en este acto, el profundo amor que me han mostrado. Se trata de un amor que ha trascendido al seno familiar, porque no lo profesaron únicamente hacia su padre, sino hacia su Patria, a la que sé que aman profundamente.

En especial, quiero dirigirme a una persona que fungió como un apoyo inestimable en mi función como juzgador y que es una pieza clave en todos los aspectos de mi vida.

Se trata de una persona que ha sabido poner en práctica, las virtudes propias de una auténtica compañera de vida, porque ha sido una consejera sabia, una impulsora tenas, y sobre todo, una mujer serena y amorosa.

Me refiero a Carmelita, mi amada esposa, que durante más de 35 años, ha estado siempre al pendiente de mí y de mis asuntos; los ha hecho propios, y ha cedido su tiempo en favor del Tribunal y de la impartición de justicia, con el mismo amor, el mismo fervor y la misma paciencia que mis hijos, y que gracias a su amor, he podido desarrollar

mis capacidades como ser humano y ponerlas en práctica en el cumplimiento de mis responsabilidades.

Muchas gracias Carmelita.

Quiero decirles —amada familia— que he trabajado en el sector público, porque ese mismo amor que siento por ustedes, lo profeso hacia nuestra Patria. **Trabajar para el Tribunal, ha valido la pena, porque quienes lo integran, son personas de bien, que luchan porque tengamos un mejor país, en el cual vivir y desarrollarnos como seres humanos. ¡Mi más alto reconocimiento a todas y todos ustedes!**

Desde luego, no puedo dejar de dar gracias a Dios y a la Virgen Niña —la Divina Infantita— a quien tengo confiada mi vida.

Mensaje final

Y como el minutero del reloj sigue avanzando, trataré de apresurar el final de mi intervención. Por favor comprendan que, si me extiendo, es porque intento alargar inútilmente mi permanencia en esta inconmensurable institución.

Tras todos los años que he servido al país, desde distintas responsabilidades, y en los últimos 17 años, como Magistrado de Sala Regional, de Sala Superior, y como Presidente del Tribunal, puedo afirmar, que la función jurisdiccional es apasionante.

Estoy convencido de que en la unidad radica el buen funcionamiento de entidades públicas como ésta, y que dicha unidad constituye la mejor garantía para los gobernados, de que pensamos únicamente en ellos al momento de ejercer nuestras atribuciones. ¡Nunca debe perderse la unidad!

Con esa confianza me voy, con el orgullo de haber servido a mi país en la solución de sus conflictos, y con la certeza de que este Tribunal por el que tanto di, se queda en buenas manos; manos comprometidas, ansiosas de servir a la sociedad mexicana; manos patriotas que están dispuestas a anteponer el interés colectivo por encima del bienestar individual.

Son las manos de todas y todos ustedes, manos que están lidereadas por un hombre con altura de miras, nuestro Presidente el Mag. Don Guillermo Valls Esponda.

Hoy, México cuenta con un Tribunal Federal de Justicia Administrativa, independiente e imparcial, que aplica la ley con la mira puesta en el desarrollo y el bienestar de nuestra sociedad.

Se trata de un Tribunal que siempre responde a favor de la sociedad, con innovación, pero con la continuidad de sus objetivos originales, respetando los principios atemporales de su misión, y renovándose día con día, con la velocidad que la propia sociedad demanda.

Es un Tribunal que ve hacia adelante, que está alimentado por el entusiasmo de sus magistradas y magistrados, sus secretarios y oficiales jurisdiccionales, así como por su personal administrativo y de apoyo.

Es un Tribunal que gracias a la convicción que tienen sus integrantes por impartir justicia, contribuye al orden, el progreso y la paz social.

Se trata de una casa de la justicia que fortalece a la Patria a través de la cultura de la legalidad, porque todos sus integrantes estamos convencidos de que el respeto a la ley trae consigo el bien y la prosperidad de la Unión.

Es una instancia de justicia y de ética jurisdiccional que coadyuva a la paz social, por su amor a México.

Es un Tribunal que nos pertenece y al que le pertenecemos, porque —como dice una canción— "aquello que amamos, lo consideramos de nuestra propiedad".

Me despido de *mi* Tribunal y de ustedes, mis amigas, *mis* amigos. Y detengo mi intervención en este momento, porque ese reloj allá en el salón del Pleno Jurisdiccional, a partir de ahora, seguirá marcando las horas. Pero ya ninguna de ellas es para mí.

¡Dios los bendiga!

Muchas gracias.

Ciudad de México, 31 de mayo de 2023

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