

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURIDICAS



ESCUELA LIBRE DE DERECHO

REVISTA DE
INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

MÉXICO, 1999

AÑO 23

NÚMERO 23

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva:

Lic. Mario Alberto Becerra Pocoroba, *Rector*
Lic. Ismael Gómez Gordillo, *Primer vocal*
Lic. Jaime del Arenal Fenocho, *Segundo vocal*
Lic. Carlos Sodi Serret, *Vocal suplente*

Secretarios:

Lic. Pedro Barrera Ardura, *Secretario General*
Lic. Jaime del Arenal Fenocho, *Secretario Académico*
Lic. José Manuel Villalpando César, *Prosecretario*

CONSEJO EDITORIAL

Lic. Francisco de Icaza Dufour, *Director*
Lic. Jaime del Arenal Fenocho
Lic. Fauzi Hamdan Amad
Lic. Jorge Adame Goddard
Lic. Carlos Müggenburg
Lic. Gisela Oscós Said
Lic. Ramón Sánchez Medal

El Consejo no se responsabiliza del contenido de los artículos ni de las opiniones expresadas en ellos.

ISSN 0185-1438

© 1999. Derechos reservados conforme a la ley
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz núm. 12, México 06720, D. F.

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.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

BIBLIOTECA

ÍNDICE

DOCTRINA GENERAL

- JAIME DEL ARENAL FENOCHIO
La "Libertad" y otras divisas en los decretos,
planes y manifiestos políticos mexicanos
del siglo XIX 9
- MIGUEL BONILLA LÓPEZ
"El amparo y sus reformas", de Isidro Rojas
y Francisco Pascual García 29
- ALVARO CASTRO ESTRADA
Respuesta al reto que planteara don Antonio Carrillo Flores
a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre
el Instituto de la Responsabilidad Patrimonial del Estado . . 67
- JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL
Persona y Derecho desde el realismo
personalista de Mounier 123
- RAFAEL ESTRADA MICHEL
Antropología y derecho: las trampas de la ley 137
- EDUARDO FERRER MAC-GREGOR
La constitución española de 1931 y el juicio
de amparo mexicano 151
- YURI GONZÁLEZ ROLDÁN
La transmisión de la propiedad en compraventa.
Un estudio de la edad arcaica romana
al derecho preimeriano 175

OSCAR GUTIÉRREZ PARADA

- La prueba pericial en materia civil. Conforme a las reformas que entraron en vigor el 24 de julio de 1996 271

GERARDO MONROY CAMPERO

- El matrimonio como derecho: algunas consideraciones jurídicas sobre éste, en el caso de personas del mismo sexo 305

JAIME SÁINZ

- ¿Qué hacer con los embriones sobrantes? 327

JOSÉ MARÍA SECO MARTÍNEZ

- El Derecho como mediación, en la realización de la persona, según Mounier 369

RICARDO J. SEPÚLVEDA I.

- Reflexiones sobre la controversia constitucional. (Hacia un tribunal Constitucional) 381

DANIEL SOLORIO RAMÍREZ

- La corrupción del desgano 405

ELISA SPECKMAN GUERRA

- El delito y la sanción. Legislación penal en el Distrito Federal (1872-1910) 427

JOSÉ MANUEL VILLALPANDO CÉSAR

- Federico Gamboa en la Escuela Libre de Derecho 513

SECCION MONOGRÁFICA

OTTO SANDROK

- Cláusulas "Candado" en los contratos comerciales internacionales: reflexiones básicas sobre la autonomía de las partes para escoger la ley aplicable a sus contratos 535

LUIS FRANCISCO TORRES GONZÁLEZ

- La cooperación procesal internacional en materia comercial, el juicio ejecutivo mercantil mexicano y sus figuras afines 557

MISCELÁNEA

JUAN FEDERICO ARRIOLA

- Constitución 2000 675

RAMÓN SÁNCHEZ MEDAL

- Medios de impugnación del laudo arbitral 681

JOSETTE SERRATO COMBE

- Bienvenidos al Siglo XXI, Reflexiones sobre la globalización, las leyes de los estados y los contratos internacionales 693

IN MEMORIAM

- Julio Montejano Hilton 699
 Fernando Yllanes Ramos 701
 Víctor Manuel Ortega el hombre y el maestro 703
 Armando Ostos Luzuriaga 707

DISCURSOS

- Discurso del señor Lic. don Mario A. Becerra Pocaroba, Rector de la Escuela Libre de Derecho en la Ceremonia de Inauguración de Cursos 1999-2000 709
 Discurso del señor Lic. don Carlos Sodi Serret, profesor de la Escuela Libre de Derecho en la Ceremonia de Inauguración de Cursos 1999-2000 713

- Discurso de Inauguración pronunciado por el alumno
Marco Antonio Martínez Maldonado, presidente
del comité Ejecutivo de la Sociedad de Alumnos
de la Escuela Libre de Derecho 727
- Discurso del señor Lic. don Mario A. Becerra Pocoroba,
rector de la Escuela Libre de Derecho en la Ceremonia
de donación del manuscrito original de “El artículo 14.
Estudio Constitucional” de don Emilio Rabasa..... 731
- Discurso de la señorita Lisette Caullieres Elizarrarás
en la Ceremonia de donación del manuscrito
original de “El Artículo 14. Estudio Constitucional”
de don Emilio Rabasa..... 737
- Discurso del profesor don Arturo F. Zaldívar L.
en el Homenaje a don Emilio Rabasa con motivo
de la donación del manuscrito original de
“El Artículo 14. Estudio Constitucional” 743

DOCTRINA GENERAL

LA "LIBERTAD" Y OTRAS DIVISAS EN LOS DECRETOS, PLANES Y MANIFIESTOS POLÍTICOS MEXICANOS DEL SIGLO XIX

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El fin de la libertad de los antiguos*. III. *La nueva sociedad política*. IV. *La supremacía y el monopolio de la ley*. V. *Las libertades modernas*. VI. "Libertad"; "Dios" y otras divisas. VII. *El triunfo del discurso*.

I. INTRODUCCIÓN

No resulta fácil escribir acerca de la libertad en el siglo de las libertades. Fue un concepto que se utilizó tanto por los conservadores como por los liberales mexicanos del siglo XIX para elaborar sus propios y hasta cierto punto contradictorios discursos políticos,¹ aunque no siempre con el mismo significado ni con los mismos alcances. El número de autores que se han ocupado de la libertad en aquella centuria no es ya, por fortuna, corto. Los "clásicos", por todos conocidos, sobre el liberalismo, son: Jesús Reyes Heróles y Charles Hale. El primero publicó en 1957 su *Liberalismo mexicano*, en tres volúmenes (resumidos en 1986),² mientras el segundo, en 1972, dio a conocer la versión española de su libro *El liberalismo mexicano en la época de Mora 1821-1853*, y en 1991, *La transformación del liberalismo en México a fines del si-*

¹ Para el análisis de los discursos liberal y conservador, de sus semejanzas y sus discordancias, véase O'GORMAN, Edmundo, *México, el trauma de su historia*, México, UNAM, 1977.

² REYES HERÓLES, Jesús, *El liberalismo mexicano*, 2a., ed., México, FCE, 1974, tres tomos. El resumen lo editó el Fondo de Cultura Económica en su colección *Lecturas Mexicanas*, núm. 100, el año de 1985, con el título, *El liberalismo mexicano en pocas páginas*.

glo XIX.³ Lilia Díaz y Luis González, por su parte, han escrito sobre los liberalismos "militante" y "triumfante".⁴ A éstos se han sumado una buena serie de historiadores mexicanos y extranjeros como José Barragán,⁵ Leopoldo Zea,⁶ Abelardo Villegas,⁷ Raúl Cardiel Reyes,⁸ Francisco López Cámara,⁹ Daniel Cosío Villegas,¹⁰ Hilario Medina,¹¹ Brian R. Hamnett,¹² Sinkin,¹³ Covo,¹⁴ Andrés Lira¹⁵ y, más recientemente, Enrique Montalvo,¹⁶ Valadés,¹⁷ Silvestre Villegas,¹⁸ Carmagnani,¹⁹ Anino y Buve,²⁰ y Ferrer y

³ México, Siglo XXI, 1972; y México, Vuelta, 1991.

⁴ Dentro de la *Historia General de México* publicada por El Colegio de México, México, 1976, tomo 3.

⁵ *Temas del liberalismo Gaditano*, México, UNAM, 1978.

⁶ "La ideología liberal y el liberalismo mexicano", en *El Liberalismo y la Reforma en México*, México, UNAM, 1957.

⁷ *México en el horizonte liberal*, México, UNAM, 1981. "Nuestra América 3".

⁸ *Del Modernismo al Liberalismo, La filosofía de Manuel María Gorriño*, México, UNAM, 1981.

⁹ *La génesis de la conciencia liberal en México*, México, UNAM, 1954.

¹⁰ En los tomos que escribió para la ya clásica *Historia moderna de México*, México, Hermes, 1955-1972.

¹¹ *El Constituyente de 1856 y el pensamiento liberal mexicano*, México, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados-Manuel Porrúa, 1960.

¹² *Revolución y contrarrevolución en México y el Perú. Liberalismo, realeza y separatismo. 1800-1824*, México, FCE, 1978.

¹³ N. SINKIN, Richard, *The mexican reform. 1855-1876: a study in liberal nation-building*, Austin, Institute of Latin American Studies, 1979.

¹⁴ COVO, Jacqueline, *Las ideas de la Reforma en México (1855-1861)*, México, UNAM, 1983.

¹⁵ "Las opciones políticas en el Estado Liberal mexicano, 1853-1910", en GONZÁLEZ, María del Refugio (coord.), *La formación del Estado mexicano*, México, Porrúa, 1984, pp. 135-154.

¹⁶ MONTALVO ORTEGA, Enrique, "Liberalismo y libertad de los antiguos en México (el siglo XIX y los orígenes del autoritarismo mexicano)", en *El águila bifronte. Poder y liberalismo en México*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 1995, pp. 243-277.

¹⁷ VALADÉS, Diego, *Historia del liberalismo social mexicano: del siglo XIX al constituyente de Querétaro*, México, Cambio XXI, Fundación Mexicana, 1992.

¹⁸ *El liberalismo moderado en México. 1852-1864*, México, UNAM, 1997.

¹⁹ "La libertad, el poder y el Estado antes de la Revolución", en MONTALVO, *op. cit.*, pp. 223-242.

²⁰ ANNINO, Antonio y BUVE, Raymond (coords.), *El liberalismo en México*, AHILA, 1993.

Luna,²¹ entre otros. Sus obras, apreciadas en conjunto, dan una buena idea de las dificultades que hubieron de superarse para difundir y hacer imperar el concepto moderno de "libertad" entre los mexicanos, no sólo en los textos jurídico-constitucionales sino, lo más difícil, como parte de una mentalidad colectiva. Un concepto de libertad que contrastará con la idea de "libertad cristiana" imperante durante los tres siglos de monarquía hispánica.

El proceso que condujo hacia el liberalismo del siglo XIX principió en la Nueva España, propiamente en la segunda mitad del siglo XVIII, cuando el influjo de las "nuevas ideas" provenientes de la Europa ilustrada comenzó a traspasar las barreras ideológicas que tan eficazmente había impuesto la Corona española a través, principalmente, de la actividad del Santo Oficio que había logrado mantener la ortodoxia católica en el inmenso reino septentrional. Esas ideas se sumaron a las preocupaciones sociales que se habían ido forjando en las dos centurias y media precedentes. Por otra parte, durante el siglo XVIII se desarrolló una actividad muy decidida por parte de la nueva dinastía de los Borbones para conseguir centralizar el poder en manos de las autoridades peninsulares, para ordenar a la sociedad con un nuevo y eficiente sistema jerárquico de relaciones de mando, para incrementar el absolutismo del monarca, para modernizar la administración y la economía según criterios racionales y, entre otros objetivos, para impedir que los grupos intermedios que formaban la compleja y variada sociedad mexicana pusieran obstáculos al ejercicio vertical del poder. La expulsión de los jesuitas en 1767 representa un punto capital en la historia de nuestro país que habría que valorar constantemente por su hondo significado en relación con este problema del ejercicio absoluto del poder político.

II. EL FIN DE LA LIBERTAD DE LOS ANTIGUOS

Desde estas perspectivas no es posible entender las diferencias entre los liberales y conservadores mexicanos en torno a la libertad si no tomamos en cuenta, primero, que a partir de la expulsión

²¹ FERRER MUÑOZ, Manuel y LUNA CARRASCO, Juan Roberto, *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, México, UNAM, 1996.

de los jesuitas la teología en México sufrió una enorme decadencia, la que se prolongó a lo largo de casi toda la centuria siguiente con motivo de la guerra de independencia, las crisis políticas, las invasiones y guerras extranjeras, y los cotidianos levantamientos rebeldes de uno y otro color. Todavía Hidalgo, tanto en su tesis²² como en todo su trabajo cultural y social que llevó a cabo como cura párroco, se benefició en buena parte del impulso intelectual de jesuitas de la talla de Clavijero, Diego José Abad y de Alegre, quienes hicieron un esfuerzo importante en la segunda mitad del siglo XVIII para renovar la teología y la filosofía en nuestro país. Es el caso también de Benito Díaz de Gamarra.²³ Entrado el siglo XIX los grandes conflictos sociales y políticos se sumaron a aquella expulsión para afectar el desarrollo de las instituciones educativas y juntos impedirían que la renovación que se había iniciado con tan buenos pasos tuviera frutos maduros y ayudara, en su momento, a la reflexión en torno a conceptos tales como el de la libertad. En los siguientes años no existió en la Nueva España un estudio renovado y exigente de la teología, lo que repercutió en los planes de estudio de los seminarios conciliares del siglo XIX, y aunque todavía se encuentran algunas grandes figuras como la de Clemente de Jesús Munguía,²⁴ ciertamente excepcional, la tendencia general apunta hacia una decadencia total de la teología mexicana en el siglo XIX que sólo repuntará al finalizar la centuria con la

²² HIDALGO Y COSTILLA, Miguel, "Disertación sobre el verdadero método de estudiar teología escolástica", en *Hidalgo, reformador, intelectual y libertador de esclavos*, Morelia, Centro de Estudios sobre la Cultura Nicolaita, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 1982, pp. 55-79.

²³ Sobre las aportaciones intelectuales de los jesuitas, véase NAVARRO, Bernabé, *Cultura mexicana moderna en el siglo XVIII*, México, UNAM, 1983; BEUCHOT, Mauricio (Introducción, selección y notas), *Filósofos mexicanos del siglo XVIII*, México, UNAM; (Biblioteca del Estudiante Universitario 118) 1995, y la obra de VALVERDE citada en la nota 25. Sobre Gamarra, véase HERREJÓN PEREDO, Carlos, "Formación del zamorano Gamarra", en *Relaciones. Estudios de Historia y Sociedad*, núm. 52, otoño de 1992, pp. 135-166 y NAVARRO, Bernabé, "Díaz de Gamarra, representante pleno del proceso de modernidad en el México colonial", en *Humanismo y ciencia en la formación de México*, Zamora, El Colegio de Michoacán, 1884, pp. 339-358.

²⁴ Véase, MARTÍNEZ, Miguel, *Monseñor Munguía y sus escritos. Obras completas*, Morelia, Fimax Publicistas, 1991.

filosofía neoescolástica tomista.²⁵ Esta situación no fue, sin embargo, exclusiva de México sino que afectó también a todo el orbe católico, pero en México y en Latinoamérica, por sus particulares circunstancias de inestabilidad, sus efectos se hicieron sentir con mayor rigor. De esta forma el pensamiento conservador mexicano —alimentado sin duda por el pensamiento católico y con la preocupación acerca del papel que deberían jugar la religión y la Iglesia en el nuevo Estado— no pudo ofrecer una respuesta muy sólida a las propuestas seductoras del pensamiento liberal.

III. LA NUEVA SOCIEDAD POLÍTICA

Frente a un tradicional pensamiento católico bastante deprimido se abren en México y en los países latinoamericanos con gran fuerza las ideas de la Revolución Francesa, concretamente la idea moderna de libertad. Estas ideas, de fuerte inspiración racionalista, chocaron con el tipo de sociedad que formaba la Nueva España, lo que implicó una auténtica revolución: la sociedad, que se concebía formada por un conjunto de agrupaciones naturales, de corporaciones civiles o eclesiásticas, no tomaba en cuenta al individuo en sí mismo como ente político aislado, sino como parte de una serie compleja de asociaciones naturales que, incluso, servían para definirlo jurídicamente. En cambio, la modernidad hace descansar el origen y la existencia misma de la sociedad en el hombre considerado individualmente y, en su génesis, aislado; un individuo que pacta y conviene con otros *iguales* la existencia de aquélla. Dicha revolución implicó las tareas de destruir la base social como se entendía y de sustituirla con un nuevo basamento social formado por individuos aislados y fundado en la idea del *pacto social*. Estas fueron precisamente las tareas que pretendieron llevar a cabo a como diera lugar los liberales durante el siglo XIX, aun cuando para conseguirlas se comportaran en forma muy poco liberal.

La libertad en ese contexto hubo de ser redefinida como un valor que hacía referencia al hombre considerado en su singularidad

²⁵ VALVERDE TÉLLEZ, Emeterio, *Bibliografía filosófica mexicana*, edición facsimilar, Zamora, El Colegio de Michoacán, 1989, tomo II, pp. 343-489.

y aislamiento "original" respecto de la sociedad política, concebida ahora precisamente como la institución indispensable para garantizar y hacer posible el ejercicio de esa nueva forma de libertad; nueva definición que supuso que otras concepciones (y ámbitos) de la libertad fueran negadas o rechazadas, incluso atacadas, como fueron los casos de la libertad de los indígenas defendida por la política española durante casi trescientos años, el de las libertades estatales características de una sociedad corporativizada —como fue la sociedad novohispana— y la libertad cristiana.

IV. LA SUPREMACÍA Y EL MONOPOLIO DE LA LEY

En esto consistió la revolución ideológica operada en el siglo XVIII y que fructificó en las revoluciones políticas del siglo XIX. Hombres aislados van a convenir, van a asociarse, van a pactar la construcción de la nueva sociedad y, desde luego, de la nueva forma de asociación política: el Estado nacional moderno. En adelante ya no se va a concebir al hombre como parte de un gremio, de una corporación, con sus derechos o sus privilegios corporativos, sino que se lo va a concebir como mero individuo aislado en su origen, cuyos derechos por la misma razón también deberán transformarse. En efecto, el Derecho dejará de ser entendido como un *orden jurídico justo* de hombres agrupados naturalmente en comunidades, gremios, corporaciones civiles o familias y pasará a ser definido como *conjunto de normas legales* expedidas por el poder político para proteger y garantizar ante todo y sobre todo la libertad de los individuos y los demás derechos del hombre —concebidos como universales, inmutables e inalienables— que se consignarán en esos documentos jurídico-políticos de la modernidad llamados constituciones. Aquí quedarán reconocidos expresamente gracias al deseo de los liberales de establecer con toda claridad su número y su contenido para, en consecuencia, delimitar la acción del Estado frente a los mismos individuos, definidos ahora como *ciudadanos*.

No se dieron cuenta los liberales que a la larga su posición iba a fortalecer en la realidad la presencia y la acción del Estado frente al individuo. Al destruir la base social de la sociedad anterior y

pretender sustituirla con una sociedad basada exclusivamente en un pacto entre individuos, éstos no iban a contar con ninguna otra institución entre ellos y el Estado que los proteja frente a las arbitrariedades del poder. La defensa se dejará al cabal cumplimiento de lo dispuesto en la letra impresa de constituciones, leyes y decretos expedidos por el propio poder estatal. No consideraron que al limitar sólo con la letra al Estado, la situación política de los "ciudadanos" iba a ser a la larga muy desfavorable puesto que no iban a poder acudir ni al gremio, ni a la iglesia, ni a la familia, ni a la corporación, ni a la comunidad indígena para defenderse de las acciones y medidas de aquél que no respetase la ley promulgada y escrita; por el contrario, se iban a ver afectados totalmente por decisiones *políticas* (bajo el disfraz de jurídicas) en las cuales la mayoría de las veces no participarían. El mejor ejemplo es el de los indígenas, a quienes se les desconocieron totalmente sus formas tradicionales de organización política, sus costumbres y los derechos ancestrales a sus tierras comunales (todo ello respetado por la Corona española) al transformarlos en ciudadanos libres. Por un lado se les "reconocieron" los "derechos universales" y se afirmó que gozaban de derechos inalienables, que tenían una serie de garantías al igual que cualquier propietario burgués y que el Estado iba a garantizar esos derechos, pero por otro se les desconoció su derecho de propiedad comunal —base de la existencia misma de sus comunidades— por medio de un agresivo proceso de desamortización de sus tierras, frente al cual de nada les sirvió argumentar con el viejo derecho, es decir, ni con el Derecho Indiano ni, menos, con el derecho consuetudinario: si hubieron de defenderse debió de ser sólo con la ley estatal en la mano, y esto siempre y cuando la conocieran y la entendieran. Finalmente, los indígenas como tales van a sufrir en el siglo pasado todo el impacto, toda la brutalidad de una legislación y de una sociedad que fueron concebidos sin tomarlos en cuenta.

El "aparente" triunfo de la libertad moderna en el siglo XIX encubre, entonces, un fenómeno mucho más profundo que sólo recientemente está siendo tomado en cuenta por los historiadores, en especial por los historiadores del Derecho: el de la sustitución de un tipo de absolutismo por uno nuevo al que Grossi ha llamado "absolutismo jurídico" y que supone el exterminio del pluralismo

jurídico, el agotamiento de las fuentes del Derecho y el consecuente monopolio de la creación de éste en manos del Estado, en adelante la única instancia llamada a definir y resolver la situación jurídica de los particulares o “privados”.²⁶

Cabe precisar que en el siglo XVIII, como consecuencia de la revolución en las ideas jurídicas y políticas se llegó a identificar al Derecho con la ley; es decir, el Derecho dejó de concebirse como la manifestación o el producto de una serie de fuentes que operan desde distintas instancias sociales e incluso individuales (piénsese en el *Derecho común*) para reducirse exclusivamente a la fórmula legal, expresión del poder político. Antes del triunfo del racionalismo jurídico —que se manifiesta a su vez en la victoria del constitucionalismo y de la codificación— las sociedades y los hombres mediterráneos, así como sus derivados en el Nuevo Mundo, se ordenaron jurídicamente lo mismo por la ley que emitía el Monarca, que por sus viejas costumbres o por una ciencia jurídica que tuvo sus raíces en el Derecho romano justiniano recibido en Europa a partir del siglo XII, y por el Derecho de la Iglesia Católica; resultado, además, de una ética y una conciencia jurídicas generalizadas y comunes que sirvieron para dirimir también los conflictos jurídicos de esa sociedad y de esos hombres. Hubo muchas fuentes para la creación del Derecho y un auténtico pluralismo jurídico; sin embargo, éste chocó con la mentalidad racionalista. No, —dirán los racionalistas— es mejor pensar que así como la sociedad es producto de un convenio, el Derecho es también resultado del mismo pacto, por el cual todos los “individuos” se ponen de acuerdo sobre los derechos, deberes y las obligaciones que les atañen, siempre y cuando se respeten los derechos individuales que no otorga el Estado sino que les competen por el hecho mismo de ser hombres y por ser conformes a la naturaleza humana. Es obvio que para el pensamiento racionalista

²⁶ GROSSI, Paolo. “Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX”. en *Doctor Honoris Causa. Paolo Grossi*. Bellaterra. Universitat Autònoma de Barcelona. 1991. pp. 9-26; y DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime. *El discurso en torno a la Ley: el agotamiento de lo privado como fuente del derecho en el México del siglo XIX*. comunicación presentada en el Simposio *Discurso, sociedad civil y hegemonía política en México: siglo XIX*. México, agosto, 1997, en prensa.

esto resultaba más conforme a la razón y, por ende, la forma del Derecho que aceptaron no pudo ser ni la costumbre (porque había muchas costumbres que resultaban totalmente irracionales y muy viejas) ni que el Derecho lo determinasen los juristas (como había quedado consignado en los viejos textos del *mos italicus*). Por el contrario, la única forma aceptada era la que resultaba del convenio, de ese pacto que los individuos habían realizado; es decir, la ley, pero ahora entendida no como la manifestación del poder o de la voluntad de un soberano sino de la voluntad del “pueblo”, del nuevo pueblo integrado por el conjunto de “ciudadanos”.

La ley se adopta y se adapta por la mentalidad racionalista. El siglo XIX será la centuria de las leyes. Así, las grandes colecciones legislativas —como las de Manuel Dublán y José María Lozano y las de otros compiladores para el caso de algunos de los estados de la federación— demuestran la confianza, la fe, y la esperanza que tuvieron los hombres del siglo XIX en la ley, y no puede explicarse esta confianza si no se entiende precisamente que en ellos existió la convicción de que la ley, además de ser la expresión de la razón humana, iba a resolver todos los conflictos de la nueva sociedad. Cuando Iturbide afirmó a los mexicanos que ya sabían cómo ser libres y que ahora les correspondía determinar el modo de ser felices, la respuesta fue inmediata: acatando la ley.

Durante los primeros años de la República Federal, la folletería, la prensa y el discurso político o parlamentario demuestran una absoluta confianza en que la mera aplicación de la legislación, resultado del pacto político, era suficiente para resolver los graves problemas que enfrentara la nueva nación. Esta confianza, sin embargo, no fue exclusiva de los liberales, como pudiera pensarse, sino también de los conservadores, quienes aceptaron también la supremacía de la ley sobre cualquiera otra fuente del Derecho, y adoptaron la idea de la codificación, el constitucionalismo moderno, la limitación del poder derivada de su división, e incluso la idea de la soberanía popular. Y si bien es cierto que hacia los años cincuenta algunos conservadores como Lucas Alamán expresaron un desencanto respecto de algunas de estas ideas y comenzaron a desconfiar de que en la constitución y en las elecciones se encontrara la clave de la felicidad del país, nunca pusieron en entredicho la supremacía e incluso el monopolio de la ley para la reali-

zación de la justicia.²⁷ Y es que todos —liberales puros o moderados y conservadores— fueron antes que otra cosa hombres de Estado y era éste precisamente el que reclamaba el monopolio de la creación del Derecho.

V. LAS LIBERTADES MODERNAS

Fueron las consecuencias de la adopción de la mentalidad moderna las que enfrentaron a conservadores y liberales, pues si bien todos aceptaron la *libertad* del nuevo Estado respecto de España —que nadie cuestionará, ni siquiera los que trajeron a Maximiliano pues no trataban de traer aquí a Napoleón III sino establecer un imperio mexicano fuerte e independiente que frenara el expansionismo norteamericano— y la *libertad individual*, con la consecuente prohibición de la esclavitud, las otras libertades resultado de aquella mentalidad sí significaron tensiones, polémicas y lamentables luchas fratricidas. En efecto, mientras que pocos cuestionaron la *libertad política* de los ciudadanos, es decir, que la libertad de los individuos a participar en la vida pública —fueran en su origen indígenas, mestizos o criollos, o por su profesión campesinos, comerciantes, artesanos, maestros, profesionistas, periodistas, etc.— tuviera que excluirse del texto constitucional, otras formas de libertad que la lógica liberal exigía aceptar, como la *libertad de prensa* o la libertad de opinión, se limitaron desde muy temprano en aras de la subsistencia y fortalecimiento del propio Estado, con el consentimiento de los dos grupos políticos dominantes, quienes decidieron que no era posible mantener una absoluta libertad de prensa sino que, por el contrario, la prensa debía de reconocer una serie de limitaciones. Otras libertades consagradas por el pensamiento político moderno sí dividieron a conservadores y liberales: la *libertad de cultos*, la *libertad de asociación*, la *libertad de profesión*, vienen a ser los puntos de conflicto entre estos dos grupos que determinaron la historia política de nuestro país en el siglo pasado.

²⁷ ALAMÁN, Lucas, "Carta a Antonio López de Santa Anna", en LIRA, Andrés (selección y prólogo), *Lucas Alamán*, México, Ediciones Cal y Arena, 1997, pp. 349-355.

Cosa por demás paradójica, a comienzos de la vida independiente todos hablaron de libertad pero nadie supo como hacerla verdaderamente eficaz. No fue sino hasta mediados del siglo XIX cuando se encontró el recurso o remedio para lograrlo; se trató de una institución jurídico-procesal —el juicio de amparo— por medio de la cual se hizo efectivo el ejercicio de la libertad cuando fuera violentada por la autoridad pública. Pero desde entonces y hasta nuestros días el juicio de amparo no tiene alcances *erga omnes*, sino exclusivamente individuales. Se continúa percibiendo en las instituciones del siglo XX una influencia en exceso individualista de las instituciones del siglo anterior.

Cómo hacer efectiva la libertad cuando realmente no se trataba de un país construido, teniendo como base a "individuos" y "ciudadanos", fue un problema aún más grave y que ciertamente no pareció preocupar mucho a las élites liberal y conservadora, quienes consideraron suficiente reconocer la libertad en los textos constitucionales, como si existiese ese país compuesto de individuos y ciudadanos: los "ciudadanos imaginarios" de los que habla Fernando Escalante.²⁸ En realidad durante el siglo pasado la libertad fue parte de un discurso político sustentado en un discurso filosófico, pero que no afectó mayormente la mentalidad tradicional de la sociedad heredada de la época colonial, si bien, poco a poco fue ganando terreno en las ideas y mentalidades de los hombres de estudio que se mueven en las muy poco pobladas ciudades mexicanas: los letrados, los médicos, los políticos, incluso en los mismos eclesiásticos. El grueso de la población, por el contrario, no tuvo la posibilidad de gozar, y menos de ejercer, la libertad anunciada en el discurso moderno pues continuó diseminado en un territorio vastísimo formado en gran parte por sociedades rurales y poblado por campesinos e indígenas, quienes con sus creencias tradicionales y el peso de sus costumbres ofrecieron una fuerte resistencia a la penetración del credo de la nueva libertad. Aquí, el dogma liberal, la idea racionalista acerca del Derecho, la concepción de un Estado que se limita a sí mismo frente a los in-

²⁸ ESCALANTE GONZALBO, Fernando, *Ciudadanos imaginarios. Memorial de los afanes y desventuras de la virtud y apología del vicio triunfante en la República Mexicana. Tratado de moral pública*, México, El Colegio de México, 1992.

dividuos, no encuentran eco. Tal pareciera, entonces, que en el siglo pasado la libertad se quedó al nivel de lo que en realidad fue: un mero concepto, sin llegar a la mayoría de la población mexicana, ni mental ni institucionalmente. Algo, sin embargo, se consiguió cuando a fuerza de repetirse y difundirse tantas veces, finalmente la idea de libertad fue provocando que los mexicanos se preguntasen qué se entendía por libertad, su contenido y alcances, o acerca del tipo de libertades que podían disfrutar. Algunos de los instrumentos más eficaces para difundir el concepto de libertad moderna fueron el *plan*, los *programas*, los *manifiestos políticos* y los *decretos* a los que con frecuencia acudieron los diferentes líderes o caudillos políticos para convocar adhesiones en favor de sus particulares propuestas de transformación social o política, fueran éstas moderadas, revolucionarias o reaccionarias.

VI. "LIBERTAD", "DIOS" Y OTRAS DIVISAS

La utilización de la palabra libertad como divisa de los diversos y contradictorios planes y manifiestos políticos que se expidieron en aquella centuria permite verificar la intensa difusión que fue alcanzando en nuestro país este concepto, considerado muy pronto por la Modernidad como un "derecho fundamental", uno de los "derechos del hombre" o una "garantía individual".²⁹

Una lectura somera de algunos de estos muchos, variados y contradictorios documentos, suscritos por curas y frailes, coroneles y generales, indios y caciques (y que afortunadamente hoy se encuentran en su mayor parte recopilados en una magnífica colección coeditada por el Colegio de México y por el Senado de la República)³⁰ arroja la siguiente conclusión: en una notable mayoría se encuentra la palabra libertad, bien sea como parte del contenido o como divisa o lema final. La divisa política puede ser

²⁹ Sobre el concepto de libertad moderna véase CARPINTERO, Francisco, *Libertad y Derecho*, México, Escuela Libre de Derecho, 1999, pp. 11-20 y CERRONI, Umberto, *La libertad de los modernos*, Barcelona, Martínez Roca, 1972, quien sigue la conceptualización de Benjamín Constant.

³⁰ *Planes de la Nación Mexicana*, México, El Colegio de México-Senado de la República, 1987, once libros.

definida como una sentencia brevísima o conjunto de pocas palabras puesto al final de un documento político o legal para sintetizar y ayudar a fijar colectivamente de manera fácil una propuesta o ideario, para lo cual se solicita una adhesión generalizada.³¹ A partir del triunfo de la Revolución Mexicana y hasta el día de hoy la divisa utilizada en todas las leyes, decretos y documentos oficiales aprobados o expedidos por el gobierno federal es "Sufragio efectivo. No reelección". Pero en la centuria pasada tanto liberales como conservadores rubricaron sus planes, decretos y manifiestos con divisas distintas y variadas alusivas a las causas que quisieron defender y, en consecuencia, proponer al resto de la sociedad mexicana.

La primera de ellas —de capital importancia— no hizo referencia al concepto de libertad pero constituyó el fundamento ideológico mismo de la independencia mexicana y se plasmó tanto en el significado de los colores como de forma escrita en la bandera trigarante: "Religión, independencia y unión", las Tres garantías. Otra divisa muy utilizada por los conservadores a partir de la década de los treinta y que no hizo referencia expresa a la libertad fue la de "Religión y fueros". Constituye una de las grandes divisas con la que se convocó a la serie de luchas que dividieron a las facciones políticas del siglo pasado. Sin embargo, la más utilizada como rúbrica en leyes, decretos, circulares, planes, manifiestos políticos y documentos oficiales de los primeros cuarenta años posteriores a la independencia y hasta poco antes de la Guerra de Tres años fue "Dios y libertad"; se encuentra por primera vez en el *Acta Constitutiva de la Federación* de enero de 1824,³² y se utilizó como divisa en los años del primer federalismo en diversos

³¹ María MOLINER define la divisa como "cualquier cosa que una persona adopta como símbolo suyo y la ostenta sobre su persona o en sus cosas; puede ser... una frase o lema con cierta alusión," o como "Leyenda expresada con palabras o figuras". *Diccionario del uso del español*, Madrid, Gredos, 1984, p. 1025. Su uso aparece en el *Acta del pronunciamiento de Río Verde* del 6 de mayo de 1837: "Sea nuestra divisa federación o muerte", *Planes*, libro III, p. 104. La palabra "lema" aparece en el *Manifiesto del Partido Antireeleccionista de Yucatán* del 30 de junio de 1909, *Planes*, libro VI, p. 251: "nos hemos adherido a su programa condensado en el lema: Sufragio efectivo. No reelección".

³² Véase TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México, 1808-1995*, México, Porrúa, 1995, p. 161.

lugares como en Guadalajara, Matamoros, Guanajuato, Zacapoaxtla,³³ Leona Vicario, Fresnillo, la Ciudad de México, y Austin, Texas.³⁴ Pero no fue exclusiva de los federalistas pues también la encontramos citada en documentos municipales y de las juntas departamentales durante los años del régimen centralista en Durango, Toluca, Puebla, Culiacán y en el *Manifiesto y Plan de Perote*,³⁵ por citar unos ejemplos. Durante estos años se proclamaron otras divisas que incluyeron asimismo la palabra libertad: "Justicia y libertad", en el Plan de José María Lobato en 1824;³⁶ "Libertad, federación, Santa Annas y Moctezumas", en San Luis Potosí en marzo de 1832.³⁷ "Dios, libertad y federación", se leyó en Zacatecas durante 1834³⁸ (en esos momentos Zacatecas era uno de los Estados que enarbolaban más que otros estados la bandera federalista); "Dios, religión, libertad y Constitución", aparece en el *Acta de Ameca* en 1834;³⁹ "mientras que la divisa "Independencia y libertad" aparece en el *Manifiesto Militarista* contra Anastasio Bustamante en septiembre de 1838.⁴⁰ No hay duda que durante las décadas de los cuarenta y los cincuenta también predominó "Dios y libertad". Sin embargo, el levantamiento contra la dictadura de Santa Anna se hizo ya al amparo del secularizado grito de "Patria, independencia y libertad", que aparece en la proclama de Juan Álvarez del 10 de diciembre de 1855,⁴¹ lo que no impidió que la divisa tradicional llegara a invocarse incluso, paradójica y sorpresivamente, en varias de las principales Leyes de Reforma, por ejemplo, en el decreto que suprimió las órdenes monásticas o los manifiestos que antecedieron los decretos de nacionalización de los bienes de la Iglesia y de libertad de cultos, así como en la gran cantidad de circulares que aquella legislación reformista produjo.⁴²

³³ *Planes*, libro II, pp. 79, 112, 146.

³⁴ *Ibid.*, libro III, pp. 12, 29, 45, 51.

³⁵ *Ibid.*, libro III, pp. 118, 129, 144, 148, 180. Libro IV, p. 67.

³⁶ *Ibid.*, libro I, p. 195.

³⁷ *Ibid.*, libro II, p. 115.

³⁸ *Ibid.*, libro II, p. 295.

³⁹ *Ibid.*, libro II, p. 273.

⁴⁰ *Ibid.*, libro III, p. 160.

⁴¹ *Ibid.*, libro V, p. 269.

⁴² Tena, *op. cit.*, p. 664.

Con posterioridad, los propios liberales se darían cuenta de la incongruencia en la que habían incurrido al pretender por un lado secularizar a la sociedad comenzando por las funciones de gobierno y, por el otro, mantener una divisa que hacía expresa referencia a Dios; pero en el inter la Reforma no prescindió de su invocación, a la vez que ella misma se introdujo en las divisas del periodo: el año de 1860 aparece ya en el *Manifiesto* del General Jesús González Ortega del 22 de diciembre, "Paz, orden, libertad y reforma", mientras que "Libertad, independencia y reforma"⁴³ fue la divisa también de González Ortega, en Puebla en 1862.⁴⁴ Durante los años de 1861 y 1862 aparece una fórmula que pretende resumir los viejos y los nuevos tiempos: "Dios, libertad y reforma".⁴⁵ De 1863 data "Libertad y reforma" que aparece en el decreto que extinguió las comunidades de religiosas.⁴⁶ Se nota, pues, en estos años de plena Guerra de Tres años y en los inmediatamente posteriores, una clara dificultad para elegir los conceptos; de lo que no se puede dudar es de la intención de secularizar la vida pública, razón por la cual se tiende a sustituir "Dios" por "Reforma", por "Independencia" o por otros conceptos, como se aprecia en las divisas arriba citadas y en "Patria, libertad y reforma", "Constitución y reforma", y "Libertad y reformas" utilizados en los años posteriores a esa confrontación bélica.⁴⁷ Entre 1864 y 1867, cuando el gobierno liberal estaba prácticamente exiliado en Chihuahua, o trashumando en el norte de la República, se utilizaron "Independencia, libertad y reforma",⁴⁸ o "Independencia y libertad", desde entonces la divisa común durante la República Restaurada.

En los largos años de la dictadura porfiriana la libertad fue invocada, paradójicamente, muchas veces, pero ahora junto con la palabra Constitución, sustituta de Dios: "Constitución y liber-

⁴³ *Planes*, libro VI, p. 129.

⁴⁴ *Ibid.*, libro VI, p. 149.

⁴⁵ *Ibid.*, libro VI, p. 134.

⁴⁶ Tena, *op. cit.* p. 667.

⁴⁷ DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María, *Legislación Mexicana*, México, Imprenta del Comercio, ed. Dublán y Chávez, a cargo de M. Lara (hijo), 1878, tomo IX, passim.

⁴⁸ *Ibid.*

tad”, “Libertad en la Constitución”, o “Libertad y Constitución”.⁴⁹ Resulta lógico que la oposición política hiciera suya también la divisa de la libertad: en 1903 en el *Manifiesto del Club Liberal Ponciano Arriaga* aparece “Reforma, unión y libertad”⁵⁰ mientras que en el programa del Partido Liberal de los hermanos Flores Magón de 1906 se utiliza la fórmula “Reforma, libertad y justicia”.⁵¹

Otras muchas divisas se difundieron a través de planes y documentos legales; algunas naturalmente no hicieron referencia a la palabra libertad, como por ejemplo “Dios y federación”, que aparece en el acta a los vecinos de Comitán de mayo de 1841,⁵² o “Dios, religión y Santa Ana” que se incluyó en el *Acta de los vecinos del Convento de San Francisco y Provincia del Santo Evangelio de la ciudad de México*, en el año de 1834, para secundar el plan de Cuernavaca y que demuestra hasta qué grado la presencia de ese célebre caudillo se había vuelto necesaria y cómo las personas venían a sustituir a los principios;⁵³ o “Federación o muerte”, que fue utilizada en el acta del pronunciamiento de Río Verde de 1837, acaudillado por el General Esteban Moctezuma.⁵⁴ Por su parte, el Segundo Imperio no hizo uso de ninguna divisa en los documentos oficiales, pero en su escudo aparece la leyenda “Equidad en la justicia”.

La “Ley” fue asimismo varias veces invocada —sobre todo por los conservadores— como aspiración de una sociedad que creyó en ella como remedio indispensable y casi único para lograr la felicidad y que fue incapaz de entender las implicaciones que tendría en detrimento de la propia libertad el ascenso del absolutismo jurídico. En el acta del Ayuntamiento de Allende, Coahuila,

⁴⁹ Estas divisas aparecen en la documentación oficial de las autoridades federales; véanse los diversos tomos de la *Legislación Mexicana* de Dublán y Lozano correspondientes al periodo 1877-1910.

⁵⁰ *Planes*, libro VI, p. 225.

⁵¹ *Ibid.*, libro VI, p. 238.

⁵² *Ibid.*, libro IV, p. 50.

⁵³ *Ibid.*, libro II, p. 308.

⁵⁴ *Ibid.*, libro III, p. 104.

del año 1835, aparece “Dios y la ley”,⁵⁵ y una fórmula casi idéntica, “Dios y ley”, abanderó los movimientos de Miguel Miramón, en Guadalajara en 1859 y de Félix Zuloaga, en México en 1860.⁵⁶

Máxima, divisa, lema, leyenda, sentencia, grito o proclama, la “Libertad” aparece en el total de divisas examinadas como la más citada. En segundo lugar, “Dios”. Un lugar más secundario lo ocupan, en orden descendente, “Independencia”, “Reforma”, “Constitución”, “Federación”, “Ley”, la “Unión”, la “Religión” y la “Justicia”. En sólo una ocasión aparecen las palabras “Muerte”, “Patria”, “Paz”, “Orden” y el nombre de “Moctezuma”. Dos veces “Santa Anna” se convirtió en divisa, igual que “Justicia”, que “Unión” y que “Paz”, lo que no deja de ser significativo. En conclusión, es posible afirmar que en este juego de conceptos se aprecia el triunfo indiscutible de la libertad como el principal anhelo de los líderes políticos mexicanos del siglo pasado. Este predominio, sin embargo, no aparece tan claro en los diferentes “vivas” que se gritaron por tirios y troyanos durante el periodo aquí analizado y que deben tomarse también en cuenta. Véanse los siguientes ejemplos: el Ayuntamiento de la Ciudad de México se pronunció el 14 de junio de 1834 al grito de “¡Viva la religión! ¡Viva la federación! ¡Viva el general Santa Anna! ¡Viva el pueblo mexicano!”⁵⁷ mientras que cinco días después en el *Plan Salvador* suscrito en Nuevo León aparecen vivas a la religión, a la federación, a la paz y mueras a los tiranos;⁵⁸ y si bien Juárez gritó “¡Viva la independencia! ¡Viva la libertad! ¡Viva la Constitución de 1857! y ¡Viva la reforma!” en Veracruz el 28 de febrero de 1860,⁵⁹ casi tres años después prefirió gritar “¡Viva la Independencia! ¡Viva la República!” o “¡Viva México! ¡Viva el Ejército de Oriente!”⁶⁰ Por su parte, el general Félix Zuloaga fue el más dado entre los conservadores a lanzar ¡vivas!; en diversas

⁵⁵ *Ibid.*, libro III, p. 70.

⁵⁶ *Ibid.*, libro VI, pp. 101 y 117.

⁵⁷ *Ibid.*, libro II, p. 314.

⁵⁸ *Ibid.*, libro II, p. 331.

⁵⁹ *Ibid.*, libro VI, p. 110.

⁶⁰ *Ibid.*, libro VI, pp. 150 y 151.

proclamas suscritas entre septiembre y diciembre de 1858 donde excluyó a la libertad pero incluyó las Tres garantías y a algún personaje o concepto que no encontramos en otros documentos de la época: “¡Viva por siempre la religión, la independencia y la unión!”, “¡Viva la independencia! ¡Viva el inmortal Iturbide! ¡Viva el ejército!”, “¡Viva el ejército! ¡Vivan los valientes alumnos del Colegio Militar!”, “¡Viva México! ¡Viva el pueblo mexicano!” y “¡Viva la religión! ¡Viva la patria! ¡Vivan las garantías sociales!”.⁶¹

VII. EL TRIUNFO DEL DISCURSO

¿Pero, en realidad, qué fue del ejercicio de la libertad en todo este largo periodo, más allá de su formal reconocimiento en diferentes divisas? Tanto liberales como conservadores que no dejaron de proclamarla se encontraron ante un callejón sin salida, no por razón de los conceptos, sino de la realidad social. Como lo señalara José Miranda,⁶² la sociedad mexicana, o sería mejor decir la élite mexicana, puesto que aquélla estaba muy al margen de todo lo que ocurría, se enfrentó ante el dilema “orden sin libertad” o “libertad sin orden”. ¿Cómo conciliar ambos?, ya que el orden sin libertad —que a veces fue necesario— llevó a la dictadura, implicó un gobierno fuerte y supuso un gobierno al margen de la Constitución. Un gobierno que no respetaba los derechos individuales, un gobierno que luchaba por su propia sobrevivencia a cualquier costo, al costo precisamente de la libertad, aunque ésta siguiese proclamándose en los lemas y en las divisas. Pero también la libertad sin orden llevó a la anarquía, como afirma Miranda,⁶³ y la anarquía finalmente a un orden sin libertad. En este círculo vicioso se moverá la sociedad mexicana. Los conservadores acusarán a los liberales de anarquistas porque aquéllos deseaban sobre todo el orden impuesto por un Estado fuerte, y temieron que éste se pusiera en riesgo al reconocer muchas de las libertades modernas,

⁶¹ *Ibid.*, libro VI, pp. 52 y 53.

⁶² MIRANDA, José, “El liberalismo mexicano y el liberalismo europeo”, en *Historia Mexicana*, vol. VIII, núm. 4, abril-junio 1959, pp. 519-520

⁶³ *Ibid.*

mientras que los liberales acusarán a los conservadores de socavar la libertad, aunque por su lado no dejarán de trabajar también por el establecimiento de un Estado fuerte y de atentar contra las libertades tradicionales. Estas dos opciones políticas que sostuvieron los mexicanos del siglo XIX se resolvieron finalmente en la forma como se ejercitó el poder y se planteó el discurso político durante el Porfiriato: mientras que en el discurso se mantuvieron y enaltecieron todas las libertades modernas y se reconocieron y garantizaron formalmente los derechos del hombre; en el ejercicio mismo del poder, en la práctica concreta y cotidiana del mismo se nota una ausencia absoluta de respeto a casi todas esas libertades materiales en aras del establecimiento de un Estado sólido, centralizado y eficaz. Será durante el siglo veinte cuando se encuentre, aunque en forma todavía deficiente, una salida más viable al dilema de cómo conciliar el orden con la libertad, más allá de toda las declaraciones y de cualquier divisa.

EL AMPARO Y SUS REFORMAS, DE ISIDRO ROJAS Y FRANCISCO PASCUAL GARCÍA

Miguel BONILLA LÓPEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Un libro conocido pero no valorado.* III. *Isidro Rojas. Elementos para una biografía.* IV. *Francisco Pascual García. Apuntes sobre su vida.* V. *El propósito de su libro.* VI. *Amparo y derechos del hombre.* VII. *El porqué de la reforma.* VIII. *Los actos de ejecución inmediata.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es de Historia del Derecho. Compartimos la visión de que esta disciplina tiene por objeto describir al conjunto de normas que rigieron en un lugar y en un momento determinados y a los correspondientes estudios dogmáticos preparados por los juristas coetáneos, e indagar sobre su impacto en el desarrollo de las instituciones jurídicas.¹ En el ámbito de una disciplina así, cabe preguntarse cosas de este talante: en su tiempo, ¿cómo interpretaron los juristas las normas que regían a su sociedad?, ¿con qué tipo de método, con qué argumentos?, ¿cuál era el desarrollo del lenguaje normativo y el de la dogmática?, ¿qué reformas se propusieron al ordenamiento?, ¿cuál es el papel de las normas añejas en el desarrollo de una figura actual?, etcétera.

La Historia del Derecho no tiene por objeto hacer una mera cronología de acontecimientos, una simple relación de grandes personajes, un recuento documental. Estas tres faenas pueden ser

¹ En el sentido con que emplean el término "institución jurídica" autores como Eduardo GARCÍA MÁYNEZ: "núcleo de preceptos que reglamentan relaciones jurídicas de igual naturaleza" (en su *Introducción al Estudio del Derecho*, 36a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 128).

útiles y hasta necesarias para ver el contexto, para comprender la ideología normativa de los operadores jurídicos, pero nada más.²

Así, aunque en este trabajo se reseña crítica y objetivamente³ un libro publicado a principios de siglo, el lector no está frente a un mero informe bibliográfico, sino ante un estudio del pensamiento de un par de juristas sobre una institución jurídica particular, en términos del derecho vigente en su época; un estudio en el que, además, se formulan algunos juicios sobre su papel en la evolución del amparo mexicano. Hablamos de Isidro Rojas y Francisco Pascual García, autores de *El amparo y sus reformas*.⁴ Aportaremos elementos para demostrar que esta obra, asociada a otras a las que sólo trataremos incidentalmente, puede integrar una corriente doctrinal sobre el juicio de amparo, no consignada por los historiadores de tan cara figura.

Ciertamente también nos ocupamos de la biografía de algunos personajes, relatamos anécdotas en las que fueron protagonistas, relacionamos documentos que escribieron y referimos diversos acontecimientos en los que participaron o que debieron afectarles. Lo hacemos sólo a efecto de situar la época, entender la ideología jurídica del momento y, desde luego, poder responder a preguntas como las planteadas al inicio.

II. UN LIBRO CONOCIDO PERO NO VALORADO

Las 242 páginas de *El amparo y sus reformas* —impresas por la Compañía Editorial Católica, de la segunda calle de San Lorenzo número 19— fueron terminadas en enero de 1907. Cuando menos

² TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "El derecho comparado, técnica jurídica dogmática o historia jurídica comparada", en *Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, tomo II, p. 1359, y COING, Helmut, "Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)", en GONZÁLEZ, María del Refugio (comp.), *Historia del Derecho (historiografía y metodología)*, México, Instituto Dr. José María Mora-UAM, 1992, p. 65.

³ GARZA MERCADO, Ario, *Manual de técnicas de investigación para estudiantes de Ciencias Sociales*, 6a. ed., México, COLMEX, 1996, pp. 213 y ss.

⁴ ROJAS, Isidro y PASCUAL GARCÍA, Francisco, *El amparo y sus reformas*, México, Bufete Central de Negocios Judiciales y Administrativos-Compañía Editorial Católica, 1907, 242 pp.

con esa fecha Isidro Rojas y Francisco Pascual García, sus autores, firmaron la dedicatoria dirigida a la "Corte Suprema de Justicia [...] Dispensadora del amparo". Es probable que comenzara a circular desde febrero. En un diario de entonces, *El País*, aparecieron promocionales del libro a lo largo de 1907 y 1908. A mediados de este último año, por ejemplo, sabemos que el ejemplar podía adquirirse en dos versiones —rústica o empastada en percalina— a dos y dos cincuenta pesos en las oficinas de Rojas o en "las principales librerías de la capital"; había, además, un descuento del 25 por ciento para los agentes, clientela y corresponsales de su bufete.⁵ Con esa publicación se pensó iniciar una serie jurídica, la "Biblioteca del Bufete Central", auspiciada por el despacho —especializado en amparos, negocios mineros y con una "sección para patentes y marcas, a precios módicos", según publicidad de la época— dirigido por Isidro Rojas.⁶ El mismo Rojas detentó los derechos de autor del texto. No tenemos noticia de otros títulos; pareciera que la empresa editorial se malogró y que *El amparo y sus reformas* fue el primero y único de la colección.

El libro, no obstante, ha tenido regular fortuna. Fue escrito bajo el influjo de los rumores sobre inminentes reformas al amparo auguradas por el gobierno. Al respecto, son significativas las palabras iniciales de Rojas y García:

Desde el momento en que llegó a ser del dominio público la noticia de que en las altas regiones del Gobierno había el propósito de reformar la legislación relativa al amparo, acaeció algo que entre nosotros no sucede todos los días. En nuestra indiferencia por la cosa

⁵ Anuncio visible en la última página del periódico *El País. Diario católico*, 9-V-1908.

⁶ El despacho tuvo sus oficinas en la calle Parque del Conde; hacia 1906 se mudó a Montealegre núm. 4. Fue prototípico de la modernidad porfirista. Los máximos adelantos tecnológicos estaban a su alcance: telegrafía y telefonía; contaba con un apartado postal; tuvo despachos asociados en provincia; se anunciaba en los periódicos y en las contraportadas de varios folletos jurídicos, según se aprecia en la contraportada de ROJAS, Isidro, *Jurisprudencia federal. Alegatos que a la Corte Suprema de Justicia de la Nación presenta el Lic. [...] en nombre del Gobierno del Estado de Zacatecas en los juicios de amparo que contra actos del mismo gobierno, promovió la negociación minera "Asturiana y Anexas", S. A., y ejecutorias dictadas en los mismos asuntos*, México, Antigua Imprenta José María Mellado, 1906, 47 pp.

pública, en el poco aprecio que se hace de este o aquel plan; en este dormido mar de la política mexicana, nada preocupa a nadie, ni las mismas cuestiones hacendarias, con ser tan graves...⁷

Recordemos que en el informe presidencial del primero de abril de 1906, Porfirio Díaz había anunciado la intención de presentar una iniciativa de reformas al régimen del juicio de amparo:

Son notorias las constantes demoras y otros inconvenientes que surgen de la actual sustanciación de los juicios de amparo. A la Suprema Corte de Justicia, no obstante el empeño y efectividad que ha desplegado en el despacho de estos juicios, le ha quedado al finalizar el año de 1905 un rezago de más de 4,500 casos sin resolver. Esta grave y anómala situación en tan importante materia reclama imperiosamente medidas que a la vez que modifiquen el sistema observado en ese alto tribunal para la revisión de tales juicios, simplifiquen el procedimiento hasta ahora empleado, sin atacar en lo más mínimo los preceptos constitucionales que aseguran en la República los sagrados derechos del hombre.⁸

Las palabras de Díaz no hicieron más que dar carácter oficial a una idea que estaba germinando en la cabeza de sus asesores y constató un sentir generalizado en el foro, la academia y la judicatura: el Código de Procedimientos Federales, que regulaba dicho instituto, era una legislación obsoleta. Era un secreto a voces que encumbrados personajes del gobierno porfirista planeaban una trascendental reforma a la legislación de amparo, y los abogados de la época tenían el ánimo caldeado. El discurso de Díaz agudizó una de las controversias jurídicas más apasionantes de nuestro siglo. En el transcurso de 1906 se escribieron libros y ensayos para las revistas jurídicas que hoy podemos

⁷ *El amparo y sus reformas*, p. 1.

⁸ Citado por RAMOS PEDRUEZA, Antonio, en su estudio presentado al *Concurso de 1906. Indicación motivada de las reformas que convendría hacer al Código de Procedimientos Federales en el capítulo destinado al juicio de amparo. Dictamen del jurado calificador y memorias que obtuvieron el premio, la mención honorífica y los honores de la publicación*. México, Colegio de Abogados de México-Imprenta El arte moderno, 1906, pp. 187 y 188.

llamar clásicos:⁹ en marzo apareció *El artículo 14* de Emilio Rabasa; el Colegio de Abogados de México convocó, desde el 25 de enero de ese año, a un concurso sobre las modificaciones que convendría hacer al régimen legal del amparo y editó un tomo con las monografías finalistas; prestigiadas publicaciones como el *Diario de Jurisprudencia* y la *Revista de Legislación y Jurisprudencia* sirvieron de tribuna a las más encontradas opiniones. *El amparo y sus reformas* de Rojas y García apareció, como hemos visto, un año después y luego, en 1908, hasta la prensa —la liberal, la católica y la porfirista— se ocupó del tema.

Las reformas a que aludía el discurso presidencial tenían que ver con la regulación del juicio de amparo en materia judicial civil. Estaba claro que el sistema vigente ocasionaba el abuso de los litigantes, el retardo en la sustanciación de los asuntos de la justicia local y el incremento desenfrenado de las cargas de trabajo para jueces de distrito y Suprema Corte de Justicia. El artículo 14 constitucional y preceptos secundarios como el 779-V, d), 781 y 791 del Código Federal de Procedimientos significaron la merma de las atribuciones y del prestigio de la justicia común; que la Corte y los jueces federales padecieran tal recargo de trabajo que difícilmente podían despachar los asuntos con estudio y prontitud. Los procesos del orden civil común se veían interrumpidos por múltiples amparos, interpuestos casi en contra de cada proveído.¹⁰

Entre todas las sugerencias de cambios legislativos en esta materia, hubo una que conmocionó al gremio jurídico y que muchos estimaron que era necesario refutar. *El artículo 14* de Rabasa fue redactado con la intención de devolver a ese precepto su contenido original, adecuarlo a la voluntad originaria del constituyente de 1856-1857: incorporar la figura del debido proceso legal de los norteamericanos.¹¹ De llevarse a cabo una reforma en sentido se-

⁹ VALLEJO Y ARIZMENDI, Jorge y MEDINA MORA, Raúl, *Ensayo bibliográfico de Derecho Constitucional Mexicano y de Garantías y Amparo*, México, Imprenta Universitaria, 1947, pp. 117-119.

¹⁰ BONILLA LÓPEZ, Miguel, *El amparo contra actos en juicio de ejecución irreparable. Elementos históricos para su estudio*, tesis profesional, México, Escuela Libre de Derecho, 1993, pp. 29-44.

¹¹ Según Rabasa, había que dar al artículo 14 una redacción "breve y clara", en la que se expusiera simplemente como "garantía de la vida, la libertad y la propiedad, la resolución judicial que resulta de un proceso" (RABASA, Emilio, *El artículo 14. Estu-*

mejante al propuesto por el jurista chiapaneco, el principal efecto sería la supresión del juicio de amparo en materia judicial civil. La aparición en marzo de 1906 del libro rabasiano —abogado de indudable influencia en el ambiente gubernativo— coincidió con los rumores sobre proyectos de reformas gestados en Palacio Nacional. Se entendió que no se trataba de una circunstancia fortuita, sino coyuntural. El informe de Porfirio Díaz del primero de abril siguiente pareció confirmar esa sospecha. Un sector del foro decidió alzar la voz en contra y para hacerse oír aprovechó diversos espacios. Juristas como Miguel Bolaños Cacho, Manuel Olivera Toro, Rodolfo Reyes, Antonio Díaz Soto y Gama, Roberto A. Esteva Ruiz, Antonio Ramos Pedrueza, escribieron memorias para un *Concurso* sobre las reformas que convendría hacer a la legislación de amparo. Rojas y García decidieron publicar un libro.

La finalidad inmediata de *El amparo y sus reformas* fue la defensa del amparo judicial civil, frente al embate de Rabasa, y esbozar posibles soluciones a los problemas del abuso y del rezago. Para ello, Rojas y García hicieron la historia y glosa de las leyes relacionadas con el juicio de garantías desde sus orígenes y comentaron los proyectos de modificaciones legislativas sugeridas por el gremio en el curso de 1906, a raíz de la intención declarada de reformar dicho instituto. En los momentos en que escribieron su libro, Rojas y García dijeron: “Hoy por hoy, no hay en México cuestión más grave para la sociedad” que el debate sobre el amparo.¹²

Francisco Pascual García escribió en mayo de 1908, en un editorial publicado en forma anónima:

Más de año y medio ha, nuestro mundo social y con especialidad nuestro mundo forense, el de las cuestiones jurídicas y los negocios judiciales, sufrieron una profunda sacudida, con motivo de las cuestiones suscitadas acerca de la reforma que se ha pretendido hacer de la ley de amparo. A pesar de nuestra indiferencia política, de la negligencia con que por lo común se ven todas las cuestiones cuya solución compete al gobierno en cualquiera de sus ramos [...] vióse

dio constitucional. El juicio constitucional. Orígenes, teoría y extensión, 5a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 126).

¹² *El amparo y sus reformas*, p. 3.

entonces un extraño fenómeno: el de que no se guardó la misma actitud frente a la cuestión del amparo. Al contrario, hubo viva animación que se prolongó durante algún tiempo. El Colegio de Abogados dio por tema de uno de sus concursos precisamente el de las reformas que se debían hacer a aquella institución; y escribiéronse no pocas memorias que corren impresas en considerable volumen. Fuera del concurso, escribiéronse algunos otros trabajos, y hasta libros. Uno de aquellos, tuvo la especial importancia de que procedía de la pluma de un ex-ministro de Justicia [se refiere a los “Apuntes sobre el juicio de amparo” de Joaquín Baranda, de los que conocemos el extracto reproducido en *El amparo y sus reformas*, pp. 214 y 215]. De los libros, en uno se abogó por la abolición del art. 14 [obviamente *El artículo 14* de Rabasa]; en otro [*El amparo y sus reformas*], que en el fondo era una respuesta al primero, se recorrió toda la historia del amparo con el evidente propósito de mostrar cuán insuperable es, si ha de atenerse a la causa de la libertad y de la ley el mencionado artículo 14, y se discutieron, una por una, aunque brevemente, todas o casi todas (y por cierto las principales) reformas propuestas.¹³

Ahora podemos afirmar que las miras de este libro rebasaron esos límites. Su exposición histórica del derecho constitucional patrio y de las leyes de amparo es más que meritoria. Con justicia Manuel Herrera y Lasso indirectamente recomendó su estudio en 1965: durante los trabajos preparatorios de los Derechos del pueblo mexicano fue pedida su opinión sobre qué constitucionalistas del pasado había que considerar para los capítulos históricos. Herrera y Lasso no vaciló en incluir en su lista, verdaderamente selecta, los nombres de Isidro Rojas y Francisco Pascual García.¹⁴ En este sentido, y comparado frente a otros textos, se puede decir que su libro es un clásico con regular fortuna, pues se trata de una obra bien conocida y frecuentemente citada en tratados y monografías, de la que es fácil hallar ejemplares en nuestros acervos biblio-

¹³ GARCÍA, Francisco Pascual, “La cuestión del amparo. Una reforma, trascendentalmente perjudicial, del artículo 101 de la Constitución”, *El País*, 7-V-1908, primera plana.

¹⁴ DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, “Herrera y Lasso: un proyecto de historia constitucional mexicana”, en *Estudios Jurídicos*, México, núm. 4, 1990, pp. 24 y 25.

gráficos; sin embargo, su empleo contemporáneo ha descuidado el análisis del fondo, reduciéndose a la extracción de lo periférico, de la mera anécdota. Esto se patentiza aun en investigaciones cuyo objeto es el estudio histórico o dogmático de la procedencia del amparo contra actos judiciales,¹⁵ tema que constituyó la auténtica preocupación de Rojas y García. Las relaciones del pensamiento de Rojas y García en materia de procedencia del amparo civil con el desarrollo y evolución de este sector del juicio constitucional no han sido vistas más que por unos cuantos.

III. ISIDRO ROJAS. ELEMENTOS PARA UNA BIOGRAFÍA

Nos han llegado algunos datos sobre los dos juristas. Isidro Rojas (¿zacatecano?), se recibió de abogado el 21 de abril de 1879¹⁶ y se dedicó fundamentalmente al litigio: representó a particulares y corporaciones oficiales en multitud de negocios. Sabemos esta circunstancia gracias a los alegatos y estudios que publicó en forma de folletos, siguiendo la costumbre del gremio.¹⁷ Durante el siglo pasado y comien-

¹⁵ Cfr., por ejemplo, FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La Suprema Corte de Justicia y el juicio de amparo", en *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, SCJN, 1985, núm. 66, p. 134, y núm. 128, p. 149, y "Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XIV, núm. 56, octubre-diciembre de 1964, núm. 96, p. 116; MEOUCHI MEOUCHI, Juan, *La procedencia del juicio de amparo contra actos que en el juicio tienen una ejecución de imposible reparación*, tesis profesional, Chihuahua, Universidad de Chihuahua, 1966, núm. 8, p. 1, y SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "Notas sobre el origen del amparo casación en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXV, núm. 74, mayo-agosto de 1992, núm. 17, p. 546.

¹⁶ DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Abogados en la Ciudad de México a principios del siglo XX (la lista de Manuel Cruzado)", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, año X, 1998, pp. 39-88.

¹⁷ Además del citado en la nota 6, pueden verse: ROJAS, Isidro, *Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la Real de Madrid. Consulta que el Ministerio de Fomento, Colonización é Industria hace a aquella respetable corporación por acuerdo del Señor presidente de la República. ¿Pueden declararse denunciabiles los criaderos de carbón de piedra en todas sus variedades, así como los manantiales de petróleo, existan o no en terrenos de propiedad particular? Voto razonado del Académico Lic. [...]*, México, Antigua Casa Editorial José María Mellado, 1905, 24 pp.; *El embargo de valores mexicanos en Nueva York desde el punto de vista jurídico. Estudio presentado a la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística por el Sr. Lic. [...], socio y*

zos del actual, las opiniones jurídicas eran externadas, antes que en libros, en opúsculos, dictámenes, sentencias, demandas, proyectos, apuntes, memorias, alegatos que se publicaban en forma de folletos, patrocinados por sus propios autores o por las partes a quienes representaban. La folletería jurídica se convirtió en el medio de discusión de la interpretación y aplicación del derecho vigente, casi siempre sobre la base de casos concretos.¹⁸

primer protosecretario de aquella corporación. Edición especial, México, Imprenta y Casa Editorial José María Mellado, 1899, 67 pp.; *El litigio González-Horn-González. II Informe a la vista. Producido por el Señor Licenciado [...], apoderado del Sr. Manuel González Horn, ante la Cuarta Sala del Tribunal Superior, en el artículo de excepciones dilatorias opuestas por los Señores Don Fernando y Don Manuel González, a la demanda presentada por el primero, sobre nulidad del inventario y partición de la testamentaria del Señor General Manuel González, expresidente de la República Mexicana*, México, Tipografía de la Compañía Editorial Católica, 1902, viii-108 pp.; *Jurisprudencia federal. Sentencias pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación amparando a la Señora Melchora Villa, Viuda de del Corte, contra actos del Tribunal Superior del Estado de Durango, y muy especialmente contra el remate de la negociación minera "Santa Gertrudis" o "Canta Ranas", de que es legítima propietaria. Van precedidas dichas ejecutorias de un Memorandum de que los mismos negocios ha hecho el Señor Lic. [...], patrono de la Señora Villa*, México, Tipografía de J. M. Mellado, 1904, 15 pp.; *Las minas de Corralitos. III. Respuesta final del Lic. [...], en el amparo Irigoyen, a las últimas defensas con que pretende escudarse el apoderado de la "Corralitos Company", Sr. Lic. Fernando Vega*, México, Imprenta de Agustín Pardo, 1901, 16 pp.; *La última nota de la cancillería americana ante los principios del Derecho Internacional. Estudio presentado a la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística por su socio, el Lic. [...]*, México, Imprenta Arturo Gómez Cubas, Sucesor, Hermanos, 1912, 16 pp. Todavía en 1920 le publicaron una consulta, *Estudio jurídico del Lic. [...] relativo al amparo que la Compañía Minera de Naica, S. A. tiene promovido contra la sentencia que la Tercera Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal pronunció declarando nula la escritura constitutiva de aquella sociedad y condenando a esta a devolver el fundo minero "Maravillas" a la sucesión del señor Santiago Stope-lli, así como sus frutos y rendimientos*, México, J. Ballezá y Cía., 1920, 32 pp. Es la última publicación suya de que tenemos noticia. Con él, escribieron sobre el mismo problema abogados de renombre: Francisco Elguero, Victoriano Pimentel, Francisco de P. Cardona, Alejandro Quijano, Emilio Rabasa, José Vasconcelos, Miguel S. Macedo, [¿Salvador?] Martínez Alomía, Víctor Manuel del Castillo y Agustín Pérez Verdía y fue publicado un tomo que agrupó sus estudios: *El amparo promovido por la Compañía Minera de Naica, S. A. Opiniones de varios prominentes abogados del foro mexicano sobre este asunto*, México, J. Ballesteros y Cía., 1920, 220 pp.

¹⁸ El mejor estudio de esta forma de literatura jurídica es de DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Hacia el estudio de la folletería jurídica mexicana (1851-1910)", en *Cuadernos*

También ocupó escaños en el Congreso de la Unión, así fuera nada más como suplente.¹⁹ Por sus nexos con Francisco Pascual García y con la Compañía Editorial Católica, casa que editó *El amparo y sus reformas* y al menos uno de sus opúsculos, presumimos que su filiación política fue católica y conservadora. Perteneció a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la Real de Madrid y a la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística; al parecer, fue un miembro destacado en ambas. Sus preferencias jurídicas lo llevaron a litigar y exponer opiniones en los terrenos del derecho civil, del minero, del internacional y, desde luego, del amparo.²⁰ Dejó una amplia producción de folletería en estas materias; empero, salvo *El amparo y sus reformas*, no escribió estudios de igual magnitud en colaboración ni en forma individual.

La lectura de su "obra menor" indica que fue un abogado postulante poseedor de grandes conocimientos, pero también que tuvo el estilo mordaz y ampuloso propio de algunos letrados del momento; que su carácter estuvo matizado de cierto engreimiento y que al ejercer su profesión tal vez incurriera en faltas que repudió en *El amparo y sus reformas*: la chicana y la temeridad. En 1902, verbigracia, patrocinó un litigio civil que involucraba a la familia del expresidente de la República Manuel González. Él representó a uno de los hijos del general;²¹ otro de ellos, su demandado, se

del Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, año II, núm. 4, enero-abril de 1987, pp. 79-116.

¹⁹ GUERRA, François-Xavier, *México. Del antiguo régimen a la revolución*, México, FCE, 1992, tomo II, p. 442. De acuerdo con los datos de este historiador, Rojas fue diputado suplente en 1898 y 1900 por Veracruz, en 1902 por Guerrero y en 1906 por Zacatecas. En 1900, conforme a los cuadros de Guerra, actuó también como diputado propietario por Zacatecas. En 1908 fue senador suplente por esta última entidad.

²⁰ Dictó además una conferencia, publicada en alguna revista jurídica, sobre historia del derecho patrio: "La evolución del derecho en México. Estudio presentado por el socio de número, Sr. Lic. Isidro Rojas, como delegado de la Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, en la sesión que verificó el Concurso Científico Nacional de 1900, el día 6 de noviembre en el Teatro del Conservatorio", reproducida en *Anuario Jurídico*, México, 1983, X, pp. 705-717.

²¹ ROJAS, Isidro, *El litigio González-Horn-González...*, op. cit., núm. 16. Otro ejemplo del estilo poco cortés de Rojas puede verse en su folleto *Las minas de Corralitos...*, también ya citado.

asesoró de José Natividad Macías.²² La disputa, relacionada con la sucesión del exmandatario, y los personajes que la protagonizaban dieron de qué hablar, tanto que el mismo Porfirio Díaz mandó llamar a las partes y sus abogados para conminarlos al arreglo.²³ El asunto ameritó la publicación de folletos, de los que conocemos los dos que hemos citado; como la gran mayoría de los folletines procesales, los libelos de Rojas y Macías fueron pagados con el peculio de sus respectivos clientes²⁴ (el caso de Rojas, de cualquier manera, resulta insólito dentro de la literatura folletinesca: en las contraportadas de sus opúsculos solía anunciar su despacho; hasta donde sabemos, él es el único ejemplo de semejante visión publicitaria). Además, la prensa, quizá a instancias de Rojas, dedicó espacio al seguimiento del pleito.²⁵

²² MACÍAS, José Natividad, *Alegato presentado por el teniente coronel D. Manuel González, hijo, en el juicio de amparo promovido ante el señor juez 2º de distrito por el Sr. Lic. Isidro Rojas como apoderado del Sr. D. Manuel González Horn contra la sentencia de la 4ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal que declaró que el juez 2º de lo civil de la Ciudad de México es incompetente para conocer de la demanda de nulidad de la división y partición de los bienes que quedaron a la muerte del Sr. Gral. de división D. Manuel González*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1902, 53 pp.

²³ *Ibid.*, p. 26. Macías, siempre hablando en boca de su representado, dijo: "El Señor General Díaz, con su acostumbrada benevolencia, cediendo a las súplicas de mi hermano, citó [...] a una junta en la que manifestó que si el pleito iniciado en mi contra sobre entrega de bienes seguía adelante, no era por culpa mía, sino exclusivamente en el empeño de litigar que animaba a los Sres. [Isidro] Rojas y [José] Domenech [administrador de los bienes de González Horn]"; agregó: "en el acto se allanaron".

²⁴ Informa José Natividad Macías, y no hay razón para dudar de su dicho, que "se pagaron al Lic. Rojas, por impresión y papel de un folleto publicado con el título de *El litigio González Horn-González*, \$360.98" (*Ibid.*, p. 45). La costumbre de publicar alegatos fue costeadada por cuenta de los clientes. Esa fue la regla. Como señala Del Arenal al hablar de la folletería jurídica, "quien se expresa exclusivamente a través de ella es una sociedad burguesa en pleno triunfo; sus personajes y sus instituciones, sus formas legales y su lenguaje retórico cargado de confianza en el derecho, en la ley y en la justicia. Burguesía que puede pagar el costo de la impresión [...]". (DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Hacia el estudio de...", op. cit., p. 84).

²⁵ Macías acusó a su adversario de comprar espacios en *El País* para informar sobre el negocio que estaban ventilando. Rojas se defendió de esas imputaciones y el mismo periódico las negó. Aun cuando no haya sido Rojas quien redactara las notas laudatorias

El litigio estuvo sazonado con diversos incidentes; nos interesa destacar uno: la animadversión que nació entre los abogados rivales. En efecto, Isidro Rojas no prescindió de ningún calificativo para denostar a Macías —y a su representado—;²⁶ Macías, a su vez, acusó a su oponente de diversas triquiñuelas.²⁷ Lo menos que se dijeron fue que eran abogados temerarios, que actuaban con el único fin de entorpecer la acción de la justicia. En este caso parece que Rojas sí actuó con dolo y temeridad. Perdió todas las ins-

a su desempeño en el litigio González Horn-González, sí existió un marcado favoritismo hacia él en las páginas del diario católico (Cfr. MACÍAS, José Natividad, *op. cit.*, pp. 27, 28 y 45; ROJAS, Isidro, *El litigio...*, *op. cit.*, pp. 63-65). Por otra parte, Isidro Rojas anunciaba su despacho en generosos espacios de este periódico, circunstancia también única. Muchos abogados de aquellos años ofrecían sus servicios en anuncios insertos en las publicaciones periódicas, pero como los de Rojas no recordamos haber visto otros.

²⁶ De Macías dijo, por ejemplo, que “prefiere al principio abstracto, la injuria personal; a la razón, el denuedo, y a la verdad, la calumnia” (ROJAS, Isidro, *El litigio...*, p. 62); “Lo que yo no comprendo, ni el Tribunal comprenderá, es que el Sr. Lic. Macías, olvidando lo que exigen su decoro y su dignidad, y sin tener en cuenta la gravedad del acto y la respetabilidad de la Sala que lo escucha, ha olvidado su papel de defensor y viene a referir anécdotas, y a pasar el tiempo con bufonadas y chascarrillos” (*ibid.*); “Después de oír hablar al Señor Licenciado Macías, no parece ya temerario el epigrama de la crítica popular, según el cual consiste el oficio de abogado en querer que lo blanco sea negro. Confieso que en la no breve práctica de mi profesión, jamás llegué a imaginar que había abogado suficientemente valeroso para sostener el cúmulo de absurdos que el Señor Macías acaba de asentar, para servir de base a la monstruosa teoría [...]” (*ibid.*, p. 1).

²⁷ Para él, siempre hablando a través de su representado, su antagonista “ha procurado, con su grande desinterés por el reinado de la justicia y el derecho, lograr los pingües productos que desde un principio se ha prometido del pacto de CUOTA-LITIS que tiene celebrado con mi hermano, por virtud del cual se le da el derecho de quedarse con la mayor parte de lo que se obtenga en los pleitos promovidos contra mí, y esto sin perjuicio de la fama que todos esos pleitos pueden darle, presentándolo ante la faz del mundo como el defensor inteligente de la inocencia y la justicia oprimidas” (MACÍAS, José Natividad, *op. cit.*, pp. 7 y 8; cursivas y mayúsculas en el original); “el deseo desordenado de dinero y fama que arrastra al Sr. Lic. D. Isidro Rojas” (*ibid.*, p. 4); “Que los ataques de los Sres. Rojas y Domenech son injustos y apasionados, lo demuestra este solo hecho: no haber obtenido hasta hoy ninguna resolución favorable en los diversos pleitos que han promovido en mi contra, pues todas las sentencias que en ellos se han dictado les han sido invariablemente adversas” (*ibid.*, p. 9).

tancias y la parte a la que representó fue condenada a pagar costas en más de una ocasión.²⁸

IV. FRANCISCO PASCUAL GARCÍA. APUNTES SOBRE SU VIDA

De acuerdo con los registros de François-Xavier Guerra,²⁹ García nació en 1856, en algún poblado indígena del Estado de Oaxaca, y falleció en 1927, en El Paso, Texas (arribó a los Estados Unidos en julio de 1914, a consecuencia del exilio). El 19 de agosto de 1880 se recibió de abogado en la capital oaxaqueña; un año después comenzó a dar clases en ella. En 1902 García participó en los exámenes de oposición para ocupar la cátedra de Derecho Procesal Civil en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, que finalmente no obtuvo; aunque se tiene noticia de que para 1907 era ya maestro de enseñanza superior en la Ciudad de México, supone-

²⁸ “El señor Juez 4º de lo Civil y la Cuarta Sala del Tribunal Superior, en vista de las confesiones del Sr. Domenech y no encontrando qué servicios imaginarios pudieran ser retribuidos de una manera real y efectiva con pesos del cuño mexicano corriente, me absolvieron de la demanda, imponiendo al Sr. Domenech [el representado de Rojas] todas las costas del juicio, por la notoria temeridad con que procedió al promoverlo” (*ibid.*, p. 19). Luego, en amparo, ocurrió algo similar (*ibid.*, pp. 27-28): “Los Señores Magistrados de la Tercera Sala, dando una nueva prueba de sabiduría y respeto a la ley, encontraron que era procedente y legítima la excepción dilatoria que yo propuse y que los Sres. Domenech y Rojas calificaron de insensata, peregrina e ilegal, y en consecuencia revocaron la resolución del señor Juez 4º de lo Civil, que la desechó, declarando que el señor Juez 1º del mismo ramo era el único competente para conocer de los asuntos relativos a la tutela de mi hermano. Esta resolución de la Tercera Sala vino a herir en lo más vivo la vanidad del Sr. Lic. Rojas, quien con tal motivo dirigió a los honorables Señores Magistrados que la subscribieron, las expresiones más vehementes que pudieron sugerirle su rabia y su despecho, ocurriendo en seguida ante ese Juzgado del muy digno cargo de Ud. a recurrirla por medio del recurso de amparo, recurso que Ud. negó, imponiendo al promovente una multa de diez pesos por su notoria temeridad al impugnar una sentencia que se ajusta en todo y por todo a las prescripciones de la ley. Remitidos los autos de ese amparo a la Suprema Corte para su revisión, el mismo día que ese alto cuerpo había señalado para resolver el negocio, compareció el Sr. Lic. Rojas desistiendo del recurso, exponiendo que motivaba su desistimiento el haberse arreglado conmigo, noticia falsa que poco después el mismo señor hizo circular por los periódicos *El País* y el *Diario del Hogar*, para ocultar su vergonzosa derrota en un pleito tan injusto como innecesario”.

²⁹ GUERRA, François-Xavier, *op. cit.*, tomo II, p. 414.

mos que de jurisprudencia en la Nacional. Entre 1911 y 1913, con el rector Joaquín Eguía Lis, fue secretario de la Universidad en sustitución de Antonio Caso.³⁰ Debió dedicarse al litigio, pero no sabemos a ciencia cierta dónde. Entre 1909 y 1910, por ejemplo, representó en varios negocios a Silvestre Terrazas, periodista opositor de Chihuahua.³¹ Probablemente haya litigado alguna temporada en el bufete de un colega, Isidro Rojas, con quien incluso elaboró a cuatro manos *El amparo y sus reformas*.³²

A la par de su cargo en la Universidad, fue un activo militante político. Hacia septiembre de 1911, impartió al menos una conferencia de apoyo al grupo católico, ante la Agrupación Electoral Independiente.³³ En octubre de 1913, sus convicciones políticas y religiosas lo llevaron a diputado por el Partido Católico, del cual fue uno de los fundadores.³⁴ García contendió en las elecciones para la XXVI legislatura federal, como diputado por el Estado de Michoacán, del cual no era originario ni tenía vecindad ni bienes

³⁰ GARCÍADIEGO, Javier, "Los orígenes de la Escuela Libre de Derecho", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, ELD, año 17, núm. 17, 1993, p. 212, y *Rudos contra científicos. La Universidad Nacional durante la Revolución Mexicana*, México, COLMEX, 1996, pp. 99, 100, 141 y 256.

³¹ *Op. cit.*, p. 99.

³² Así parece indicarlo la "lista" de abogados publicada por Manuel Cruzado en 1903, en que se indica que García tenía su despacho en la calle de Montealegre núm. 11, lugar al que después se mudaría el despacho de Isidro Rojas (DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, "Abogados en la Ciudad de México...", *op. cit.*, pp. 39-88).

³³ GARCÍADIEGO, Javier, *Rudos contra científicos...*, *op. cit.*, p. 141.

³⁴ El Partido Católico Nacional, desaparecido al triunfo de Carranza, se creó el 3 de mayo de 1911, a instancias de un grupo de ciudadanos que profesaban dicha religión. Como dijera un historiador, dicha agrupación política tuvo como dirigente a Gabriel Fernández de Somellera y a "Manuel F. de la Hoz y Francisco Pascual García como algunos de sus más prominentes individuos" (MATUTE, Álvaro, "Madero: del triunfo a la decena trágica" y "La rebelión cristera", en *Historia de México*, México, Salvat Mexicana de Ediciones, 1978, volumen 11, p. 2372 y 2508, respectivamente). Para una narración detallada sobre el nacimiento del PCN, debe verse, desde luego, la obra de CORREA, Eduardo J., *El Partido Católico Nacional y sus directores. Explicación de su fracaso y deslinde de responsabilidades*, México, FCE, 1991, principalmente el capítulo V, "El Partido Católico Nacional". La ideología de esa organización puede apreciarse con claridad en una suerte de programa, "Criterio cierto en política", de agosto de 1912, reproducido en GARCÍA CANTÚ, Gastón, *El pensamiento de la reacción mexicana. Historia documental. Tomo segundo (1860-1926)*, México, UNAM, 1987, pp. 253-267.

raíces, requisitos electorales de la época, por lo que rápidamente le fueron escrituradas algunas propiedades de Zinapécuaro, por la cantidad de doscientos pesos. García no era conocido en tierra michoacana, lo cual fue criticado por algunos miembros de su partido. Finalmente, la credencial de García fue rechazada y tuvo que abandonar el Congreso. Inclusive, puede verse una fotografía suya al momento de salir del recinto legislativo.³⁵

Fue enemigo político e ideológico del gobernador de Chihuahua, Enrique Creel, de filiación "científica".³⁶ Apoyó el levantamiento de Félix Díaz en contra de Francisco I. Madero y colaboró con el gobierno de Victoriano Huerta (fue, inclusive, juez de distrito en el periodo huertista). A estas razones se debe su destierro. Conocemos dos testimonios que corroboran lo anterior.³⁷ Eduardo J. Correa refiere:

En *La Nación* [periódico católico del cual Correa era director] del 17 de octubre de 1912, al dar cuenta de la aventura de Don Félix, se puso el encabezamiento siguiente: "El sobrino de Díaz se apoderó ayer del puerto de Veracruz. El atavismo lo llevó al cuartelazo", que me costó serio disgusto, pues la generalidad de los señores del Centro General [del Partido Católico] se sintieron indignados. En la noche de ese día fui llamado a la casa del señor [Gabriel Fernández] Somellera para residenciarme. Entre otras personas estaban los señores Eduardo Tamariz y Francisco Pascual García, a quienes menciono porque su filiación de huertistas los tiene bien definidos, mostrándose de lo más airados por el encabezado irreverente... ¡Aquello no debía haberse hecho! ¡Félix Díaz triunfaría! ¡Era una necesidad de la caída de Madero! [...] Tuvimos una discusión que por momentos llegó a altercado, pues los ánimos se exaltaron. Les demostré que los títulos que les repugnaban contenían hechos indiscutibles; les argüí que faltaban a los principios

³⁵ CORREA, Eduardo J., *op. cit.*, pp. 106, 119 a 121 y 126, y CASASOLA, Gustavo, *Seis siglos de historia gráfica de México*, México, Editorial Gustavo Casasola, 1978, tomo V, p. 1609. También véase a GARCÍADIEGO, Javier, *Rudos contra científicos...*, *op. cit.*, p. 200.

³⁶ GARCÍADIEGO, Javier, *op. cit.*, p. 100.

³⁷ CORREA, Eduardo J., *op. cit.*, pp. 132 y 163.

de nuestro credo al aceptar el cuartelazo contra un gobierno legítimo [...] y confirmé con desaliento la opinión que tenía formada sobre mis contradictores, causándome más extrañeza el error del licenciado García, por conocer escritos suyos en que atacó al caudillo oajaqueño [*sic*] y reconocerle gran talento...

En otro sitio, Correa señala que la opinión pública sospechó ligas entre Victoriano Huerta y los miembros del Católico Nacional

...fundándose en varios hechos del usurpador, que daban margen para la sospecha, entre otros los nombramientos [...] del licenciado Francisco Pascual García como abogado consultor de Gobernación primero y después como Juez de Distrito para que encausara a los diputados que le habían negado el acceso a la Cámara [recordemos que las credenciales de García como diputado por Michoacán fueron rechazadas por la XXVI legislatura, la cual, a su vez, fue disuelta por Huerta, quien encarceló a varios legisladores], y la famosa invocación a Dios que hizo en el Congreso de la Unión en la sesión solemne del 10. de abril [fecha de la toma de posesión de Huerta como presidente de la República, luego de unas votaciones viciosas].

De acuerdo con las crónicas de Eduardo J. Correa, García no se distinguió por ser un buen correligionario y debió tener numerosas fricciones en el seno de su Partido; el carácter que Correa pinta es el de un individuo voluble, difícil. En un intento por definirlo, podría decirse que fue un buen jurisconsulto, un católico aguerrido y un mal político. Se distinguió por su erudición en la primera faceta y por su militancia activa en las dos restantes. De la última característica, hemos visto ya un par de ejemplos. En cuanto a las dos primeras, sabemos de otro episodio que las muestra diáfanaamente. En 1912, los maestros fundadores de la Escuela Libre de Derecho pugnaron porque una ley amparara el nacimiento del plantel. El asunto llegó al Congreso de la Unión y hubo un proyecto favorable en la Cámara de Senadores. Durante los debates habló en contra el senador Manuel Gutiérrez Zamora, quien dijo entre otras cosas:

Por otra parte, señores Senadores, dice el proyecto que si se presentase una solicitud para la creación de otra escuela, se estudiaría detenidamente y se admitiría o se negaría. Eso es establecer, en mi concepto, un monopolio que prohíbe nuestra Constitución, porque si mañana los alumnos católicos de la Escuela de Jurisprudencia y de la Escuela Libre, forman un núcleo y establecen también su Escuela y ponen un Director como el Lic. D. Francisco Pascual García, y profesores tan excelentes, tan respetables e ilustrados como los Sres. Lascuráin, de la Barra, de la Hoz, y en fin, a hombres cultísimos y Abogados [*sic*.] expertos como los que acabo de mencionar, ¿con qué derecho les vamos a negar a esos católicos que establezcan su Escuela Libre, si nos traen un cuerpo de Profesores tan bien organizado, tan respetable como el que ahora existe en la Escuela Libre de Derecho?

¿Qué les diremos cuando nos argumenten: “Así como han establecido la Escuela Libre de Derecho, queremos nosotros nuestra Escuela Libre también.” ¿Y cómo se las vamos a negar?³⁸

Tenemos referencias de que Francisco Pascual García, este “hombre cultísimo y abogado experto”, dirigió repertorios legales de varias materias y que escribió muchas notas periodísticas. Sabemos que usó los siguientes seudónimos: Capita, Capote, Félix, Otro Repórter, Paco, Tácito y X.³⁹ Además de *El amparo y sus reformas*, que fue en coautoría, redactó por lo menos otros 20 textos de gran valía teórica que versaron exclusivamente sobre la procedencia del juicio constitucional⁴⁰ y uno que lo trató incidental-

³⁸ *Diario de los Debates de la Cámara de Senadores*, 5 de noviembre de 1912. Sesión transcrita por DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, “La fundación de la Escuela Libre de Derecho. Documentos”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, ELD, año 11, núm. 11, 1987, pp. 654-677. El fragmento que citamos aparece en la página 664.

³⁹ RUIZ CASTAÑEDA, María del Carmen y Sergio Márquez Acevedo, *Catálogo de seudónimos, anagramas, iniciales y otros alias usados por escritores mexicanos y extranjeros que han publicado en México*, México, UNAM, 1985, p. 102.

⁴⁰ Hablamos de los veinte editoriales sobre el amparo publicados en *El País* en el curso de mayo, junio, julio y noviembre de 1908. Si bien aparecieron en forma anónima, un contemporáneo afirmó sin reservas de ninguna especie que su autor era García (REYES, Rodolfo, *La adición al artículo 102 constitucional*, México, Imprenta y Librería de Inocencio Arriola, 1908, pp. 16-19 y 31-32); una lista completa de estos editoriales

mente.⁴¹ Sin duda el amparo fue tema preferido. Es importante retener que García destacó como recopilador de leyes, sentencias y escritos jurídicos. Su proclividad por la investigación le permitió adquirir y dominar elementos históricos en varias ramas del Derecho. Él, entusiasta partidario y defensor del amparo, no debió menospreciar el estudio y escudriñamiento de las fuentes del juicio de garantías. Como lo demuestran sus editoriales de *El País*, ciertamente fue un experto en la historia del juicio constitucional. Sus conocimientos de ella fueron los que tal vez le proporcionaron mejores resultados en su combate a los detractores del amparo ju-

aparece en la sección de bibliografía y hemerografía de BONILLA LÓPEZ, Miguel, *op. cit.*, pp. 247-249. Éste fue otro punto donde se evidenciaron en García su capacidad como jurista y su catolicismo combativo. *El País*, diario de la oposición católica, lo mantuvo como redactor y columnista al menos por lo que toca al amparo en 1908. En sus artículos destruyó la argumentación tendiente a restringir la procedencia del juicio de garantías en asuntos judiciales del orden civil, propugnada por los "científicos". Nuestro personaje actuó atrincherado en su filiación católica, remarcando los desatinos de sus enemigos ideológicos: desatinos originados, en su concepto, precisamente en el sustento ideológico positivista.

⁴¹ Como hemos referido, en 1902 García participó en los exámenes de oposición para adquirir la cátedra de Derecho Procesal Civil. Fueron muchos los participantes. El tema del examen —la competencia de los tribunales de la Federación en asuntos contenciosos de carácter civil— debía ser desarrollado por escrito. Todos fueron publicados en revistas jurídicas. García anotó en la parte final de su estudio: "habiendo lugar al amparo por violación de garantías individuales, cualquiera que sea el orden en que se cometa la violación, el amparo procede aun en materias civiles; punto sobre el que no ha podido haber duda desde que la ley de 14 de diciembre de 1882 suprimió el estatuto (que siempre fue ilusorio) de la improcedencia del amparo en estas materias; y por tanto, en todos los casos en que la garantía violada pertenece a la esfera civil, las cuestiones de esa naturaleza, en cuya resolución se haya violado la garantía, quedan bajo el conocimiento de los tribunales federales; por donde toda cuestión del orden civil o mercantil sea cual fuere, puede quedar sujeta, no directamente, sino por su relación con las garantías violadas, a la competencia de los tribunales federales. El amparo nos ofrece con mucha claridad uno de aquellos puntos en que se tocan y compenetran el orden interior de los Estados y el Federal, el derecho establecido por cada uno de ellos, en virtud de su soberanía, y el derecho constitucional; y un ejemplo muy luminoso [...]" (GARCÍA, Francisco Pascual, "Competencia de los tribunales de la Federación en cuestiones civiles y mercantiles. Breve disertación presentada al jurado de la oposición a las plazas de profesor propietario y profesor adjunto de Procedimientos Civiles en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, por [...], abogado con título profesional del gobierno del Estado de Oaxaca", *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, núms. 7 y 8, 31-X-1902, pp. 367-381).

dicial civil. La labor paciente y metódica de compilador debió desarrollar en él al erudito distinguible en *El amparo y sus reformas*. Nos inclinamos a pensar que este texto, fundamentalmente histórico, se debió en mayor parte a la pluma de García que a la de Rojas. García era el conoedor, el versado (el pequeño estudio de Isidro Rojas, "La evolución del derecho en México", es, aparte de breve, muy esquemático. No puede equipararse con los textos de García). En el *Diccionario Porrúa de historia, biografía y geografía* también se afirma que además de abogado y político, García cultivó las disciplinas teológico-filosóficas, la historia regional de su tierra y la literatura.⁴²

V. EL PROPÓSITO DE SU LIBRO

El amparo y sus reformas está dividido en veintitrés capítulos y contiene además cuatro apéndices.⁴³ En sus páginas sus autores analizaron leyes, proyectos de reformas y fundamentos filosóficos del juicio de amparo. Rojas y García se sintieron obligados a escribirlo ante la noticia de la eventual modificación a las normas vigentes en la materia. El estudio de Emilio Rabasa sobre el artículo 14 fue visto como una señal del sentido que tendrían las reformas del gobierno. No en balde el jurista chiapaneco era uno de los hombres de más prestigio en el ambiente oficial. Ante los ojos de García y de Rojas, reformas como la propuesta por Rabasa serían negativas y retrógradas. Su tarea consistió en fundamentar la subsistencia del artículo 14 y su garantía de la exacta aplicación

⁴² Sabemos que hacia 1927 redactó un artículo sobre los indios yaqui, que envió a *El Correo de Chihuahua*, periódico que dirigió Silvestre Terrazas (GARCADIAGO, Javier, *Rudos contra científicos...*, *op. cit.*, p. 99), y que usó a *El País*, diario católico, como tribuna de sus opiniones en materia educativa y jurídica. Tenemos noticia, también, de un breve escrito fechado en 1898: *A la memoria del señor general don Carlos Díez Gutiérrez, ofrenda fúnebre*, según se refiere en *Obras monográficas mexicanas del siglo XIX en la Biblioteca Nacional de México: 1822-1900 (acervo general)*, México, UNAM, 1997, p. 485.

⁴³ Los apéndices (pp. 209-227) son en realidad transcripciones de los textos del *Concurso*, de *El artículo 14* de Rabasa y de unos "Apuntes sobre el juicio de amparo" de Joaquín Baranda (desconocemos si estos apuntes fueron publicados). Se refieren a la abolición o no del 14 constitucional, la consignación penal de las autoridades responsables y a la suspensión de actos negativos.

de la ley y en sostener la necesidad del amparo judicial civil, previas algunas modificaciones legislativas.

En este aspecto su libro no difiere de las monografías del *Concurso* de 1906 que organizó el Colegio de Abogados. El propósito fue el mismo. En cambio, goza de cierta ventaja sobre ellas: Rojas y García escribieron en un momento en que ya todo estaba dicho. En enero de 1907 estaban en aptitud de conocer cada proyecto formulado y, así, cotejarlo y criticarlo. Llegaron a afirmar: “Mucho se ha dicho, mucho se ha escrito a propósito de esas reformas; más de un proyecto se ha formulado; y aunque no todos se han publicado por la prensa, sí lo han sido varios, y de las ideas dominantes en los no publicados, tié-nense noticias bastantes para juzgarlos, a lo menos de una manera general”.⁴⁴ Debemos enfatizarlo: en lo que se refiere a las propuestas de reforma al amparo, Rojas y García realmente aportaron poco. Su función fue, básicamente, comentar y apoyar o impugnar las ideadas por otros.⁴⁵ En lo que toca al amparo civil y su procedencia, como veremos, esto resulta evidente.

Otra diferencia con las monografías del *Concurso* estriba en la manera como Rojas y García buscaron defender el amparo judicial y el artículo 14. Bolaños y Olivera, Reyes, etc., partieron de una justificación sociológica —al igual que Rabasa, pero en sentido opuesto— de este sector del juicio constitucional. Las condiciones sociales, económicas y políticas del país, adujeron, ameritaban la existencia del amparo contra actos dictados por los jueces. Un corolario de su pensamiento podría enunciarse así: “dadas las circunstancias sociológicas que privan en la República, si el amparo judicial civil no existiera habría que inventarlo”. Rojas y García llegaron a la misma inferencia a través de tres caminos diferentes. Pusieron mayor énfasis en una justificación “filosófica”, en una exposición histórica del juicio de garantías y en una interpretación estrictamente exegética del artículo 14. A pesar de que el grueso de su libro es histórico, pareciera que donde más centraron su argumenta-

⁴⁴ *El amparo y sus reformas*, pp. 166 y 167.

⁴⁵ Además del título mismo de su libro, que de entrada advierte su intención de estudiar proyectos de reformas, García y Rojas llamaron a sus capítulos torales, precisamente, “Reformas a la legislación sobre amparo: las que deben discutirse”, “Reformas que deben desecharse” y “Reformas que deben adoptarse”.

ción fue en su análisis filosófico del artículo 14. Partieron de un decidido iusnaturalismo. Si Emilio Rabasa había dedicado un capítulo para refutar la tesis de Vallarta sobre los derechos naturales, civiles y políticos y así propugnar por la desaparición de la garantía del artículo 14, ellos hicieron otro tanto para replicar la refutación rabasiana.⁴⁶ Sin duda se trata de una discusión *ad infinitum*. Las pugnas entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo se asemejan —entonces y ahora— a un diálogo entre sordos. Nada es concluyente, definitivo. Esto lo debemos reconocer, sea cual fuere nuestra tendencia.

No es el caso de presentar aquí un debate, un parlamento entre García y Rojas por un lado, y Rabasa por otro. Digamos, simplemente, cuáles fueron los argumentos de aquellos. “Es del todo innegable”, dijeron, “que el hombre tiene derechos por el simple hecho de ser hombre, es decir, por virtud y necesaria consecuencia de su sola naturaleza”.⁴⁷ Como el grueso de los doctrinarios iusnaturalistas,⁴⁸ García y Rojas sostuvieron que esos derechos tenían existencia con anterioridad e independencia de las organizaciones políticas denominadas Estados (ellos hablaron de “sociedad civil”); la recta razón, ley natural, era el origen de esos derechos y el eje sobre el cual se desenvolvían y desarrollaban. El hombre estaba destinado a vivir en sociedad, no para perder sus derechos naturales, sino para perfeccionarlos y llevarlos por buen cauce. En las constituciones políticas se procuraba protegerlos y enumerarlos. La Constitución de 1857, en su artículo primero, *reconocía*, y no *establecía*, “que las instituciones sociales tienen por objeto los derechos humanos; con lo cual los constituyentes pusieron como base primera [...] el derecho natural”.⁴⁹ Agre-

⁴⁶ *Cfr.*, los capítulos séptimo y octavo, “Derechos del hombre, derechos civiles y garantías constitucionales” y “El artículo 14: garantía de todos los derechos”, de *El amparo y sus reformas*, y el noveno, “Los derechos civiles y los derechos del hombre”, de *El artículo 14*.

⁴⁷ *El amparo y sus reformas*, p. 39.

⁴⁸ García y Rojas citaron en ese capítulo a Cicerón, Portalis, Vidal y Cousin. Además se sirvieron de algunos pasajes de el *Tratado de los derechos del hombre. Estudio del Derecho Constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, de José María Lozano.

⁴⁹ *El amparo y sus reformas*, p. 43.

garon: "Esto sirve para explicar por qué los negadores del derecho natural encuentran superfluo ese artículo en su primera parte, como si fuera inútil, al dar la ley fundamental, poner como base un principio al cual deben ajustarse todas las leyes positivas".⁵⁰

Las leyes positivas, precisamente, eran la fuente de los derechos civiles,⁵¹ aunque no ocurriera así en todos los casos: "en muchas ocasiones", señalaron, "los derechos civiles son también derechos del hombre, derechos naturales; y si no están expresos y enumera-

⁵⁰ *Ibid.* Sólo a manera de comentario transcribamos la crítica de Emilio Rabasa al artículo 1o. constitucional: "La única vez en que la Constitución habla de los derechos primitivos o naturales del hombre, es para hacer una declaración inútil e inoportuna, que podría hacer pensar, a quien por primera vez leyese nuestra Ley fundamental, que no valía la pena de continuar la lectura: 'El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales', declaración que como principio científico es falsa y como compromiso del pueblo inválida, porque el Congreso Constituyente estaba autorizado para constituir a la Nación, no para establecer su credo filosófico. Como ley es inútil y pretenciosa, puesto que si los principios, si son ciertos, tienen la fuerza de la verdad que es superior a la de la ley, y si son falsos no prevalecen por autoridad legislativa; y por último, si tal declaración es inútil, porque nunca puede tener aplicación en la práctica que sólo corresponde a los mandamientos, es, por inútil, nociva; porque en leyes, la suposición de que cada palabra tiene un fin de aplicación, surte el efecto de hacer motivo de preocupaciones dañosas todo lo que es estéril por estar de sobra. Pero los constituyentes eran bastante sabios y bastante prácticos para no mantener tal error en el cuerpo de su obra, aunque así fuera de esperar, supuesto que lo habían consagrado como base y objeto de las instituciones, de las cuales nada menos que la fundamental [era] la que tenían entre manos. A renglón seguido, y como consecuencia (no muy lógica, ciertamente) de aquella declaración, imponen a todas las leyes y autoridades del país la obligación de sostener y respetar, no ya los vagos y metafísicos derechos del hombre, que era lo lógico, sino las garantías que la Constitución otorga, que era lo práctico y lo netamente jurídico. Los constituyentes en este artículo primero pagaron su tributo a uno como vicio nuestro en el arte de legislar, que consiste en dar a las leyes la consistencia de una obra didáctica, con sus principios generales a que se encadenan las verdades por un procedimiento deductivo. De este vicio resulta que el articulado primero de muchas de nuestras leyes es ocioso, porque nunca tiene aplicación, y las más de las veces establece principios falsos o, por lo menos, muy discutibles [...]" (*El artículo 14, op. cit.*, pp. 69 y 70).

⁵¹ A falta de una definición propia, podemos suponer que García y Rojas aceptaron como propia la de Ahrens, misma en que se apoyó Vallarta para definir los "derechos civiles": "son los que, no ya la Constitución, ley suprema de un país, sino otra ley de inferior categoría instituye, altera o suprime con mayor libertad aún, según las necesidades de los tiempos, las exigencias de la civilización o las condiciones especiales de cada pueblo" (citado por RABASA, Emilio, *El artículo 14...*, *op. cit.*, p. 68).

dos en la Constitución, eso se debe o a que estaban ya universalmente reconocidos o a lo menos no habían sido negados por nadie".⁵² Concluyeron:

Cierto es que tales derechos del hombre, cuando no están reconocidos de una manera expresa en las leyes positivas, no tienen en éstas una sanción; pero de ahí no se puede deducir que no existan. Precisamente, porque existen, pueden y deben ser garantidos por las leyes positivas, ora sean y se llamen constitucionales, ora en la clasificación humana, más o menos convencional, se les imponga otra cualquiera denominación.⁵³

Después dijeron:

Ni todos los derechos del hombre están enumerados en la Constitución, ni todos los enumerados en ella son derechos del hombre; y por ello mismo la noción de esos derechos no entra de una manera necesaria y esencial en la de las garantías constitucionales. Para que haya una garantía constitucional, basta la ley positiva que la establece aunque no sea derecho del hombre, como sucede, por ejemplo, para no citar otros, con el concepto prohibitivo de que haya más de tres instancias en el juicio criminal; y de esa manera, una garantía constitucional puede referirse a un derecho humano que no deba su origen a la sociedad civil, o a uno de que ésta nazca porque tiene su origen en la ley; pero si la Constitución le garantiza, habrá en favor de aquel derecho una garantía constitucional.

⁵² Creyeron encontrar apoyo, además, en una cita de José María Lozano, "que ha dicho muy bien": "Si no todas, las más de las garantías individuales que consagra (la Constitución) en favor de los derechos del hombre, estaban ya consignadas en nuestras leyes del orden común: por consiguiente, elevarlas a la categoría de principios constitucionales no tenía objeto. Incrustadas esas garantías en la legislación civil, tienen en ella mejores condiciones de estabilidad que en la Constitución Política. Las leyes civiles están generalmente fuera del alcance de las convulsiones políticas. Se modifican, se reforman y se derogan, obedeciendo al movimiento lento y tranquilo de las costumbres públicas, de la opinión, de las necesidades sociales, de las ideas dominantes de cada época. El imperio de estas diversas circunstancias es de tal naturaleza, que frecuentemente determina cambios importantes, sin la intervención directa del legislador" (citado en *El amparo y sus reformas*, p. 43).

⁵³ *Ibid.*, pp. 40 y 41.

No deben confundirse, pues, los derechos del hombre con las garantías constitucionales, porque ni la Constitución garantiza ni enumera todos aquellos derechos de una manera expresa, ni todos los que garantiza son derechos del hombre; y precisamente porque no los garantiza todos de un modo expreso, como lo están muchos, era necesario que, a lo menos de una manera general, lo estuviesen los que, sin estar reconocidos ni consagrados expresamente en la Constitución, lo están en las leyes no constitucionales. A esa necesidad responde el artículo 14 de la Constitución, en la parte en que garantiza la *exacta aplicación* de la ley.⁵⁴

En pocas ocasiones se refirieron al aspecto sociológico del tema, y fue breve y accesoriamente a su argumentación principal:

...el artículo 14 constitucional será visto en sus términos actuales como la salvaguardia del universal derecho y como un elemento eficazmente conservador del orden social; como el valladar para toda arbitrariedad, ora provenga de un encumbrado personaje político, ora del obscuro recaudador de una contribución municipal; como el límite en que ha de estrellarse la arbitrariedad; como el dique, que alcanzando la altura de la Constitución, no podrán salvar ni las más impetuosas olas de una caprichosa tiranía.⁵⁵

VI. AMPARO Y DERECHOS DEL HOMBRE

Conforme al pensamiento de Rojas y García, el artículo 14 cumpliría con la función de tutelar aquellos “derechos humanos” olvidados por la Carta Magna. En efecto, se preguntaron: “¿qué razón podría haber para que la Constitución garantizara unos derechos y no garantizara los otros, siendo todos humanos?”⁵⁶ Ampliaron:

...algunos como los relativos al matrimonio, a la patria potestad, y en general a la organización de la familia, son acaso más sagrados, o

⁵⁴ *Ibid.*, p. 44. Cursivas en el original.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 50.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 45.

tanto al menos como los enumerados y garantidos en la Constitución; y ¿por qué unos habrían de estar asegurados con esa garantía y otros habrían de quedar, aun siendo de un orden más excelente, sin el escudo constitucional?⁵⁷

Agregaron:

...diseminados (permítasenos la expresión) por toda la extensión de las leyes, muchos de los derechos del hombre, no comprendidos ni remotamente en las garantías que de un modo concreto afirma y asegura la Constitución en la sección primera del título 1º; siendo de todo punto imposible la enumeración de esos derechos, porque no habría de poner en cuenta sólo los declarados en las leyes, a la sazón ya expedidas, sino también los que habrían de ser declarados y asegurados en el porvenir, en qué forma, que no fuera la *exacta aplicación de la ley*, podrían quedar garantidos todos esos derechos en la ley fundamental?⁵⁸

Para llegar a ese aserto, estimaron prudente alejarse de la interpretación histórica del artículo 14 seguida por Emilio Rabasa. En este punto se basaron en gran medida en los *Errores constitucionales* de Miguel Mejía.⁵⁹ “Cuando el texto de la ley es claro”, afirmaron, “cuando su sentido literal es tan indiscutible que no necesita interpretación, ¿por qué haya o no estado en el ánimo del legislador, se ha de negar a sus palabras el alcance que éstas tengan en su significación natural?”⁶⁰ Conviene copiar aquí su argumentación:

⁵⁷ *Ibid.*, p. 45 y 46. Ejemplificaron: “el Código Civil del Distrito y Territorios Federales, adoptado en la mayor parte de los Estados con más o menos modificaciones, que resultan a la postre bien pocas, ¿no reconoce derechos indiscutiblemente fundamentales en todas las materias comprendidas en los cuatro libros que le forman? Respecto de las personas, de los bienes, los contratos y las sucesiones, ¿no hay [...] principios radicados evidentemente en el seno de la naturaleza, y que, por tanto, las leyes positivas no establecen si no que, cualquiera que sea la fórmula que en ellas se emplee, sólo los reconocen, ni más ni menos como lo hace la Constitución en su artículo 1º respecto de los derechos del hombre considerados como objeto de las instituciones sociales?” (*ibid.*, p. 48).

⁵⁸ *Ibid.*, p. 49.

⁵⁹ En efecto, Rojas y García reprodujeron varios párrafos escritos por Mejía que abarcaron las páginas 180 y 181 de su libro de 1886.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 52.

Ésta sería la ocasión de discutir cuál fue, por lo que toca al artículo 14, el verdadero pensamiento de los legisladores de 1857. Debemos decir a ese respecto, con toda franqueza, que con los elementos caídos hasta hoy bajo el dominio público, la interpretación histórica tal vez no permitiría dar a ese artículo el alcance que venimos indicando; pero lo cierto, lo indudable es, que está en su letra, que está expresa en él la garantía de la exacta aplicación de la ley, y que la amplitud y la elasticidad [...] de ese artículo que acaba por comprender dentro de su garantía todo el derecho común de los Estados y de las otras Entidades federativas [*sic*], se compadece y concierta de una manera plena con el espíritu de la Constitución, o para decirlo mejor, con el que inspiró todas nuestras constituciones, desde los albores mismos de la independencia nacional.

Considerado bajo ese aspecto el artículo 14, por él viene a extender la Constitución su manto tutelar sobre todos los humanos derechos, aunque no estén garantidos en ella de una manera expresa, con tal de que sí estén consignados en las leyes civiles, tomada esta frase en su más amplio sentido; y sólo quedan sin garantía constitucional los derechos que las leyes positivas no hayan reconocido y no puedan por lo tanto inscribirse en el catálogo de los que asegura la ley de una manera expresa.⁶¹

Más aún:

Háyanselo propuesto o no, porque la investigación histórica para fijar ese punto nos llevaría demasiado lejos, lo indudable es, aten-

⁶¹ *Ibid.*, p. 47. Rojas y García estuvieron particularmente orgullosos de estas reflexiones. Señalaron: "No nos toca decir si este aspecto del artículo 14 ha sido apreciado y estudiado debidamente por los que de nuestro derecho constitucional han escrito. Creemos conocer todos esos trabajos y nos parece, no sin temor de errar, que aunque muchos han entrevisto el lado tutelar del artículo 14, no le han contemplado a toda luz [...]". Luego: "...el artículo ha sido estudiado por una sola de sus fases; por la que ofrece dificultades y sombras; pero no lo ha sido por su lado luminoso, tutelar de las garantías preteridas, no importa por qué, en la Constitución. Los defensores mismos del artículo 14 y de su amplia interpretación, parecen no haber parado mientes en que la garantía consignada en ese artículo es, por su propia naturaleza, la que viene a llenar el vacío que dejó en el estatuto constitucional la omisión de muchos derechos del hombre" (*Ibid.*, pp. 47 y 48).

didamente la letra del artículo 14, que con intención o sin ella, por una de esas intuiciones inconscientes casi, o por una de esas miras profundísimas, con que se domina todo un mundo, los constituyentes de 1857 aseguraron, por medio del artículo 14, en beneficio del individuo y por tanto en beneficio también de la sociedad, que ni dentro de la esfera federal, ni fuera de ella dentro de las legislaciones locales, imperaría otra cosa que la ley.⁶²

El amparo civil y el artículo 14 tenían también justificación ante las objeciones como la de Rabasa de que quebrantaban la soberanía e independencia de los Estados respecto de la Federación. Rojas y García encontraron dos maneras de refutar ese argumento: en primer lugar, "tienen tanto de ficción y de convencionalismo esa soberanía e independencia, que el argumento se desploma por su base";⁶³ en segundo, fallaba en su lógica, pues:

...si es razón en cuya virtud deba suprimirse el artículo 14, que la garantía consignada en él da origen a que la Corte Suprema Federal revise los actos de las autoridades judiciales de los Estados y examine minuciosamente los juicios civiles y los procesos criminales instruidos y fallados en ellas, la misma razón hay para que ningunos actos de las autoridades políticas [*id. est.*, administrativas] o legislativas, ni los expedientes en que ellas intervengan, sean examinados por las autoridades federales.⁶⁴

Por otra parte, dijeron, si la existencia del amparo civil no compaginaba con el sistema federal:

...nada importa, en verdad, que tal sistema se desnaturalice y desvirtúe, si el estatuto que tales efectos produce, encierra en sí una necesidad de justicia; y la razón es muy sencilla, verdaderamente vulgar: que la justicia y el bien público no han de sacrificarse a los sistemas de gobierno; porque la sociedad no es para las formas políticas, sino las formas políticas para la sociedad...⁶⁵

⁶² *Ibid.*, pp. 49 y 50.

⁶³ *Ibid.*, p. 180.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 180 y 181.

Concluyeron, pues, que el 14 de la Constitución encerraba, aun sin querer, una garantía individual y no cualquiera, sino “la suprema [...], la más trascendental, la que las comprende todas, la que se levanta sobre todas lo mismo que sobre las leyes...”⁶⁶

VII. EL PORQUÉ DE LA REFORMA

En su exposición histórica del “desenvolvimiento del juicio de amparo” —capítulos X a XVIII— encontraron que su existencia respondía a necesidades profundas del ser social. En este punto no se alejaron de las interpretaciones usuales. Entre todos los juicios de amparo sobresalían por su número los pedidos por violación al artículo 14 en materia civil. Dijeron:

Ahora, cuando el aumento de las demandas de amparo y consecuentemente de los juicios, ha sobrepasado a todos los cálculos, puede afirmarse que, refiriéndose, como se refieren, gran número de esos amparos a violaciones de la garantía individual de la exacta aplicación de la ley, el respeto a la ley no ha ganado terreno, ni le ha ganado tampoco el respeto a la Constitución; por lo que, en el desenvolvimiento mismo del amparo, hay que ver ante todo, la más clara revelación de su necesidad.

En efecto: no sólo se necesita en México el respeto a los derechos fundamentales del hombre; no sólo ha sido necesario garantizar los que de una manera expresa están reconocidos en la Constitución, además, para asegurar constitucionalmente todos los otros derechos, garantizar *la exacta aplicación de la ley*.⁶⁷

⁶⁶ *Ibid.*, p. 48.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 60 y 61. Cursivas en el original. En otra parte de su libro, García y Rojas pusieron en duda las noticias alarmantes sobre el número de amparos pedidos por violación del artículo 14: “Carecemos de datos para resolver la cuestión, que demandaría una estadística completa, una puntual clasificación de los amparos por razón de su origen (garantía violada) y una comparación matemática del número de expedientes instruidos por violaciones del artículo 14, con el de los instruidos por las violaciones de los demás artículos. Esta estadística minuciosa no existe; a lo menos, no tenemos noticia de ella; y sin ella es imposible negar o afirmar que la mayor parte de los amparos procedan de violaciones del artículo 14” (*Ibid.*, p. 178). En realidad, tal estadística no apareció sino hasta el segundo semestre de 1908, cuando el entonces presidente de la

Si ese era el curso que había tomado el amparo, si ese era el camino que había seguido su desarrollo, “No hay que levantar diques [a su] desenvolvimiento [...]; no hay que desnaturalizarle; no hay que reducirle, dejando sin escudo constitucional el derecho del individuo a no tener, para sus facultades y su libre ejercicio, otro límite que el *exactamente* fijado por la ley”.⁶⁸

Dijeron como conclusión:

...apenas plantada la institución [del amparo], se fue, por una parte, arraigando hondamente y, por otra, desenvolviendo y extendiendo sin cesar. La necesidad de garantizar en la ley fundamental de la nación, todos los derechos primordiales del hombre que, procedentes de su naturaleza, habían sido desconocidos o negados bajo las instituciones antiguas, apareció con la primera luz de nuestra independencia; se hizo sentir a medida que pasaron los años, de tal suerte, que no hubo una sola de nuestras constituciones que no los tuviera escritos en sus páginas; pero eso no bastaba; era necesario más, mucho más: hacer que esos derechos fuesen de veras respetados en la vida real; y para eso, establecer un medio eficaz y potente que encajar bien dentro de las condiciones de esa vida; y vino el amparo, mostrando en su nombre mismo su carácter tutelar de la libertad y del derecho, y creció, y se desenvolvió, y, por fin, ha alcanzado amplitud y extensión tan grandes, que el árbol frondoso necesita de una poda para que las tupidas ramas que caen por doquiera, no estorben el camino; y hoy se siente la necesidad de reformar la institución, antes que todo, para que el número de juicios no siga creciendo; para que la Corte Suprema no se vea abrumada bajo la pesadumbre inmensa de tan varios y numerosos expedientes; para que la eficacia del recurso no se desvanezca en la imposibilidad del despacho; en suma, para que la excelencia y alteza de el amparo, no se pierdan en las sinuosidades de la realidad. Es necesario que desaparezcan sirtes y escollos, para que la nave de la institución siga bogando sin obstáculos sobre las ondas del mar, y

Suprema Corte, Félix Romero, rindió un informe de ingreso y egreso de asuntos, en el que proporcionó datos no tan alarmantes (véase BONILLA LÓPEZ, *op. cit.*, p. 164).

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 61 y 62. Cursivas en el original.

lleve, como ha llevado hasta hoy, el tesoro de los humanos derechos, salvándose bajo la bandera de la Constitución, del naufragio con que los amenazan siempre la arbitrariedad y el despotismo.⁶⁹

Reconocían que el amparo civil y el artículo 14 originaban problemas prácticos, era indiscutible, pero no por ello debía buscarse su supresión, sino una adecuación legislativa que rescatara las virtudes de ambos y corrigiera sus vicios:

...cualesquiera que sean las desventajas que en la práctica pueda ofrecer el artículo 14; por grandes que sean los inconvenientes a que puede dar origen; por muchas trascendencias que su observancia tenga en los tribunales y juzgados; por enormes que sean los obstáculos que su observancia oponga a lo que sólo de una manera convencional ha podido llamarse soberanía de los estados; no se puede desconocer que la garantía, asegurada en él de la *exacta aplicación* de la ley, es el medio constitucional por el que se aseguran la multitud de los derechos humanos no enumerados ni reconocidos expresamente en la Constitución, pero sí en el derecho común, en la legislación propia de cada entidad federativa.⁷⁰

La reforma al amparo se imponía, pues, pero era:

...necesario también que tal reforma no atrofie ni desnaturalice la institución. La poda que debe hacerse del árbol, ha de ser tal, que no produzca su sequedad ni su muerte. Al desembarazar de obstáculos la ruta de la nave, debe cuidarse de que no cambie de rumbo: el que lleva hoy es sin duda ninguna el que le señalan la suprema necesidad del derecho, el interés supremo de la justicia y los inviolables fueros de la libertad.⁷¹

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 163 y 164.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 52 y 53. Cursivas en el original. Ellos dijeron, por otro lado, que ninguna de las reformas sugeridas por el foro para el artículo 14 los convenía, pero no debían desecharse: contenían ideas que podrían conducir a una fórmula verdaderamente adecuada (*ibid.*, p. 182).

⁷¹ *Ibid.*, p. 164.

O en términos menos encumbrados: “La necesidad de reformar la legislación sobre amparo es del todo punto indiscutible”, pues:

...ora la causa sea [el] abuso, ora haya muchas otras, que obran simultáneamente con él, es un hecho, llegado a ser palpable, el incesante aumento de los amparos, que ha producido dos efectos también palpables: imponer a la Corte Suprema de Justicia una carga abrumadora, por excesiva, y colocar a Tribunal tan respetable, cuyo prestigio es necesario que siempre sea excelso, en la necesidad de fallar sin suficiente estudio muchos de esos amparos.⁷²

Todavía más: “lo más grave del caso es”, observaron:

...que empeorándose esa situación día en día, como tiene que suceder, si no se acude con el necesario remedio, la institución misma del amparo, que tan ingente necesidad es, así social como política, moriría sofocada bajo el peso de los innumerables expedientes a que da origen, o se reduciría a una vana fórmula, o vendría a ser una institución social colocada a la merced de la ventura y entregada a todos los azares de la impremeditación y la ligereza.⁷³

VIII. LOS ACTOS DE EJECUCIÓN INMEDIATA

García y Rojas tenían el convencimiento de conocer todos los proyectos de reformas al amparo surgidos en los años anteriores, aun los no publicados.⁷⁴ Entre los impresos, no podían referirse sino a los del *Concurso*, al trabajo de Rabasa y a los “Apuntes” de Baranda de los que, incluso, transcribieron varios párrafos en los apéndices de su libro. Fueron los únicos escritos en aquel tiempo que tuvieron semejante propósito. Tal vez podríamos agregar en la lista los ensayos de José Diego Fernández⁷⁵ y José de Jesús

⁷² *Ibid.*, p. 165.

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 165 y 166.

⁷⁵ DIEGO FERNÁNDEZ, José. “Estudio del artículo 14 de la Constitución”, *Diario de Jurisprudencia*; México, 1906, tomo VII, pp. 527 y ss.

Peña⁷⁶ sobre el artículo 14 y sus reformas, pues tenían actualidad en ese momento. Sobre los no publicados, parece que sus ideas no diferían con las expuestas en los que sí. Nunca mencionaron un discurso de Eduardo Novoa de junio de 1897, en el que abordó las mismas cuestiones.⁷⁷

Los autores de *El amparo y sus reformas* no consideraron adecuado comentar en detalle cada proyecto. “Sobre ser esa tarea dilatada”, dijeron, “daría a nuestro estudio desmesurada extensión”. Se limitarían, señalaron, únicamente a examinar “con imparcial criterio, entre las reformas propuestas, las que pueden ser más útiles y provechosas, o, por el contrario, nocivas y desnaturalizadoras de la nobilísima institución”.⁷⁸ No entraremos aquí al estudio total de su glosa; haremos referencia exclusivamente a lo que dijeron acerca de la procedencia del amparo civil.

Además de lo relativo al 14 constitucional, ellos hicieron otras consideraciones sobre la procedencia del amparo contra actos judiciales. Afirmaron que debían introducirse en la regulación del juicio de garantías dos casos nuevos de improcedencia. Es el primero que propusieron el que nos interesa.⁷⁹ El amparo, precisaron, no habría de proceder en materia judicial civil o penal “sino contra resoluciones que causen ejecutoria o por su naturaleza puedan ser de inmediata ejecución”. Esta reforma no significaría introducir cambios radicales en la legislación sobre amparo, sino “ligeras modificaciones en el ordenamiento vigente”; tampoco, dijeron, se

⁷⁶ PEÑA, José de Jesús, “Reforma del artículo 14 de la Constitución (estudio)”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, tomo XXVIII, 28 de febrero de 1905, núm. 3-4, pp. 166-173. En este artículo, Peña se declaró enemigo de la garantía de la exacta aplicación; en los debates en la Cámara de Senadores sobre la reforma constitucional al amparo de 1908 él será uno de los partidarios de la restricción del amparo civil a sólo las sentencias definitivas.

⁷⁷ NOVOA, Eduardo, “Proyecto de reforma al art. 14 constitucional. Estudio presentado a la Academia Mexicana de Legislación y Jurisprudencia por el Sr. Lic. [...] en la sesión verificada en 25 de junio de 1897”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, México, tomo XIII, julio-diciembre de 1897, pp. 13-21.

⁷⁸ *El amparo y sus reformas*, p. 167.

⁷⁹ Además de lo relativo al amparo civil, el otro caso de improcedencia se refería a que el juicio de garantías no procediera contra actos que fueran ya objeto de algún amparo (*ibid.*, pp. 197 y 198).

necesitaría ninguna reforma constitucional. El artículo 14 no necesitaría ser tocado.⁸⁰ Copiaremos sus palabras en estas páginas.

El Código de 1897 permitía la interposición del amparo contra toda resolución dictada dentro de los juicios; Rojas y García se preguntaron:

...¿exige tamaña amplitud la naturaleza del amparo? ¿Se desnaturalizaría la institución, si se prohibiera interponerle contra resoluciones que no tuviesen carácter de ejecutorias, o no fuesen, por su naturaleza, de ejecución inmediata? Nos parece que no; y *no acometemos la tarea de demostrarlo, porque la opinión está formada ya en ese sentido, como que es evidente* que una resolución judicial no viola una garantía sino cuando, por su naturaleza, es de inmediata ejecución.⁸¹

Hagamos énfasis en el subrayado: Rojas y García dicen sin mayor rodeo que lo que aducen es una “opinión”, un criterio generalizado; que el amparo no debe proceder contra cualquier acto judicial, no fue una observación, un descubrimiento propios. Tan es así, afirman, que ni siquiera habrán de tomarse la molestia de demostrarlo. Punto. Ciertamente se proponen explicar tales ideas páginas adelante —ya transcribiremos sus palabras líneas después—, pero nada más, como si hicieran un comentario, una exposición de algo ya sabido. No dicen que es una idea propia; tampoco rinden tributo a otros juristas (citan, como mero antecedente, a José María Lozano por lo que hacía a las resoluciones con “carácter de ejecutorias”). Conociendo todos los proyectos formulados en el curso de 1906, no señalan a alguno de sus autores —a Bolaños y Olivera, a Díaz Soto y Gama, a Reyes— como el creador de ese sistema de procedencia. La idea de señalar casos específicos —lógicos y bien delimitados— de procedencia del amparo en materia judicial era una idea común; la noción del acto de ejecución inmediata también era general.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 188.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 190 y 191. *Cursivas nuestras.*

Explican:

Una vez que se llegue al terreno de los hechos, a sólo eso hay que atender para que se interponga el amparo, sea el que fuere el carácter de la resolución. Cuando hay una violación de una garantía constitucional, lo mismo es que con el acto que la importa se viole o no una ley procesal; nada importa que se llenen requisitos, se guarden formas, se sigan trámites. Sea de todo eso lo que fuere, cuando en el fondo se viola una garantía individual, tienen que proceder el amparo; y viceversa: si no hay esa violación, los trámites y formas y requisitos nada importan, a no ser que su omisión por sí sola la constituya.⁸²

Ahora bien, una resolución judicial debía calificarse como de ejecución inmediata cuando era una sentencia que causara ejecutoria —“su misma denominación lo indica”, dijeron—⁸³ o cuando, “aun sin ser sentencias, [...] por más que, una vez concluido el juicio, en la sentencia definitiva se pueda deshacer lo hecho y no se lleve lo ejecutado a su consumación” transcendía a la esfera de los hechos.⁸⁴ Ejemplificaron: “Tal es, *v. gr.*, el auto de *exequendo* o mandamiento de ejecución, así llamado en el tecnicismo procesal, por más que la sentencia en el juicio ejecutivo muy bien pueda mandar y mande, como sucede muchas veces, que se levante el embargo”.⁸⁵

Abundaron:

Con esa doble idea, con esa doble frase: *que causen ejecutoria, o por su naturaleza puedan ser de inmediata ejecución*, se comprenden, por una parte, todas las resoluciones con que de hecho pueden violarse las garantías individuales, y por otra, se dejan fuera del caso de amparo todas aquellas otras, que, aunque puedan conducir a una violación o dar origen a una resolución que la importe, de pronto no la causan en el terreno de los hechos. Adoptando, por lo

⁸² *Idem.*

⁸³ *Ibid.*, p. 191.

⁸⁴ *Idem.*

⁸⁵ *Idem.*

mismo, un precepto en aquellos términos, el amparo queda circunscrito sólo a los casos en que realmente hay violación constitucional, y se excluyen todos aquellos en que sólo hay, aunque más o menos próxima, una mera posibilidad, porque la violación se prepara, mas no se comete, y en el curso del proceso, nomás se le va haciendo lugar para que a su término y en un punto dado, pueda venir dentro del procedimiento un mandato autoritativo que lesione el derecho individual.

Mientras la violación quede así, en la esfera de la pura posibilidad, pero no pase a la realidad; mientras sólo se la prepare, pero no se la reduzca a un acto, no debe proceder el amparo.

Cuando ese acto venga, ora en forma de resolución que, aun sin tener carácter de ejecutoria, puede ejecutarse; ora en forma de resolución que tenga ese carácter y no sólo el de sentencia definitiva; entonces puede decirse que se llega a la violación de una garantía constitucional, por que sólo entonces aparecen los efectos jurídicos de la violación, ya toquen a la ley substantiva, ya a la del procedimiento. Fuera de esos casos, en la múltiple y complicada variedad de las relaciones jurídicas y de las aplicaciones de la ley, muchas resoluciones, que encierran así, como en germen, la violación de una garantía o cuya ejecución podría importarla, pueden resultar y resultan en la realidad inocuas, es decir, sin efecto ninguno que lesione el derecho individual.⁸⁶

Terminaron con el punto diciendo que esta propuesta era factible, toda vez que en materia penal ya tenía vigencia y siempre la había tenido:

...no omitiremos observar que la reforma [...] es ya un hecho en los negocios judiciales del orden penal; en los que, a diferencia de lo que sucede en los del civil, el amparo no es solicitado sino contra resoluciones que causan ejecutoria o que son de ejecución inmediata. Así, suele pedirse contra los autos de formal prisión y contra las sentencias que ponen fin al proceso penal, y entonces es cuando se alegan

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 189 y 190. Observemos que Rojas y García, a pesar de su amplia defensa del artículo 14 y su garantía de la exacta aplicación, no los vincularon con el tema de la ejecución inmediata, como sí Bolaños Cacho y Olivera Toro en su monografía.

las violaciones que los recurrentes tienen por cometidas durante el proceso.⁸⁷

La jurisprudencia —interpretando la ley que recogiera un precepto basado en las ideas que expusieron— sería la encargada de establecer cuáles serían los casos de resoluciones judiciales con ejecución inmediata. No dijeron más.⁸⁸

IX. CONCLUSIONES

El amparo y sus reformas es un libro que hoy día aún merece ser estudiado, y por muchas razones. Hemos dado cuenta de algunas: su excepcional relación histórica del desenvolvimiento del juicio de amparo; sus contra argumentos de las tesis rabasianas en materia de procedencia del amparo contra actos judiciales; su peculiar percepción filosófica del juicio de garantías y de la garantía de la exacta aplicación de la ley en materia civil; su explicación del acto en juicio de ejecución inmediata. Así, el presente trabajo constituye una invitación a acercarse a ese libro, del que, con justicia, algunas voces han pedido que se reedite.⁸⁹

La lectura de las páginas de *El amparo y sus reformas* ha dado frutos. Por ejemplo, la actual interpretación de los tribunales federales del “acto en juicio de ejecución de imposible reparación”, hipótesis constitucional de procedencia del amparo en la vía indirecta, tiene fundamento en ese libro y en la corriente de opinión a la que perteneció. En las sentencias que dieron pie a las tesis jurisprudenciales de rubros: “Ejecución irreparable, actos de (interpretación del artículo 107, fracción III, inciso b), constitucional”, del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito,⁹⁰ “Amparo indirecto. Resulta improcedente contra la resolu-

⁸⁷ *Ibid.*, p. 193.

⁸⁸ *Idem.* Después agregaron que no debía exigirse al quejoso que acudiera a los recursos comunes antes de pedir amparo, en virtud de las peculiares condiciones geográficas del país: distancias, falta de vías de comunicación, etcétera.

⁸⁹ CARPIZO, Jorge, “La procedencia del juicio de amparo en violaciones del procedimiento”, en *Memoria del Primer Congreso Nacional de Amparo. Documento de Guadalajara*, México, Porrúa, 1990, p. 59.

⁹⁰ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, núms. 2-6, julio de 1988, pp. 104-106.

ción de apelación que decide la excepción de falta de personalidad (interrupción y modificación de la tesis jurisprudencial número 208, visible en la página 6313, cuarta parte, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985)” y “Ejecución de imposible reparación. Alcances del artículo 107, fracción III, inciso b), constitucional” de la extinta Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia, y “Personalidad en contra de la resolución que desecha la excepción de falta de personalidad sin ulterior recurso, es improcedente el amparo indirecto, debiendo reclamarse en amparo directo cuando se impugne la sentencia definitiva” del Pleno de la antigua Corte,⁹¹ se ve cómo de una lectura detenida de *El amparo y sus reformas* se llega a concluir que los actos en juicio de ejecución de imposible reparación previstos en la Constitución son los que “afectan de modo directo e inmediato derechos sustantivos consagrados en la Constitución, y nunca en los casos en que sólo afectan derechos adjetivos o procesales”, concepto harto semejante al de acto de ejecución inmediata expuesto por Rojas y García.⁹²

La historiografía del juicio de amparo ha identificado en las postrimerías del siglo XIX y los inicios del XX dos vertientes doctrinales en el tratamiento de la institución del amparo.⁹³ Una denominada clásica u ortodoxa, representada por José María Lozano, Isidro Montiel y Duarte, Ignacio L. Vallarta, Silvestre Moreno Cora y Emilio Rabasa, caracterizada porque el Derecho Constitucional sirve de punto de partida; otra, llamada exegetica o procedimentalista, encaminada al comentario descriptivo de la legislación vigente y a la formulación de consejos prácticos para la presentación de demandas, redacción de alegatos, etcétera. En esta ubican a Fernando Vega, Manuel Ruiz Sandoval, Federico M. del

⁹¹ *Gaceta*, octava época, núm. 38, febrero de 1991, pp. 11 y 12. El texto de la ejecutoria apareció por primera vez en el *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, tomo VII, febrero de 1991, pp. 5-39, pero ameritó ser reimpresso en el tomo VIII, de agosto de 1991, pp. 5-52, debido a una mutilación involuntaria de los editores: no publicaron el voto de la minoría opositora. Es preferible consultar este último ejemplar.

⁹² Para un estudio minucioso del concepto de acto en juicio de ejecución irreparable y sus antecedentes, véase BONILLA LÓPEZ, Miguel, *op. cit.*

⁹³ FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 77 y 78, enero-junio de 1970, pp. 385 y 386.

Castillo Velasco, Francisco Cortés y Demetrio Sodi. Creemos que hay bases para agregar una corriente más. El texto de Rojas y García (así como los trabajos presentados al *Concurso*, de los cuales nos hemos ocupado en otra oportunidad)⁹⁴ no encaja en ninguna. Pudiera alegarse que *El amparo y sus reformas* fue un mero ejercicio de recopilación. A fin de cuentas, se diría, nuestros autores buscaban analizar preceptos vigentes, estudiar proyectos de reformas y sugerir cambios a la legislación. Esto es cierto, y ellos mismos así lo dijeron. Pero precisamente allí radica la diferencia: en contrapartida de los ortodoxos y los procedimentalistas, Rojas y García, desde su perspectiva iusnaturalista e histórica del Derecho, describieron, analizaron, criticaron y *propusieron, con lenguaje novedoso, apreciaciones nuevas sobre el amparo*. Quizá valdría la pena hablar de una nueva corriente, la de quienes, como ellos, vieron que la cuestión del amparo judicial civil era la más grave para la sociedad de su tiempo y buscaron soluciones.

⁹⁴ BONILLA LÓPEZ, Miguel, *op. cit.*, pp. 43-76, y "Un anarquista teoriza sobre el amparo judicial: Antonio Díaz Soto y Gama en 1906", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 18, año 18, 1994, pp. 77-105.

RESPUESTA AL RETO QUE PLANTEARA DON ANTONIO CARRILLO FLORES A LOS ALUMNOS DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO SOBRE EL INSTITUTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Álvaro CASTRO ESTRADA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Anteproyecto de Exposición de Motivos del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* III. *Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* IV. *Anteproyecto de Exposición de Motivos del decreto de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.* V. *Decreto de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.*

I. INTRODUCCIÓN

Cuando cursaba el primer año de mi carrera de abogado en la Escuela Libre de Derecho, el extinto jurista, diplomático y político mexicano Antonio Carrillo Flores, dictó en el Aula Magna una conferencia en materia de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Después de describir el *status* que prevalecía en nuestro país, el insigne conferencista alentó a las nuevas generaciones a seguir luchando para cumplir su tarea en esta materia en forma más completa, más adecuada a nuestras necesidades, como lo hicieran las generaciones del pasado inmediato. Principalmente, hizo un llamado para que terminara la inactividad que ha habido en esta figura jurídica por más de tres décadas.

Motivado por la invitación que Don Antonio hiciera a las nuevas generaciones de abogados para que lucháramos vigorosamente

por el establecimiento de un auténtico régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en México, fue que decidí sumarme al esfuerzo de incorporar esta importante figura jurídica a nuestro orden jurídico, y fue así que para la elaboración de mi tesis doctoral elegí el tema de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, misma que posteriormente habría de ser publicada por la prestigiada casa Editorial Porrúa, habiendo tenido el honor de que mi libro fuera prologado por el eminente jurista, Dr. Pedro G. Zorrilla Martínez.

El propósito fundamental del libro se centra en proponer el establecimiento de un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en México de carácter general, objetiva, directa y ponderada. Para ello, en el capitulo de la obra se destaca la importancia y trascendencia de esta institución para el Derecho Administrativo, al sostener que, conjuntamente con el principio de legalidad, constituyen los pilares en que descansa dicha rama del Derecho, como lo han reconocido eminentes juspublicistas.

En dicha investigación, asimismo, se efectúa el examen de los dos regímenes que hoy existen en México para pretender resolver la supuesta responsabilidad del Estado en nuestro país. Uno de carácter civil y otro de carácter administrativo; ambos deficientes para dar cumplida respuesta a la obligación de resarcir a quienes, sin tener el deber jurídico de soportarlos, sufran daños y perjuicios causados por la actividad del Estado; si bien el segundo de dichos sistemas constituye, en rigor, un régimen de responsabilidad patrimonial de los servidores públicos.

Podríamos afirmar que el trabajo de investigación contenido en el libro mencionado, constituye un análisis pormenorizado que comprende un examen de la legislación positiva, de la doctrina y la jurisprudencia, tanto en Derecho mexicano como en Derecho comparado; intenta dar respuesta a las desventajas que se aducen respecto de la incorporación de este instituto al orden jurídico mexicano, y se pretende convencer al lector de que es impostergable definir e incorporar a nuestras leyes un auténtico sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en México. La investigación concluye con una propuesta de adición Constitucional para introducir una nueva garantía específica, por virtud de la cual se obtenga una indemnización derivada de la actividad lesiva del Estado, que sea consecuencia del funcionamiento regular o irregular de

éste, así como de un anteproyecto de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, y de un conjunto de reformas legales que se estima necesario llevar a cabo por razones de congruencia legislativa.

No obstante que en el libro se incorporan dichas propuestas, se ha elaborado para este número de la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de la Escuela Libre de Derecho, un "Anteproyecto de Iniciativa de Decreto por el que se modifica la denominación del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la propia Constitución", así como de un "Anteproyecto de Iniciativa de Decreto de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado"; y se ha preparado una Exposición de Motivos que a mi juicio cumple satisfactoriamente con su finalidad, es decir, no solamente explicar el contenido de la propuesta constitucional y legislativa, sino exponer detalladamente las razones y fundamentos que justifican la pertinencia de introducir la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado a nuestro sistema legal —la cual no se había publicado antes—; y además se pone de relieve el injustificado retraso que prevalece en nuestro país a nivel legislativo en esta materia, lo cual se traduce en una grave insuficiencia del régimen vigente para resolver satisfactoriamente los problemas que se derivan de la actividad lesiva del Estado en contra de los particulares.*

Estoy consciente de que no obstante que una Exposición de Motivos debe ser tan amplia y pormenorizada como las que aquí se presentan, en la práctica las Iniciativas de Ley que se someten a la consideración del H. Congreso de la Unión, son menos explicativas y extensas y, por lo tanto, tienen el mérito de la brevedad, mas no necesariamente el de su mayor claridad. Para la elabora-

* Como ya se mencionó líneas arriba, a partir de las propuestas de modificación constitucional, así como del anteproyecto de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, sería necesario llevar a cabo un conjunto de reformas legales por razones de congruencia legislativa. Éstas no han sido incluidas en la presente colaboración a fin de no extenderla demasiado, si bien la explicación, justificación y texto de las mismas se encuentran contenidos en mi libro: *Responsabilidad Patrimonial del Estado*, México, Editorial Porrúa, 1997, para quienes quisieran obtener mayor información al respecto.

ción de las Exposiciones de Motivos de los anteproyectos de maras, he preferido optar por la primera alternativa, es decir, la más amplia y justificativa, aunque reconozco que en una Iniciativa formal ante el H. Congreso de la Unión pudiera abreviarse, sin dejar de señalar los aspectos fundamentales de la institución que se propone y demostrar las deficiencias de los regímenes actuales, que en mucho han tolerado la impunidad patrimonial del Estado.

Cabe advertir, además, que si bien en la Exposición de Motivos que ahora se presenta, se explican con detenimiento los argumentos doctrinales más importantes sobre el tema, en mi libro se desarrollan dichos conceptos todavía con mayor profundidad, lo cual pudiera ser de utilidad para complementar los conceptos vertidos en este documento, para quienes quisieran mayor información sobre la materia.

Finalmente, quisiera expresar que este trabajo de investigación fue —y es— mi respuesta al reto que hace poco más de veinte años lanzó Don Antonio Carrillo Flores, en el Aula Magna de nuestra querida Escuela Libre de Derecho. Con profunda gratitud a su memoria y en homenaje a esa ilustre institución académica, así como a mi maestro de derecho administrativo, Lic. Fauzi Hamdán Amad —quien ha sido infatigable impulsor de este instituto jurídico—, quisiera dejar constancia de mi satisfacción porque el resultado de mi investigación se publique ahora en la *Revista de Investigaciones Jurídicas* de esa Casa de Estudios. Sin embargo, la labor no está aún concluida. Es preciso reconocer que esta institución requiere de más reflexiones y estudios, y exige de mayores desarrollos doctrinales, legales y jurisprudenciales. Confío en que la divulgación de este esfuerzo pueda despertar nuevas inquietudes para perfeccionar la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado y, de esta manera, contribuir a su pronta incorporación a nuestro orden jurídico nacional.

II. ANTEPROYECTO DE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Ciudadanos secretarios de la Cámara de* _____ del
Honorable Congreso de la Unión
Presente

El Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 postula, entre sus objetivos esenciales, la consolidación de un régimen de convivencia social regido plenamente por el Derecho, en el que la ley sea aplicada a todos por igual y la justicia sea la vía para la solución de los conflictos.

Los mexicanos hemos incorporado nuevos derechos fundamentales a la Constitución de 1917 y contamos con leyes que integran un amplio sistema jurídico. Sin embargo, tenemos que reconocer que nuestro marco normativo e institucional aún debe responder de mejor manera a las expectativas y a las condiciones de nuestro tiempo.

Se ha considerado que para hablar propiamente de un Estado de Derecho, es necesario el cumplimiento de los siguientes requerimientos:

- a) La existencia de un orden jurídico estructurado al que se encuentren sometidas las actuaciones del Estado;
- b) El reconocimiento de los derechos públicos subjetivos —o garantías individuales— de los gobernados;
- c) El establecimiento de medios idóneos para la defensa de esos derechos, y
- d) Un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado.

*La presente Iniciativa de Decreto podrá presentarse indistintamente ante cualquiera de las dos Cámaras del Congreso de la Unión, de conformidad con el artículo 72, inciso H), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el artículo 62 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

A ochenta y un años de la promulgación de la Constitución Política de 1917, no hemos logrado consolidar un mecanismo que permita resolver satisfactoriamente el problema que se presenta cuando, a consecuencia de la actividad que realiza el Estado —sea ésta regular o irregular, lícita o ilícita— se ocasionan daños y perjuicios a un particular o gobernado, sin que éste tenga la obligación jurídica de soportarlos; es decir, no se ha edificado un auténtico sistema de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo y directo, que colme tal deficiencia.

Las acciones que más se han acercado hacia la consecución de un régimen de responsabilidad del Estado con las características señaladas, datan del año de 1941, cuando de una manera plausible pero insuficiente, se expidió la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal, misma que fue abrogada en 1988 por falta de operatividad técnica, en lugar de haberse actualizado y perfeccionado.

También existen diversos ordenamientos legales que, sin responder a una misma base jurídica sistemática y bien justificada, prevén algunos supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo creado, como la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares; la Ley Federal del Trabajo, en lo relativo a riesgos de trabajo; la Ley Aduanera, con relación al extravío de bienes depositados en recintos fiscales, y el propio Código Civil, en lo que se refiere a riesgos profesionales y utilización de objetos peligrosos; y finalmente, la Ley de Vías Generales de Comunicación que previó una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva originada por daños causados por la operación de una aeronave, si bien la parte conducente de dicho ordenamiento legal fue derogada por la Ley de Aviación Civil de 1995, aunque esta última recogió las disposiciones contenidas en la Ley de Vías Generales de Comunicación, en materia de responsabilidad objetiva.

La insuficiencia legislativa actual y general en materia de responsabilidad patrimonial del Estado es manifiesta, pues para estar en posibilidades de iniciar una acción de responsabilidad extracontractual contra el Estado —que es el supuesto de la responsabilidad como aquí es entendida—, es menester que previamente se logre la identificación del servidor público causante del daño reclamado, la demostración de su culpabilidad directa, así como la

acreditación en juicio de la insolvencia del servidor público respectivo. Sólo agotados todos estos requisitos podría iniciarse una acción de responsabilidad subsidiaria contra el Estado, exclusivamente por hechos o actos ilícitos; en la inteligencia de que a partir de las reformas de 1994 al Código Civil del Distrito Federal, se prevé adicionalmente el supuesto de la responsabilidad solidaria del Estado, cuando ante el hecho o acto ilícito haya habido dolo.

Cabe apuntar que dicha reforma no resuelve completamente el problema, toda vez que son posiciones hoy superadas por la doctrina más actualizada sobre tan importante y trascendente tema para el Derecho Administrativo, ya que la responsabilidad “solidaria” postula que el perjudicado pueda acudir indistintamente en contra del servidor público o del Estado para presentar su reclamo; mientras que bajo un régimen de responsabilidad “directa”, es el Estado el único responsable frente al particular para efectuar el pago de la indemnización correspondiente, sin perjuicio de que posteriormente el Estado pueda exigir en vía de regreso el pago hecho al particular lesionado, en contra del servidor público que sea declarado responsable por falta grave.

En la actualidad, las disposiciones jurídicas que abordan aspectos relacionados con la responsabilidad patrimonial del Estado tienen como criterio rector un enfoque de responsabilidad civil subsidiaria y solidaria —previsto en los códigos civiles—, así como un sistema de responsabilidad administrativa de los servidores públicos previsto en las leyes de responsabilidades de los servidores públicos, que en ciertos casos facilita el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a un particular, mas no constituye un auténtico sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, sino de los servidores públicos. Estos sistemas de responsabilidad no satisfacen las expectativas de una sociedad cada día más exigente y participativa, ya que la naturaleza indirecta y subjetiva de la responsabilidad del Estado como la regula el Derecho Privado, ha demostrado su incapacidad para resolver adecuadamente los problemas de indemnización a que tienen derecho los particulares cuando el Estado les infiere daños y perjuicios, a través de sus órganos representativos, es decir, los servidores públicos.

En efecto, entre las dificultades que la teoría de la culpa ha encontrado respecto de su pretendida aplicación a las acciones u

omisiones ilícitas de la Administración Pública y más precisamente dicho de sus servidores públicos, son las siguientes:

1. La imposibilidad de identificar a los autores materiales tratándose de “daños impersonales o anónimos” —casos cada vez más frecuentes en una Administración compleja y tecnificada— ha dado lugar a que dichas acciones u omisiones queden impunes;

2. La dificultad, para los particulares lesionados, de probar el actuar ilícito de los servidores públicos del Estado, es decir, su culpabilidad, así como acreditar la insolvencia de éstos, lo cual propicia que a los particulares no les quede más remedio que sufrir injustas consecuencias, en lugar de promover las acciones jurídicas correspondientes, que por otra parte son largas y difíciles, o bien ejercer presiones en vía de hecho;

3. La teoría de la culpa no comprende la responsabilidad por la producción de daños como consecuencia del actuar lícito o normal de la Administración Pública, a diferencia de la teoría de la lesión antijurídica que funda la responsabilidad sobre el concepto de patrimonio dañado y pone el acento sobre este término de la relación, y no sobre la conducta dañosa del servidor público, como en la construcción tradicional; de tal suerte que esta nueva concepción permite imputar responsabilidad al Estado, incluso por el funcionamiento normal de la actividad administrativa, habida cuenta de que tal daño ha afectado negativamente el patrimonio del particular, y

4. La teoría de la culpa sólo puede predicarse de personas físicas con voluntad propia y no del Estado.

Por otra parte, el sistema de responsabilidad de los servidores públicos, a partir de las reformas de 1994 a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, no establece más que un aparente sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en el orden jurídico administrativo. En realidad se mejora el sistema de responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, aunque no resuelve con suficiencia el problema, ya que la responsabilidad administrativa del servidor público, aunque se relaciona para efectos de la repetición del Estado en contra del servidor público que haya resultado responsable, es distinta a la responsabilidad patrimonial del Estado propiamente dicha.

En efecto, el sistema establecido en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, únicamente se refiere a la actuación anormal o ilícita de los servidores públicos —no a los daños derivados de actuación lícita—; además, no se establece un verdadero régimen de responsabilidad “directa” del Estado, ya que aun cuando en el artículo 77 bis se establezca la posibilidad de acudir a las dependencias, entidades o a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo para que ellas “directamente” reconozcan la responsabilidad de indemnizar, no se trata de responsabilidad “directa” del Estado, toda vez que para demandar a éste es indispensable que los particulares hayan denunciado los hechos y se haya seguido el procedimiento respectivo en contra del servidor público y que a este último se le haya declarado responsable.

Desde luego, la incertidumbre procedente de un régimen insuficiente, así como la dualidad de sistemas de responsabilidad: uno civil y otro administrativo, constituye un problema de seguridad jurídica que implícitamente ha sido reconocido en el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, al considerar que si bien en los últimos años se han logrado importantes avances en la modernización del marco jurídico, aún se observan rezagos que imposibilitan la plena seguridad jurídica.

En tal virtud, Señores Secretarios de la Cámara de _____, es necesario remontar el grave e injustificado retraso que México tiene en relación con otros países en cuanto al grado de desarrollo en materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Por ello, resulta impostergable incorporar a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, una garantía de integridad patrimonial en favor de los particulares contra la actividad lesiva que sea consecuencia del funcionamiento regular o irregular del Estado, toda vez que esta incorporación constituiría la base para establecer el deber del Estado de indemnizar al particular que haya sufrido una lesión en su patrimonio, lo cual sería a su vez el fundamento expreso para que en los ordenamientos legales secundarios se desarrollen y pormenoricen los mecanismos a partir de los cuales los particulares podrán reclamar la indemnización correspondiente, en contra de aquellas lesiones patrimoniales causadas por la autoridad estatal que no tengan la obligación jurídica de soportar.

Derivado de lo anterior, la iniciativa que el Ejecutivo a mi cargo somete a consideración del Honorable Congreso de la Unión, propone modificar la denominación del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y adicionar un segundo párrafo al artículo 113 de la propia Carta Magna, a fin de incorporar en el texto constitucional dos aspectos fundamentales:

1. El establecimiento expreso de una nueva garantía que proteja la integridad y salvaguarda patrimonial de los individuos respecto de la actividad del Estado, y

2. La obligación correlativa del Estado a la reparación de las lesiones antijurídicas que con su actividad irroge en el patrimonio de todo individuo que goce de dicha garantía.

Estas modificaciones constitucionales permitirían desarrollar más adelante, a través de una ley reglamentaria de la materia, un sistema de responsabilidad directa y objetiva del Estado, en mérito del cual se reconocería la obligación de éste, de resarcir los daños y perjuicios que cause a los particulares, cuando éstos no tengan la obligación jurídica de soportarlos y, al mismo tiempo, impulsar la eficiencia y el control de las actividades estatales en su conjunto.

Esta iniciativa respeta las órbitas de competencia de la Federación y de las entidades federativas, ya que todo aquel que sufra una lesión patrimonial, con motivo de la actividad del Estado, tendrá derecho a ser indemnizado en la forma y términos que lo dispongan las leyes que al efecto expidan el Congreso de la Unión y las legislaturas locales. Es decir, la reforma permitiría que tanto a nivel federal como estatal, se adopten medidas legales que contemplen los lineamientos y requisitos que regularían las características del daño resarcible, los supuestos de imputabilidad al Estado, las bases para la cuantificación del daño, las relaciones de causalidad entre el daño y la actividad del Estado, así como el procedimiento de reclamación para exigir las indemnizaciones resarcitorias provenientes de la responsabilidad patrimonial del Estado, entre otras.

Asimismo, la iniciativa prevé que los tribunales contencioso-administrativos sean los órganos jurisdiccionales a quienes se les otorgaría la facultad de dirimir las controversias o reclamaciones que se presenten con motivo de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito administrativo. Lo anterior, precisamente con la

finalidad de que el procedimiento de responsabilidad patrimonial del Estado —por lo que hace a su actividad administrativa— se establezca bajo una jurisdicción única —la contencioso-administrativa—, con lo cual se evitaría que el discernimiento de competencias se convierta en un “peregrinaje de jurisdicciones” entre la vía civil y la administrativa, para reclamar la indemnización correspondiente en contra del servidor público que haya inferido daños y perjuicios a un particular.

A fin de propiciar la efectividad de estas reformas constitucionales, se propone señalar en el Artículo Segundo Transitorio del presente Decreto, que el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados, antes del año 2000, deberán expedir las correspondientes leyes de responsabilidad patrimonial del Estado, así como realizar las modificaciones legales que sean necesarias para proveer el debido cumplimiento de este Decreto. Lo anterior, en razón de que se estima pertinente conceder un tiempo razonable para integrar de mejor manera los estándares de calidad de los servicios públicos, tal y como ha sido reconocido por el Programa de Modernización de la Administración Pública 1995-2000, así como para que la misma Administración Pública tenga oportunidad de revisar y corregir, en su caso, las deficiencias más pronunciadas que pudiesen identificarse en la prestación de los servicios públicos, en forma previa a la entrada en vigor del instrumento legal respectivo.

La reforma constitucional que se propone, evidentemente, no busca convertir al patrimonio público en una especie de “aseguradora universal”, ni menos aún, entorpecer la actividad de las funciones públicas. Se trata más bien de un mecanismo de distribución de las cargas públicas que busca terminar con la impunidad de las actividades lesivas del Estado que causan daños a particulares que no tengan la obligación jurídica de soportarlos. Además, el objetivo fundamental de las adiciones al texto constitucional que se someten a consideración de esa Soberanía, consiste en avanzar en la consolidación de un Estado responsable, pues un Estado que asume en forma directa las consecuencias de su actuar, es un Estado que merece confianza.

En suma, la incorporación de la institución de responsabilidad patrimonial del Estado, como un instrumento solidario y resarcitorio de las lesiones que se causen a los particulares, tiene las siguientes finalidades: por una parte, la reparación del daño, que tendría un doble efecto: contribuir a robustecer la majestad, respetabilidad y confianza en el Derecho y, al mismo tiempo, en el Estado, lo cual se traduce en la genuina expresión del Estado de Derecho; y por otra parte, la incorporación de este instituto sin duda propiciaría la elevación en la calidad de los servicios públicos.

En virtud de lo anterior, y en ejercicio de la facultad que me confiere la fracción I del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por el digno conducto de ustedes, ciudadanos Secretarios de la Cámara de _____, someto a la consideración del Honorable Congreso de la Unión, la presente iniciativa de...

III. DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Artículo 1o. Se modifica la denominación del Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Título Cuarto

De la responsabilidad patrimonial del Estado y las responsabilidades de los servidores públicos

Artículo 2o. Se adiciona un segundo párrafo al artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 113... Todo aquel que sufra una lesión en sus bienes y derechos, con motivo de la actividad del Estado, tendrá derecho a ser indemnizado en forma proporcional y equitativa, conforme a lo dispuesto por las leyes que al efecto expidan el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados dentro del ámbito de sus respectivas competencias. Las controversias derivadas de la apli-

cación de las leyes correspondientes, serán conocidas por los tribunales contencioso-administrativos, cuando éstas se originen por la actividad administrativa del Estado.

Transitorios

1o. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

2o. El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro del año siguiente a la entrada en vigor del presente Decreto, deberán expedir las correspondientes leyes de responsabilidad patrimonial del Estado, así como realizar las modificaciones legales que sean necesarias para proveer al debido cumplimiento del mismo.

3o. Las leyes que en materia de responsabilidad patrimonial del Estado expidan el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán indicar qué órgano de impartición de justicia será competente para conocer de las controversias derivadas de la aplicación del ordenamiento referido, en caso de que no se hayan instituido los tribunales de lo contencioso-administrativo que señalan los artículos 73, fracción XXIX-H, y 116, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

IV. ANTEPROYECTO DE EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO DE LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Ciudadanos secretarios de la Cámara de Diputados* del Honorable Congreso de la Unión.

Presente

* El anteproyecto de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado contiene disposiciones en materia presupuestaria, específicamente en lo que se refiere a la fijación de la partida que deberá destinarse para cubrir las erogaciones derivadas de responsabilidad patrimonial del Estado, por lo que se considera conveniente presentar esta Iniciativa ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión —en su carácter de Cámara de origen—, ya que de conformidad con la fracción IV del artículo 74 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es facultad exclusiva de dicha Cámara, examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación.

La institución de la responsabilidad patrimonial del Estado constituye uno de los temas más relevantes del Derecho Administrativo, al grado de poderse afirmar que, conjuntamente con el principio de legalidad, conforman los pilares fundamentales de dicha rama del Derecho.

La afirmación anterior, en gran medida encuentra sustento en el principio de que no puede haber “daño sin reparación” a menos de que haya obligación jurídica expresa de soportar ciertos daños. Entre los principios fundamentales que inspiran esta institución se encuentra el de la “solidaridad social”, por virtud del cual se acepta que las cargas que conlleva la convivencia social deben repartirse entre sus integrantes.

Es por ello que, a partir de las bienvenidas reformas realizadas con fecha _____ a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se ha superado la etapa de retraso que imperaba en nuestro país en materia restitutoria del Estado, y se ha optado por el establecimiento expreso de una nueva garantía que protege la integridad y salvaguarda patrimonial de los individuos respecto de la actividad del Estado; se ha establecido el deber del Estado de reparar las lesiones antijurídicas que con su actividad irroga en el patrimonio de todo individuo que goce de dicha garantía, y se ha suprimido la posibilidad de que se entablen demandas del orden civil en contra de los servidores públicos, prevista en el párrafo octavo del artículo 111 de la Constitución federal, ya que de acuerdo a las últimas reformas a la misma, dicha responsabilidad civil quedaría subsumida en la del Estado.

La incorporación del instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado a nuestra Ley Suprema, constituye la base para establecer la obligación del Estado de indemnizar al particular que haya sufrido una lesión en su patrimonio, lo cual es, a su vez, el fundamento expreso para que en los ordenamientos legales secundarios se desarrollen y pormenoricen los mecanismos a partir de los cuales los particulares podrán reclamar la indemnización correspondiente, en contra de aquellas lesiones patrimoniales causadas por la autoridad estatal que no tengan la obligación jurídica de soportar.

Es por ello que resulta conducente e impostergable la expedición de una Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Esta-

do como se propone en la presente iniciativa, a fin de hacer eficaz la instrumentación del instituto resarcitorio —ya introducido como garantía constitucional en nuestra Ley Suprema mediante la adición de un segundo párrafo al artículo 113— y que permita desarrollar un sistema de responsabilidad *general, objetiva, directa y ponderada* del Estado, en mérito del cual se reconozca la obligación de éste, de resarcir los daños y perjuicios que cause a los particulares, cuando éstos no tengan la obligación jurídica de soportarlos y, al mismo tiempo, impulsar la eficiencia y el control de las actividades estatales en su conjunto.

Cabe señalar que la propuesta legal que en este momento se presenta, cuenta con un valioso instrumento gubernamental de carácter administrativo, que es de indudable utilidad para la aplicación práctica del régimen de responsabilidad del Estado que se propone. Se trata del Programa de Modernización de la Administración Pública 1995-2000, el cual establece como objetivos fundamentales el de “Transformar a la Administración Pública Federal en una organización eficaz, eficiente y con una arraigada cultura de servicio para coadyuvar a satisfacer cabalmente las legítimas necesidades de la sociedad”, así como “Combatir la corrupción y la impunidad a través del impulso de acciones preventivas y de promoción, sin menoscabo del ejercicio firme, ágil y efectivo de acciones correctivas.” La relación y complementariedad existe en cuanto a que una de las finalidades de la institución que se pretende incorporar es la elevación de la calidad de los servicios públicos.

Si bien a nivel constitucional contamos ya con una garantía en favor de los particulares a fin de que se les resarzan de los daños causados por el funcionamiento regular o irregular del Estado, actualmente, la situación en México a nivel legislativo respecto de este instituto se encuentra regulada en el Código Civil, el cual se reformó en el año de 1994 para introducir algunas modificaciones menores al otrora artículo 1928, empero, sigue prevaleciendo el sistema de la responsabilidad subsidiaria del Estado. Es decir, no podemos reclamar al Estado directamente sino que se debe demandar primero al servidor público supuestamente responsable y, sólo en el caso de que se individualice la culpa y se acredite la insolvencia del funcionario, podremos entonces reclamarle al Estado la

indemnización por daños y perjuicios. La modificación de 1994 consistió en agregar la "responsabilidad solidaria" del Estado, sólo para los casos de dolo tratándose de actuaciones ilícitas, ya que por ningún motivo, según el Código Civil, se pueden reclamar al Estado los daños que se hayan causado por su actividad lícita.

La otra vía que actualmente existe es la prevista en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que adicionó mediante una reforma en el año de 1994 el artículo 77 bis a dicho ordenamiento. Este dispositivo legal establece en su primer párrafo que cuando en el procedimiento administrativo disciplinario se haya determinado la responsabilidad del servidor público, y que la falta administrativa haya causado daños y perjuicios a particulares, éstos podrán recurrir a las dependencias y entidades o a la Secretaría de Contraloría General de la Federación [hoy la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo] para que ella "directamente" reconozca la responsabilidad de indemnizar la reparación del daño en cantidad líquida y, en consecuencia, ordenar el pago correspondiente.

Sin duda, dicha adición representó un avance, sin embargo, el adverbio "directamente" en dicho precepto, no constituye una responsabilidad de naturaleza directa del Estado como parece sugerir. En efecto, para que nosotros podamos reclamarle al Estado, y para que éste pueda, a través de sus entidades o dependencias, resarcir el daño, debe entablarse primero una reclamación en contra del servidor público que se considere presuntamente responsable. Inmediatamente después, tiene que sustanciarse el procedimiento administrativo disciplinario que prevé el artículo 64 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Si se resuelve que el servidor público fue responsable, entonces sí podrá el particular acudir "directamente" a la dependencia o entidad a la cual esté adscrito el servidor público declarado responsable, para que se determine el pago correspondiente y, luego, pueda el Estado repetir lo pagado en contra del servidor público infractor.

Por lo tanto, no se trata de un verdadero régimen de responsabilidad directa del Estado, ni tampoco de una verdadera responsabilidad objetiva, ya que según ésta, para efectos de indemnización, es indiferente que la actividad del servidor público haya sido lícita o ilícita, situación que no sucede con el régimen previsto en la Ley

Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, toda vez que el supuesto normativo de la indemnización es la acreditación de la falta administrativa o conducta ilícita.

Además, la responsabilidad "solidaria" prevista en la legislación actual, postula que el perjudicado pueda acudir indistintamente en contra del servidor público o del Estado para presentar su reclamo; mientras que bajo un régimen de responsabilidad "directa", es el Estado el único responsable frente al particular para efectuar el pago de la indemnización correspondiente, sin perjuicio de que posteriormente el Estado pueda exigir en vía de regreso el pago hecho al particular lesionado, en contra del servidor público que sea declarado responsable por falta grave.

Por tanto, la adopción de un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva y directa como se propone en la presente iniciativa de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, tiene como principales finalidades:

- a) Cumplir con un imperativo de justicia y fortalecer el Estado de Derecho mexicano;
- b) Elevar la calidad de los servicios públicos, y
- c) Profundizar o restablecer la confianza de los gobernados frente al Estado, así como en la respetabilidad del Derecho como el mejor instrumento de solución de los problemas de la convivencia social.

El sistema que se propone en la presente iniciativa busca menos identificar culpables que reparar la inevitable secuela incidental de daños residuales y una constante creación de riesgos; no consiste tampoco en pagar cualquier daño con cargo al erario público, sino hacer más eficientes los servicios públicos y en general toda la actividad del Estado, como se ha dicho y establecido con éxito en otros países.

En efecto, la evolución de las técnicas de participación administrativa en la vida social y económica del país conlleva el incremento acelerado de riesgos a cargo de los particulares, que ha originado la necesidad de una mayor protección a favor de éstos.

Los daños susceptibles de ser reparados no tienen excepción, es decir, que todo daño, sea de carácter material, personal —sean és-

tos derivados de la muerte de una persona o sean éstos consecuencia de las lesiones corporales—, o incluso moral, deben ser indemnizados, en tanto en cuanto sean evaluables económicamente y provengan de la actividad o función administrativa del Estado expresada en forma de actos y hechos materiales o administrativos. Debe entenderse que la actividad o función de la Administración Pública comprende todos los actos o hechos administrativos que realice.

Cabe aclarar, sin embargo, que si bien en la presente iniciativa se reconoce el derecho a la indemnización por los daños provenientes de la actividad administrativa, no podemos hablar propiamente de responsabilidad patrimonial del Estado sin que dicha obligación se haga igualmente extensiva a los actos legislativos declarados inconstitucionales o cuando los ordenamientos legislativos expresamente prevean la indemnización de lesiones probadas; así como a las actividades relativas a la impartición de justicia, en la inteligencia de que tal obligación se ajustaría a lo dispuesto por las leyes orgánicas y procedimentales aplicables que rigen dichas actividades, tanto en la esfera judicial como en la contenciosa-administrativa.

La responsabilidad proveniente de actos legislativos se presenta cuando el poder legislativo, en tanto que poder del Estado, expide una ley y ésta le ocasiona daños y perjuicios a un particular. En primer término, debe apuntarse que el supuesto natural de la responsabilidad del Estado legislador es el de las leyes o disposiciones legales específicas, conocidas como “leyes autoaplicativas” que, con su sola expedición ocasionan daños y perjuicios a particulares y que son declaradas posteriormente como inconstitucionales. En segundo lugar, se encuentra el caso de leyes que si bien son válidas desde el punto de vista constitucional, y que en principio suponen que la carga o sacrificio impuesto debe soportarse por todo administrado, pueden en ciertos casos generar afectaciones particularmente graves a personas o grupos determinados que por razón de justicia obligan a una reparación especial, habida cuenta de que con tal acto legislativo se genera una desigual gravitación o distribución de cargas públicas, o bien se produce un enriquecimiento sin causa.

Por lo que se refiere a la responsabilidad proveniente de actos jurisdiccionales, nuestro país cuenta con un sistema incompleto de responsabilidad civil de carácter personal para jueces y magistrados que sólo es aplicable para dichos funcionarios judiciales en el Distrito Federal y en las entidades federativas que lo hayan expresamente incorporado a sus respectivas legislaciones adjetivas.

Es preciso, por tanto, establecer un sistema que concilie la necesidad de exigir responsabilidad al Estado juez por los errores que cometa, preservando en todo momento la independencia y autoridad que precisan para cumplir su función.

En términos generales, la iniciativa de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado que aquí se presenta, contempla los lineamientos y requisitos que regularían las características del daño resarcible, los supuestos de imputabilidad al Estado, las bases para la cuantificación del daño, las relaciones de causalidad entre el daño y la actividad del Estado, así como el procedimiento de reclamación para exigir las indemnizaciones resarcitorias provenientes de la responsabilidad patrimonial del Estado, así como los medios de impugnación administrativa y jurisdiccional.

La propuesta de Ley consta de cuarenta artículos permanentes y de tres transitorios, y se encuentra dividida en cinco capítulos.

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

En el primer capítulo se regulan aspectos relacionados con el ámbito de aplicación de la ley; requisitos de los daños y perjuicios que se causen por el Estado para poder ser indemnizados, fijación del monto presupuestal que habrá de destinarse a cubrir las erogaciones por responsabilidad patrimonial del Estado, así como la obligación de indemnizar las lesiones debidamente probadas, no sólo por parte del poder ejecutivo, sino también de los poderes legislativo y judicial.

En el artículo 1º de la iniciativa, se ha optado por reconocer la responsabilidad “directa del Estado”, lo cual implica la posibilidad de que la víctima demande precisamente al Estado, por ser éste el único obligado a cubrir la totalidad de la indemnización,

sin perjuicio del derecho que tenga de repetir en contra del funcionario o funcionarios responsables, siempre que los daños generados hubiesen provenído de falta "grave", como ya se anticipó. Bajo este sistema, para declarar responsable al Estado no es necesario haber determinado previamente en un procedimiento la responsabilidad del servidor público, ni tampoco se requiere acreditar la insolvencia de éste para poder demandar al Estado.

Además, ante la dificultad que se genera para los particulares lesionados —de acuerdo al actual sistema de responsabilidad de los servidores públicos— de probar el actuar ilícito de los mismos, es decir, su culpabilidad, así como acreditar la insolvencia de éstos, en el propio artículo 1º de la presente iniciativa se deja a un lado la tradicional teoría de la culpa, ya que la misma no comprende la responsabilidad por la producción de daños como consecuencia del actuar lícito o normal de la Administración Pública; a diferencia de la responsabilidad de carácter objetivo por la que se opta en este proyecto, que funda la responsabilidad sobre el concepto de patrimonio dañado y pone el acento sobre este término de la relación obligacional, y no sobre la conducta dañosa del servidor público, como en el sistema vigente; de tal suerte que esta nueva concepción permite imputar responsabilidad al Estado, incluso por el funcionamiento regular de la actividad administrativa, habida cuenta de que tal daño ha afectado negativamente el patrimonio del particular sin mediar obligación jurídica de soportarlo.

Por otra parte, si el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresa la voluntad del pueblo mexicano en el sentido de constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de la misma Constitución, es consecuente que en la iniciativa se haya optado porque sean el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, quienes deban expedir las conducentes leyes en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, tal y como se prescribe en la adición que sobre esta materia se efectuó al artículo 113 Constitucional; es por lo anterior que en el artículo 2º de la iniciativa se

ha establecido que sus disposiciones se aplicarán en toda la República en el ámbito federal.

Asimismo, cabe señalar que de acuerdo al propio artículo 2º de la iniciativa de ley, ésta resultaría también aplicable a los actos que realice el Gobierno del Distrito Federal. Lo anterior, debido a que en los términos del vigente artículo 122 constitucional, corresponde al Congreso de la Unión, legislar en lo relativo al Distrito Federal, con excepción de las materias expresamente conferidas a la Asamblea Legislativa, y en el caso específico de la responsabilidad patrimonial del Estado, no se encuentra entre los que reserva el texto constitucional a la instancia legislativa local del Distrito Federal.

A pesar de lo señalado con anterioridad, no debe olvidarse que, de conformidad con el propio artículo 122, base primera, fracción V, inciso b) de la Constitución Política, es facultad de la Asamblea Legislativa la de examinar, discutir y aprobar anualmente el presupuesto de egresos y la ley de ingresos del Distrito Federal; asimismo, que la facultad de iniciativa respecto de la ley de ingresos y el presupuesto de egresos corresponde exclusivamente al jefe de Gobierno del Distrito Federal.

Con base en tales apreciaciones, y habida cuenta que la iniciativa de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, incluye al Distrito Federal dentro del ámbito de aplicación de la misma en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado, con los consabidos efectos presupuestales, se han considerado diversas prevenciones en el sentido de respetar el régimen financiero del Distrito Federal, por constituir una materia cuya regulación corresponde a la Asamblea Legislativa y no al Congreso de la Unión. En tal sentido, el artículo 8º del proyecto legislativo hace una remisión expresa en esta materia al Código Financiero del Distrito Federal.

Además, con motivo de la adhesión de México a la Convención Americana de Derechos Humanos en el año de 1981, nuestro país aceptó la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para conocer de quejas y denuncias por violaciones a los derechos humanos. Asimismo, el 10. de diciembre de 1998, el Senado de la República aprobó la Iniciativa del Titular del Ejecutivo Federal por virtud de la cual se reconoció la jurisdicción obli-

gatoria y de pleno derecho de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, cabe señalar que la propia Convención establece que los fallos vinculativos de la Corte, que ordenen indemnizaciones para reparar lesiones inflingidas por violaciones a los derechos humanos reconocidos en la misma, podrán cumplimentarse de acuerdo a lo establecido en la legislación interna de los Estados-Parte.

En tal virtud, y en ausencia de disposiciones legales precisas en México sobre la materia, resulta recomendable contar con un instrumento legislativo interno que, en armonía con el orden jurídico nacional, prevea mecanismos para la adecuada cumplimentación de los fallos que dicte la Corte Interamericana, así como también, en su caso, de las recomendaciones emitidas por la Comisión, cuando estas últimas hayan sido previamente aceptadas por el Gobierno mexicano. Es por tal motivo que en este mismo artículo 2º, se ha previsto de manera expresa que las disposiciones contenidas en el capítulo II serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar las recomendaciones aceptadas y los fallos que dicten la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respectivamente; en cuanto se refieran al pago de indemnizaciones reparatorias a cargo del Estado mexicano, por concepto de responsabilidad patrimonial de carácter internacional.

Por otra parte, en el artículo 3º de la iniciativa se exceptúan de la obligación de indemnizar por parte del Estado, los casos de fuerza mayor, ya que es fácil reconocer en ésta una causa externa en virtud de la cual no puede existir una relación de causalidad que dé lugar a una obligación de reparación de sus efectos lesivos. Los daños que son producto de un acontecimiento exterior irresistible —previsible o no— no pueden ser imputados a la Administración, ya que los daños que pueda causar no son consecuencia de su actuar administrativo, sino que le son ajenos, y en ese sentido debe soportarlos el particular. Aquí el punto es que, de acuerdo con el artículo 26 de la iniciativa, a diferencia de otro tipo de casualidades, incluidas las causas externas que debe probar el particular cuyo patrimonio haya sufrido una lesión antijurídica, en el caso de un reclamo a la Administración corresponderá a ésta probar la existencia de la fuerza mayor, a fin de desvirtuar el vínculo

causal que el particular intente acreditar como causante del daño supuestamente resarcible.

En el artículo 4º de la propuesta se establecen los requisitos de los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada. La nota de "real" supone que se trata de un daño cierto y no simplemente posible o contingente; actual y no eventual, aunque también futuro, siempre que con certeza se sepa que ocurrirá el daño, además de ser concreto. Asimismo, por razones atinentes a la necesaria individualización del daño en una persona o grupo de ellas, así como por razones de índole económica, no sería posible reparar por parte del Estado los reclamos resarcitorios de toda una población, como tampoco atender cualquier reclamo cuando se trate de montos simbólicos por su baja cuantía. Por fuerza, el daño sufrido debe referirse exclusivamente a una persona o a un grupo de personas y no a todos los administrados, ya que de lo contrario, se trataría de una auténtica carga pública que debiera soportarse sin reparación.

Uno de los cuestionamientos que han surgido respecto de la aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus consecuencias económicas para el mismo, es el concerniente al problema financiero que su incorporación y puesta en práctica conllevaría. Si bien no existe una estadística seria y confiable al respecto en otros países, lo que sí consta es que la implantación del sistema ha generado un mayor cuidado en la prestación de los servicios públicos, habida cuenta que se tiene mayor conciencia que los errores voluntarios o involuntarios que ocasionan daños y perjuicios a los particulares tienen un costo que debe pagarse, sin menoscabo de que en muchos casos se han generado repeticiones de lo pagado por el Estado respecto de servidores públicos que, después de un procedimiento de responsabilidad determinada, se les ha acreditado infracción grave.

No obstante lo anterior, a fin de establecer medidas que atenúen los eventuales efectos económicos de la incorporación de la institución en México, en la iniciativa se ha previsto en los artículos 5º y 6º que el monto presupuestal total que se pueda destinar a este fin, guarde relación proporcional con el crecimiento o decrecimiento económico del país. De esta forma, se evitaría que en un momento dado ante una crisis de carácter económico, las conse-

cuencias financieras de la responsabilidad patrimonial del Estado afectaran desproporcionadamente al presupuesto federal —y local del Distrito Federal—, comprometiendo otros rubros de vital importancia para el desarrollo nacional.

Esta iniciativa establece un dispositivo en virtud del cual se faculta a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a incluir en el presupuesto del gasto público federal un porcentaje del mismo para destinarlo al concepto de “responsabilidad patrimonial”, de acuerdo a lo que actualmente prevé el encabezado del artículo 2º de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, reformado el 21 de diciembre de 1993 y que entró en vigor el primero de febrero de 1994. Lo anterior, en el entendido de que dicha facultad resultaría igualmente aplicable al régimen del Distrito Federal.

Asimismo, se dispone en el artículo 6o. que el porcentaje destinado al concepto de responsabilidad patrimonial deberá ajustarse anualmente en proporción a la variación que registre el Presupuesto de Egresos de la Federación, de tal suerte que su monto se eleve o disminuya de acuerdo al comportamiento de la economía en su conjunto, como se ha dicho; y de acuerdo al artículo 7o. de la iniciativa, en el caso de la Administración Pública Federal, las dependencias o entidades que la integren deberán establecer en sus respectivos presupuestos un porcentaje similar al prefijado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público —dentro del Presupuesto de Egresos de la Federación— para atender los reclamos por concepto de responsabilidad patrimonial que se le podrían presentar; en la inteligencia de que si por la naturaleza de las actividades que desempeña alguna determinada dependencia o entidad no fuese especialmente generadora de daños y perjuicios, podría disminuir el porcentaje general y efectuar el traspaso de los montos presupuestales asignados a otra dependencia o entidad de la Administración Pública, previa autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo.

Con estas medidas se establece, en primer lugar, un tope económico máximo que pueda ser objeto de responsabilidad patrimonial y, en segundo lugar, el monto presupuestal destinado a tal fin se movería, como regla general, en forma sincrónica a la economía,

conjurando así uno de sus principales problemas de instrumentación; en el entendido de que también se prevé, como excepción, la posibilidad de que exista una propuesta de modificación presupuestal diferente a la regla general antes prevista, cuando tal medida se justifique plenamente.

A lo dicho, cabría agregar algunos otros aspectos que complementarían las prevenciones enunciadas en el párrafo anterior:

- a) Con el propósito de que la presentación y atención de reclamos por concepto de responsabilidad patrimonial del Estado se lleve a cabo con debido orden y sin dar preferencia a unos sobre otros, la iniciativa propone en el artículo 19 que cada dependencia o entidad lleve un registro de indemnizaciones debidas por concepto de responsabilidad patrimonial, en el cual queden registradas las resoluciones o sentencias definitivas de carácter condenatorio, de manera tal que la atención e indemnización de las mismas, cuando así proceda, se realice según el orden de emisión que señale dicho registro. Por razones de transparencia, se prevé que este registro pueda ser motivo de consulta pública.
- b) Cuando las reparaciones debidas en una o varias reclamaciones excedan el monto máximo presupuestal destinado al concepto de responsabilidad patrimonial en un año determinado, de acuerdo al artículo 9º de la iniciativa, éstas deberán registrarse como las primeras para el ejercicio presupuestal inmediatamente siguiente, independientemente de la generación de intereses por demora.
- c) Además, como se detallará más adelante, de acuerdo con la presente iniciativa las partes, a través de la celebración de convenios, pueden resolver las controversias derivadas de la irrogación de daños en el patrimonio de los particulares con motivo de la actividad del Estado, bajo la supervisión de la contraloría interna o del órgano de vigilancia correspondiente. Esta alternativa podría representar algunas ventajas para las partes involucradas, especialmente en materia de ahorro de tiempo y eventualmente de carácter financiero.
- d) Por otra parte, en la iniciativa se incorpora la figura del denominado “seguro de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”, de tal suerte que el monto de la reparación

debida, en casos especialmente riesgosos, podría cubrirse con los recursos de la suma asegurada, gravitando desde el punto de vista económico, en forma menos significativa sobre el gasto público.

- e) Asimismo, con relación al monto de las indemnizaciones que el Estado debe cubrir por concepto de daño moral, se ha estimado conveniente fijar un tope a las indemnizaciones que deba pagar el Estado con motivo de los daños morales que pueda causar; por lo que en la presente iniciativa se ha fijado un máximo de 20,000 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, como tope máximo por cada reclamante para recibir la indemnización que el Estado resulte obligado a pagar con motivo de la irrogación de daños morales.

Con las medidas apuntadas podrían resolverse las principales objeciones de carácter económico que normalmente se arguyen cuando se analiza la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Finalmente, la característica de generalidad de la responsabilidad que se establece en la presente iniciativa, se explica en la pretensión de comprender toda la actividad o funcionamiento del Estado —si bien preponderantemente la actividad administrativa del mismo—, a fin de no excluir de dicho régimen actividad alguna. Sin embargo, la propuesta legislativa reconoce la existencia de leyes administrativas que regulan en forma especial la responsabilidad patrimonial del Estado en determinadas áreas de su actividad. En consideración a tales casos, la iniciativa, en su artículo 11 respeta los regímenes especiales de responsabilidad patrimonial del Estado contenidos en diversas leyes administrativas. En efecto, existen diversos ordenamientos legales que prevén algunos supuestos de responsabilidad objetiva o por riesgo creado, tales como la Ley de Responsabilidad Civil por Daños Nucleares, la Ley Aduanera —con relación al extravío de bienes depositados en recintos fiscales—, así como la Ley de Aviación Civil de 1995, entre otros. Por su especialidad, se ha considerado conveniente preservarlas, en el entendido de que la presente iniciativa de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado tendría una aplicación supletoria respecto de dichos ordenamientos legales.

CAPÍTULO II DE LAS INDEMNIZACIONES

La teoría de la lesión antijurídica en la que se basa la concepción dogmática de la presente iniciativa de Ley, funda la responsabilidad sobre el concepto de patrimonio dañado y pone el acento sobre este término de la relación, y no sobre la conducta dañosa del servidor público, como en el sistema tradicional. La consecuencia de este enfoque reviste una gran importancia, toda vez que modifica una concepción muy arraigada en el orden jurídico general: la indemnización tiene para el Estado una función menos sancionadora que reparadora.

En congruencia con las recientes reformas constitucionales al artículo 113, en las cuales se incorpora el instituto de la responsabilidad del Estado como un instrumento solidario y resarcitorio, y establece la obligación del Estado a la reparación de las lesiones antijurídicas que con su actividad irroge en el patrimonio de todo individuo que goce de dicha garantía, la presente iniciativa integra un capítulo denominado “De las indemnizaciones”, en el cual se reconoce la función primordialmente reparadora de los daños causados a los particulares que no tengan la obligación jurídica de soportarlos. Se trata de un régimen que no busca identificar culpables sino restituir o restablecer al particular afectado en su patrimonio, mediante el pago de una indemnización.

El objeto de la relación obligacional surgida de la responsabilidad extracontractual, se expresa en una conducta exigible por el acreedor al deudor. Esta exigencia, objeto de la obligación, consiste en la reparación del daño. Quien la reclama por tener derecho a ella es un particular llamado sujeto activo, y quien debe tal reparación es el Estado o sujeto pasivo de la relación obligacional.

De acuerdo con la adición constitucional antes mencionada en lo referente a que “el que sufra una lesión en sus bienes y derechos, con motivo de la actividad del Estado, tendrá derecho a ser indemnizado en forma *proporcional y equitativa*”, el criterio que la presente iniciativa ha incluido, concretamente en los artículos 13 y 15, es el denominado *de ponderación*, con lo cual se busca equilibrar o cuando menos favorecer el equilibrio respecto del

pago de indemnizaciones a los particulares que hayan sido afectados en su patrimonio.

La finalidad del criterio de ponderación es honrar el principio de solidaridad social que anima a la propia institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, en razón de que no es igual el impacto negativo a un patrimonio personal abundante que a uno exiguo, ya que la afectación proporcional en el primer caso es menor que en el segundo. Lo anterior, no significaría en forma alguna que la existencia de un patrimonio mediano o alto no deba ser por sí mismo objeto de restitución integral como consecuencia de su afectación antijurídica imputable al Estado. Significa, más bien, que se considera que habiendo restricciones presupuestales generales, es preferible concentrar las indemnizaciones más completas —reparación de daño material emergente, lucro cesante, daño moral e intereses por mora— para quienes menores ingresos tienen; en concreto, respecto de quienes sus ingresos son menores a cuatro salarios mínimos. En cambio, quienes demuestren —o se les demuestre— ingresos mayores a cuatro salarios mínimos, se le repararía el daño emergente y moral, así como intereses moratorias después de un tiempo mayor que el fijado para el primer grupo.

Como se puede advertir, la iniciativa ha optado porque a una persona que tiene una posición económicamente desahogada y goza de un nivel profesional y laboral elevado, se le pague una indemnización “equitativa” por los daños que se le causen, a diferencia de la indemnización “integral” que se le pagaría a una persona que no posee iguales ventajas.

A primera vista pudiera pensarse que esta propuesta conculca el principio de igualdad. Sin embargo, para que opere realmente esta garantía y se pueda invocar su violación por una disposición legal que conceda un tratamiento más favorable a quienes menos tienen, tendría que acreditar el quejoso respectivo que él está situado exactamente en idéntica circunstancia respecto de aquél o aquellos que reciben una indemnización mayor. Es decir, bajo la garantía de igualdad se debe “dar igual trato a los iguales y desigual trato a los que son desiguales”. Con base en lo anterior, la propuesta que en esta iniciativa se incluye, relativa al otorgamiento de indemnizaciones “integrales” y “equitativas” resulta conforme con

el principio de igualdad, en cuanto a que se estaría dando igual tratamiento a quienes se encuentren en idénticas circunstancias.

Los artículos 14 y 16 de la iniciativa se refieren al *quantum* de la indemnización y, en forma más específica, a la determinación de la indemnización y su actualización. Por lo que hace a la cuantía, debemos decir que será aquella que resulte de las valoraciones aceptadas en otras leyes para reconocer el valor de los daños efectivamente producidos, según sea su naturaleza. De aquí que se juzgó preferible no establecer en un proyecto legal que incorpore la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, las reglas sobre avalúo y actualización de valores, sino remitir a otros ordenamientos que precisan la forma conforme a la cual deben valuarse las cosas, como son las disposiciones legales en materia de expropiación o las de carácter fiscal.

En cuanto al punto relacionado con el momento de la valoración del perjuicio, la más elemental experiencia nos dicta que las cosas no valen lo mismo cuando se producen los daños que cuando se pagan las indemnizaciones por los daños causados, ya que el tiempo entre un evento y otro es —las más de las veces— largo, pudiendo sobrepasar en ocasiones varios años. Lo anterior se vuelve aún más delicado en épocas de inflación aguda, ya que en poco tiempo las mismas cosas varían sus valores en forma vertiginosa.

Es por ello que en la iniciativa de ley se ha establecido que a la cantidad indemnizatoria deberán sumarse los intereses devengados hasta la fecha de pago, a fin de ser congruentes con el principio de indemnización integral propio de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado. En otras palabras, sea la autoridad administrativa, sea la autoridad jurisdiccional, deben efectuar la actualización de los valores, después de transcurridos los plazos que dispongan nuestras leyes para efectuar el pago.

La indemnización preferente debe ser la “dineraria”, sin embargo, se prevé que, previo acuerdo con el sujeto activo de la reclamación, pueda ésta ser sustituida por una indemnización *in natura*, es decir, en especie, tal y como se prevé en el artículo 12 de la iniciativa. En el artículo 15 de la misma se establece la forma de calcular los montos de las indemnizaciones, según si se trata de daños personales o muerte, o bien si se está frente a un daño moral.

Por lo que hace a la reparación de daños personales relativos a lesiones físicas, incluida la muerte del particular por causa de un hecho imputado al Estado, la iniciativa remite a los ordenamientos legales vigentes que establecen la forma como deben calcularse, para efectos indemnizatorios, los efectos lesivos de las lesiones personales respectivas.

Estas medidas resarcitorias se tornan mucho más urgentes cuando el sujeto activo reclamante cuenta con ingresos por debajo de cuatro salarios mínimos. Son a estos grupos de personas para quienes se han establecido fórmulas más equitativas, con el propósito de atemperar los efectos lesivos que se les irroguen, porque son estos estratos socio-económicos quienes proporcionalmente más sufren las consecuencias patrimoniales lesionantes.

Como ya se adelantó en páginas anteriores en relación al tope máximo de las indemnizaciones que deba pagar el Estado con motivo de los daños morales que cause, cabe agregar que dicha cifra se ha establecido en la presente iniciativa tomando en consideración que el artículo 1916 del Código Civil prevé que el monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta diversos criterios, dentro de los cuales menciona la situación económica del responsable.

Sin embargo, si el sujeto pasivo o responsable de la relación jurídica fuese el Estado, para el juzgador resultaría sumamente difícil determinar la situación económica de un ente complejo como es éste, por lo que cuando el Estado resultara responsable patrimonialmente por daño moral, sería inequitativo aplicarle el criterio señalado en el Código Civil a efecto de fijar el monto de la indemnización que deba cubrir, ya que tomando en cuenta la dificultad que existe para determinar su capacidad económica y ante la circunstancia de que el Estado se presume siempre solvente, la víctima podría aprovechar esta situación para reclamar el pago de indemnizaciones excesivas a cargo del Estado.

Nuestro orden jurídico reconoce las consecuencias lesivas de la falta de actualización de valores, así como la necesidad de pagar intereses moratorios además de los legales, de acuerdo al artículo 21 del Código Fiscal, mismos —los intereses— que serán equivalentes a los llamados “recargos por mora”, lo cual da base para proponer en el artículo 17 de la presente iniciativa, que los intere-

ses de demora que se pudieran generar por el retraso en la ejecución de la indemnización fijada por la autoridad administrativa o jurisdiccional, según sea el caso, deberán empezar a correr una vez transcurridos quince días después de que quede firme la resolución que ponga fin al procedimiento reclamatorio en forma definitiva, para quienes tengan derecho a la reparación integral, y se da a la autoridad un plazo de 180 días para quienes tengan derecho a la reparación por equidad. De esta manera, se concede un plazo razonable a la autoridad, con el fin de que realice los trámites internos para efectuar el pago debido y, además, se guarda congruencia con las disposiciones fiscales vigentes.

Finalmente, como ya se adelantó, en el artículo 18 de la iniciativa se incorpora la figura del denominado “seguro de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”. Su importancia salta a la vista si pensamos que pueden identificarse una gran cantidad de eventos que en la actividad o funcionamiento administrativo —por acción u omisión— pueden ocasionarse y ser imputados al Estado para su reparación o indemnización procedente. Así, de mediar algún seguro de responsabilidad civil, contratado previamente por la Administración Pública, el monto de la reparación debida podría cubrirse con los recursos de la suma asegurada, gravitando desde el punto de vista económico, en forma menos significativa sobre el gasto público.

CAPÍTULO III DEL PROCEDIMIENTO

El primer aspecto que habría que señalar es que, siguiendo los principios de economía, celeridad, eficacia, publicidad y buena fe, entre otros, que expresamente recoge la Ley Federal de Procedimiento Administrativo en su artículo 13, resulta consecuente prescribir que las reclamaciones podrán iniciarse de oficio o a petición de la parte interesada.

Es por lo anterior que se prevé que la Administración esté facultada para iniciar, ante sí misma, un procedimiento de reclamación por responsabilidad patrimonial, sin esperar a que la víctima de las lesiones patrimoniales antijurídicas lo haga, sin perjuicio,

ciertamente, de que también sea el interesado quien lo impulse por iniciativa propia.

Conforme también a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, pero especialmente a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, en la iniciativa, concretamente en el artículo 21, se ha estimado conveniente que las reclamaciones deban presentarse indistintamente ante la dependencia o entidad presuntamente responsable o ante la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo. Esta última posibilidad se basa en el hecho de que existiría la idea, a veces infundada, de que las dependencias o entidades ante quienes se pueda presentar la reclamación, sistemáticamente negarían las pretensiones que se les solicitaran en protección de sus propios servidores públicos; y que en cambio, teniendo la posibilidad de presentar la reclamación ante autoridad administrativa distinta a aquella de donde haya surgido el acto jurídico o hecho material lesionante, habría mejores posibilidades de tener éxito en cuanto a obtener satisfacción por el reclamo.

Lo fundamental, pues, es que el administrado cuente con la alternativa para optar ante quién presentar su reclamación, aunque habría una excepción. Ésta consiste en que si el reclamo es consecuencia de una lesión indemnizable por la actividad de la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, la reclamación tendría que iniciarse y recibirse únicamente ante y por ella misma; si bien contra su resolución sí habría la opción de elegir entre la vía administrativa —recurso de revisión— o la vía jurisdiccional.

Por otra parte, en el artículo 22 de la iniciativa, se establece la posibilidad de que las reclamaciones de indemnización por responsabilidad de la Administración Pública Federal que se presenten ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos o ante la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, sean turnadas a las dependencias o entidades presuntamente responsables para que ellas realicen la valoración que se indica en esta iniciativa, e incluso, para que en su caso, posteriormente, se resuelva por los tribunales contencioso-administrativos, independientemente de la aceptación de la “recomendación” correspondiente que las Comisiones produzcan.

Además, en tanto que uno de los propósitos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo es el de evitar la multiplicidad de procedimientos que se hallan regulados en muy diversas leyes y reglamentos administrativos, la iniciativa de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado remite a ella en el artículo 23, en todo aquello que no esté particularmente previsto por la ley propuesta para regular la materia de responsabilidad patrimonial del Estado. Esta situación se confirma por el hecho de haberla incluido entre las leyes que le son supletorias en su aplicación. Por lo que hace al procedimiento que debe seguirse en caso de optar por la vía jurisdiccional, sea antes de presentar el recurso administrativo de revisión, o bien posteriormente, una vez resuelto éste en contra de las pretensiones del interesado reclamante, la iniciativa establece que dicho procedimiento jurisdiccional deberá ajustarse al que regula el Código Fiscal de la Federación.

Por lo que se refiere a la acreditación de la lesión patrimonial que sea consecuencia de la actividad administrativa, se puede afirmar que la identificación de la causa productora del daño se logra a través de un proceso lógico en virtud del cual se busca aislar de las cadenas causales propias de gran parte de los resultados dañosos, a aquellos hechos que hayan podido contribuir directamente a su producción y, al propio tiempo, determinar la capacidad o poder lesivo que tales hechos seleccionados puedan tener para producir el daño.

Este proceso deductivo consiste en eliminar aquellos hechos que, con toda evidencia, no hayan tenido ningún poder determinante en la producción del daño final, quedando, pues, incluido dentro del concepto todos los demás hechos concurrentes, a cargo de sus respectivos autores; de tal suerte que una posición demasiado flexible e imprecisa de la causalidad traería consecuencias altamente negativas para las finanzas del país, a la vez que situaciones cualitativa y cuantitativamente injustas a los particulares si se adopta un criterio rígido o intransigente que no deje a la autoridad administrativa o al juzgador más remedio que desestimar prácticamente cualquier reclamo.

A fin de resolver muchas de las dificultades que a lo largo de la vida de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado se han presentado en otros países, es necesario proponer una

redacción legal que las evite, previendo cuando menos los principales supuestos en que pudiera incurrir la demostración de la relación de causalidad. Por lo anteriormente expuesto, se ha incluido en el artículo 25 del proyecto legislativo un precepto que señala los criterios a que deberá ajustarse el reclamante para acreditar la existencia de la relación de causalidad entre la lesión patrimonial y la actividad administrativa. Además, en los artículos 26, 27 y 28 de la iniciativa, se prevén aspectos de carácter procedimental, relativos a la carga de la prueba, contenido de las sentencias o resoluciones que se dicten con motivo de los reclamos en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, así como impugnación de dichas resoluciones mediante el recurso de revisión.

El plazo de prescripción que se ha adoptado en el artículo 29 de la iniciativa de ley, si bien difiere del establecido por el Código Civil para la responsabilidad civil proveniente de actos ilícitos que no constituyen delitos, que es de dos años y corre desde el día en que se verificaron los actos, según lo dispone el artículo 1161, fracción V y el 1934 del mismo, coincide con el plazo de un año establecido recientemente por esa Soberanía para los casos en que se haya determinado responsabilidad del servidor público mediante el procedimiento administrativo disciplinario cuando la falta administrativa haya causado daños y perjuicios, según lo dispone el artículo 78, fracción III de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Aunado a lo anterior, se debe agregar que en razón de que además de poderse presentar lesiones que producen efectos lesivos en un momento específico y cesar de inmediato sus secuelas nocivas, hay otros en que sus efectos lesivos pueden prolongarse en el tiempo, se ha considerado que la prescripción debe comprender ambas hipótesis, de manera tal que en el primer supuesto, el plazo de prescripción de un año se computará a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido la lesión patrimonial; en cambio, en el segundo supuesto, es decir, en los casos que existan efectos de carácter continuo, el cómputo del plazo de prescripción de un año se computará a partir del día siguiente a aquél en que hubiesen cesado los efectos lesivos respectivos, lo que es más razonable.

En materia de prescripción, especial mención merecen los casos de daños personales en los cuales se produzcan lesiones de carácter físico o psíquico a las personas; en estos supuestos, el cómputo del plazo de un año para exigir la indemnización correspondiente, deberá iniciarse a partir de la curación de la víctima, o en su defecto, cuando sea médicamente posible determinar el alcance de sus secuelas. Lo anterior, permite implícitamente extender el plazo para poder reclamar la indemnización debida, lo cual resulta plenamente justificado, máxime que pueden haber casos en los cuales aparentemente no se presentaron daños personales a partir de una rápida y superficial revisión física, mas sin embargo, éstos se manifiestan pasado algún tiempo. Lo propio podría decirse, incluso con mayor razón, en el caso del daño psíquico de una víctima. Para ambos supuestos de daños físicos o psíquicos, se estimó más justo prever la posibilidad de iniciar el cómputo del plazo de la prescripción a partir de la determinación del alcance de las secuelas, cuando ello sea factible, a fin de no prolongar innecesariamente el plazo señalado.

Además, se prevé una hipótesis normativa que deriva de una disposición previa que establece que "la nulidad o anulabilidad de actos administrativos por la vía administrativa o por la vía jurisdiccional contenciosa-administrativa, no presupone por sí misma derecho a la indemnización" contenida en el artículo 24 de la iniciativa. En efecto, sabemos que no todo acto administrativo, por el solo hecho de ser anulable por razones de fondo o de forma, genera daños y perjuicios. De manera tal que, cabe la posibilidad de que en forma posterior a la resolución administrativa o sentencia que tenga el carácter de definitiva o firme, pueda presentarse una reclamación por daños y perjuicios por considerar un particular que se le han causado lesiones patrimoniales antijurídicas.

Si existe esta posibilidad, justo es que en materia de prescripción se prevea tal situación, ya que de otra manera, muy probablemente sucedería que cuando el particular quisiera intentar la reclamación de daños y perjuicios, después de un procedimiento o juicio de nulidad de un acto administrativo, se hallara con la eventualidad de que su acción estuviera prescrita. Para evitar esta contingencia, es pertinente prever que en tales casos el plazo de

prescripción general de un año se empieza a computar cuando exista resolución administrativa o jurisdiccional definitiva.

Finalmente, como ya se adelantó en páginas anteriores, en el artículo 30 de la iniciativa se establece la posibilidad de que las partes, por vía convencional, puedan resolver la controversia derivada de la irrogación de daños en el patrimonio de los particulares, vulnerando con ello la garantía de integridad patrimonial. En efecto, el señalamiento de esta posibilidad convencional entre las partes involucradas en reclamo de responsabilidad patrimonial, en el texto de la iniciativa de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, es una vía alterna de solución. Es lógico esperar que si las partes —reclamante y reclamado— interesadas en solucionar una reclamación determinada logran ponerse de acuerdo en los montos indemnizatorios y en la forma de pago respectivo, no se encuentra objeción para que así sea. Básicamente estos convenios deberán ser de terminación de la controversia que se haya planteado a raíz de un particular reclamo patrimonial, tras haberse puesto las partes de acuerdo en dos puntos fundamentales: la cuantía de la indemnización solicitada y la forma de pago. Estos convenios podrían celebrarse en cualquier momento a partir de la presentación formal del reclamo, incluso, después de resuelto administrativa o jurisdiccionalmente el asunto de que se trate; si bien en estos últimos supuestos lo único que sería objeto de acuerdo es la forma de pago, toda vez que el *quantum* debido ya estaría fijado por las autoridades.

Como ya se mencionó, esta posibilidad, absolutamente voluntaria, podría representar algunas ventajas para las partes involucradas, especialmente en materia de ahorro de tiempo y eventualmente de carácter financiero. Precisamente por mediar aspectos de tipo económico, se ha pensado en la conveniencia de que fuesen las contralorías u órganos de control interno, según sea el caso, las que validaran tales convenios de terminación de reclamos, a fin de que tanto hacia dentro como hacia afuera de la Administración Pública no se suscitaran dudas en cuanto a la honorabilidad de esta clase de acuerdos negociados de terminación de reclamos indemnizatorios por responsabilidad patrimonial, que no podrían ser tales si no se hubiera acreditado previamente con suficiencia y rigor técnico legal, la existencia efectiva de las lesiones patrimoniales, su

antijuridicidad, así como la procedencia causal de un servicio público o una actividad de la Administración Pública.

CAPÍTULO IV DE LA CONCURRENCIA

En el presente capítulo se establecen los criterios de imputación que deberán tomar en cuenta las autoridades administrativas o jurisdiccionales para repartir o distribuir la carga indemnizatoria que representa la reparación de la lesión patrimonial inferida a un particular o grupo de particulares, por parte de los coautores del mismo, en los casos de concurrencia en la producción del daño.

La concurrencia de agentes o coautoría puede presentar diversas modalidades. En efecto, ésta puede presentarse entre la Administración Pública y la víctima, como lo previene el artículo 32 de la presente iniciativa; entre la Administración y un tercero particular; entre la Administración, la víctima y un tercero particular y entre dos o más entidades de la propia Administración; además, dicha concurrencia podría presentarse entre una dependencia y algún organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio o también entre dos entidades paraestatales con personalidad jurídica y patrimonio propio, o cualquier otra variación posible de acuerdo a la organización administrativa vigente, incluidas diferentes combinaciones en cuanto a niveles de gobierno a que se encuentren adscritas tales entidades.

La presente iniciativa ha establecido el criterio de la “solidaridad”, como la solución más adecuada para resolver los problemas de concurrencia, mas no sin algunas restricciones y matizaciones. Al respecto, en el artículo 31 de la iniciativa se ha establecido que la regla debe ser la distribución proporcional entre todos los causantes de la lesión patrimonial reclamada, de acuerdo a su respectiva participación. Y la excepción, la solidaridad entre los cocausantes, sólo para los casos en que no sea posible identificar indubitablemente la exacta participación de cada uno de los causantes concurrentes en la lesión patrimonial producida, según prescribe el artículo 33 de la presente iniciativa.

Es preciso hacer mención a los criterios de imputación que pueden contribuir en auxilio de las autoridades administrativas y jurisdiccionales que deban resolver sobre la distribución proporcional de la indemnización debida entre todos los causantes de la lesión patrimonial reclamada, a fin de identificar a la entidad o entidades que resulten total o mayormente obligadas a responder de los hechos o actos lesionantes frente al particular reclamante. En efecto, es necesario reconocer que en la diaria actividad de la Administración Pública, no es siempre igual el nivel de decisión entre una y otra entidad pública, los grados de subordinación o dependencia difieren entre sí, las tareas de vigilancia entre unas y otras entidades públicas no siempre se encuentran claramente delimitadas, y los servicios públicos se concesionan bajo diversas modalidades.

Lo anterior supone que quien tenga la facultad de resolver sobre qué patrimonio debe radicarse la obligación resarcitoria del Estado, debe analizar dichas u otras circunstancias para que su resolución o sentencia efectivamente imponga la obligación respectiva de pago sobre la entidad o entidades que efectivamente tengan mayor injerencia en el resultado dañoso acaecido. Por otra parte, cabe señalar que la aplicación de los criterios de imputación referidos no relevan a la autoridad administrativa o jurisdiccional de realizar las valoraciones conducentes para efectuar las graduaciones correspondientes a cada caso concreto.

Ahora bien, volviendo al punto de la solidaridad entre los obligados concurrentes, esta iniciativa se ha considerado como una solución útil, aunque referida a la que debe crearse entre los co-causantes cuando no sea posible identificar su exacta participación en la producción patrimonial reclamada, en cuyo caso el particular lesionado podrá requerir a cualquiera de los coautores del daño resarcible la totalidad del pago indemnizatorio. Además de la palmaria ventaja que representaría para la víctima esta fórmula, existe otra razón adicional, consistente en que por mérito de la propia solidaridad obligacional, al no ser posible la identificación precisa de las respectivas cuantías que deban pagar los diversos coautores de las lesiones reclamadas, el monto total debido se pueda dividir en tantas partes iguales como deudores solidarios haya, con lo cual quien hubiese pagado la totalidad del monto indemnizatorio podrá exigir de los otros codeudores la parte que en

la deuda les corresponda. Mediante esta propuesta, fundados en el hecho de que “los deudores solidarios están obligados entre sí por partes iguales”, como lo dispone el artículo 1999 del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, la entidad pública que le corresponda pagar la totalidad de la indemnización reclamada no tendrá que sufrir por sí sola toda la carga indemnizatoria; y por otra parte, en forma alguna se desprotege al particular reclamante; antes al contrario, podrá contar con diversos patrimonios ante los cuales requerir la totalidad o parte de la indemnización resarcitoria

Por otra parte, en la presente iniciativa de Ley se ha considerado conveniente establecer en el artículo 35 que los casos de concurrencia causal correspondiente a dos o varias entidades públicas, deban ser conocidos por la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, oyendo, por su impacto financiero, la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, habida cuenta que resultaría indeseable que fuese una entidad cocausante de un daño resarcible quien determinara el porcentaje de participación de otras entidades públicas, y lo que es aún más cuestionable, el porcentaje de participación causal, y por ende indemnizatorio, de sí misma frente a las demás. Derivado de lo anterior, se ha considerado que con la intervención de las dependencias del Ejecutivo Federal arriba mencionadas, se reduciría en mucho el riesgo de imparcialidad.

Asimismo, en el artículo 34 de la presente iniciativa, se ha introducido la figura de la “subsidiariedad”, la cual resulta útil y conveniente para resolver ciertos casos de responsabilidad concurrente, particularmente aquellos concernientes a la participación de concesionarios de servicios públicos que con su actuar —o no actuar— generan lesiones patrimoniales resarcibles. Esta propuesta rompe con las ideas extremas que señalan que la Administración Pública es la que debe resarcir en todos los casos los daños producidos por los concesionarios, por una parte; y por la otra, que sean los concesionarios en todos los casos también los que deban responder directamente por los daños ocasionados. Ante estas posiciones extremas, en esta iniciativa se ha estimado que la responsabilidad subsidiaria del Estado respecto de las lesiones ocasionadas por los concesionarios es la adecuada; tanto más, si se toma en

cuenta la protección que significa para los particulares lesionados, ya que quedarían protegidos ante una posible insolvencia del concesionario lesionante, sin que por otro lado, gravite excesivamente sobre el patrimonio público.

CAPÍTULO V DEL DERECHO DEL ESTADO DE REPETIR CONTRA LOS SERVIDORES PÚBLICOS

La materia que constituye el objeto de regulación de la presente iniciativa de Ley es precisamente la responsabilidad patrimonial del Estado y no de los servidores públicos, sin embargo, es innegable su estrecha vinculación, particularmente tratándose del derecho que el Estado tiene para repetir contra los servidores públicos que con su acción u omisión hayan ocasionado daños y perjuicios que, en un régimen de responsabilidad directa y objetiva del Estado, se le imputen a éste por los particulares lesionados patrimonialmente.

Bajo el régimen de responsabilidad directa del Estado integrado en la presente iniciativa, los particulares verían mejor protegido su patrimonio ante la posible insolvencia del servidor público, evitándose además las previsibles dilaciones en cuanto a la reparación de las lesiones patrimoniales sufridas. De ninguna manera un régimen de responsabilidad patrimonial como el que se somete a la consideración de esa Soberanía tiene como propósito solapar las responsabilidades personales de los servidores públicos, sino garantizar fundamentalmente el derecho de los particulares a su integridad patrimonial, y contribuir a elevar la calidad de los servicios públicos.

Además, no todas las lesiones patrimoniales que se le puedan causar a los particulares, necesariamente tienen que provenir de la conducta activa u omisiva de los servidores de la Administración Pública, ya en un número importante, las afectaciones lesivas derivan de problemas organizacionales de la propia Administración que no pueden válidamente y justamente atribuirse a los servidores públicos en forma individual. En efecto, en múltiples ocasiones se

presentan los llamados *daños anónimos* que son aquellos en que no es posible identificar o individualizar con precisión a sus causantes, como consecuencia de la naturaleza propia del servicio de que se trate, y que sin embargo generan daños que el particular no tiene la obligación jurídica de soportar.

Cabría apuntar que en el artículo 36 de la iniciativa de Ley que se somete a la consideración de esa Soberanía, se ha considerado deseable mantener la facultad potestativa del Estado para repetir en contra de los servidores públicos que hayan causado un daño en el patrimonio de los particulares. Además, no basta que exista cualquier reparación para que pueda justificarse la repetición correspondiente en contra del servidor público. De ahí la necesidad de seguir un procedimiento de responsabilidad para analizar la conducta desplegada en el evento particular por parte del servidor público y sólo que tal conducta se pudiera enmarcar como falta grave, habría posibilidad de exigirle el reembolso correspondiente. De no ser así, existiría el riesgo de paralizar la necesaria actuación de la Administración Pública, ya que ningún servidor público se expondría a actuar si con ello pudiera ocasionar algún daño indemnizable por el Estado, y que éste posteriormente repitiera contra aquél.

El problema que se presenta es definir cuándo se puede considerar como grave una falta. Ante la dificultad de establecer un catálogo exhaustivo sobre esta materia, en el segundo párrafo del artículo 36 de la iniciativa de Ley se ha optado por incorporar los elementos a que se refiere el artículo 54 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos para imponer las sanciones administrativas, pero también se han integrado una serie de criterios que están más especialmente relacionados con la gravedad cualitativa de las faltas administrativas y que las autoridades administrativas y jurisdiccionales tendrán que atender antes de calificar como grave una falta, tomando en consideración que de esa calificación derivará la posibilidad de reclamar la repetición del pago desembolsado por el Estado, a fin de reparar los daños antijurídicos indemnizables ocasionados a los particulares.

Por otra parte, el artículo 37 de la iniciativa reconoce que la afectación de bienes y derechos de los particulares por parte de los servidores públicos, debe extenderse a los del propio Estado,

en cuyo caso es lógico prever que pueda seguirse igual procedimiento que el preceptuado para los particulares contra el Estado, para exigirle a los infractores con falta grave la indemnización correspondiente, cuando los bienes y derechos de aquél hubiesen sido lesionados como consecuencia de la actuación de sus agentes.

Asimismo, es oportuno señalar que los servidores públicos que hayan resultado responsables por falta grave, como consecuencia de haberles seguido el procedimiento administrativo de responsabilidad, deben contar con medios de defensa equivalentes a los que prevé la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, por cualquier sanción administrativa o económica.

Además, como ya se adelantó, en el artículo 39 de la iniciativa, se ha establecido una modalidad en materia de prescripción, concerniente a la indispensable interrupción de los plazos prescriptivos que actualmente se prevén en el artículo 78 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, para que el superior jerárquico y la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo impongan las sanciones que la misma ley establece. Esta situación es especialmente relevante ya que de no establecerse expresamente la interrupción de tales plazos de prescripción en virtud de la presentación de reclamaciones por responsabilidad patrimonial del Estado, podría suceder que una vez concluido el procedimiento administrativo o jurisdiccional que establece la presente iniciativa, y por virtud de ellos se condenara al Estado a pagar la indemnización reclamada y, aún más, que de la valoración correspondiente se dedujera la probable responsabilidad administrativa del servidor público, no se podrían imponer las sanciones que el caso ameritara, incluido el derecho a repetir que el Estado tendría contra el servidor público infractor, ya que la acción respectiva se encontraría para entonces prescrita.

Finalmente, en el artículo 40 de la presente iniciativa, se ha considerado preferible que las sumas que se obtengan, en su caso, con motivo de las sanciones económicas que las autoridades competentes impongan a los servidores públicos, se integren al presupuesto específico para responsabilidad patrimonial, a que se integren al erario federal.

ARTÍCULOS TRANSITORIOS

La presente iniciativa contiene tres disposiciones que regulan el régimen transitorio del proyecto de Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

De acuerdo al primero de los artículos transitorios de la iniciativa, se pretendería que la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado entrara en vigor el primer día de enero del año 2000, precisamente porque se tendría la intención de conceder tiempo suficiente para integrar de mejor manera los estándares de los servicios públicos, tal y como se prevé en el Programa de Modernización de la Administración Pública 1995-2000, así como para que ésta tuviera oportunidad de revisar y corregir, en su caso, los aspectos deficientes que pudiesen identificarse en la prestación de los servicios y funcionamiento públicos, en forma previa a la entrada en vigor del presente instrumento legal.

Por otra parte, a fin de propiciar la efectividad de las reformas constitucionales, así como la instrumentación de la figura de la responsabilidad patrimonial del Estado que en la presente iniciativa de Ley se propone, en el artículo Segundo Transitorio se establece la derogación de los preceptos correspondientes de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, así como del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ya que los mismos se oponen con el sistema de responsabilidad patrimonial de carácter general, objetivo, directo y ponderado del Estado que se plantea en esta iniciativa.

En efecto, las disposiciones jurídicas que abordan aspectos relacionados con esta materia, específicamente el artículo 1927 del Código Civil, tiene como criterio rector un enfoque de responsabilidad civil subsidiaria y solidaria; y por otra parte, en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se prevé un sistema de responsabilidad administrativa de los servidores públicos, concretamente en los artículos 77 bis y 78, fracción III, que no constituye un auténtico régimen de responsabilidad patrimonial del Estado con las características que en esta iniciativa se proponen, sino de los servidores públicos.

Por tanto, a efecto de evitar la duplicidad de sistemas diversos que se contraponen tanto conceptual como operativamente, es preciso suprimir el régimen de responsabilidad de naturaleza indirecta y subjetiva regulada por el Derecho Común, así como el sistema de responsabilidad de los servidores públicos previsto en la ley de la materia, ya que dicha responsabilidad quedaría subsumida en la del Estado. Además, con las medidas apuntadas, quedaría resuelto el problema de la doble jurisdicción que se origina en nuestro sistema vigente, al existir tanto la vía civil como la administrativa para resolver los conflictos que se presentan con motivo de la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, y se lograría la unificación en un solo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, cuyas controversias derivadas de su actividad administrativa se resolverían exclusivamente en la vía contenciosa-administrativa.

Finalmente, en el artículo Tercero Transitorio de la iniciativa, se respeta el principio de la irretroactividad de la ley, al señalar que los asuntos que se encuentren en trámite en las dependencias, entidades o en la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo relacionados con la indemnización a los particulares, derivada de las faltas administrativas en que hubieren incurrido los servidores públicos, se atenderán hasta su total terminación, de acuerdo a las disposiciones aplicables a la fecha en que inició el procedimiento administrativo correspondiente.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, es preciso concluir que en el Derecho moderno ya no existe justificación para exonerar al Estado de su responsabilidad patrimonial en virtud de su carácter de soberano. Por el contrario, si el particular es responsable de los daños que cause a otro particular, con mayor razón debe el Estado compensar los daños que le cause a los gobernados en sus derechos o bienes, con motivo de su actividad.

En suma, la incorporación de la institución de responsabilidad patrimonial del Estado, como un instrumento solidario y resarcitorio de las lesiones que se causen a los particulares, tiene las siguientes finalidades: por una parte, la reparación del daño, que tendría un doble efecto: contribuir a robustecer la majestad, respetabilidad y confianza en el Derecho y, al mismo tiempo, en el Estado, lo cual se traduce en la genuina expresión del Estado de

Derecho; y por otra parte, la incorporación de este instituto sin duda propiciaría la elevación en la calidad de los servicios públicos.

En virtud de lo anterior, y en ejercicio de la facultad que me confiere la fracción I del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por el digno conducto de ustedes, ciudadanos Secretarios de la Cámara de Diputados, someto a la consideración del Honorable Congreso de la Unión, la presente iniciativa de

V. DECRETO DE LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. La presente ley es reglamentaria del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus disposiciones son de orden público e interés general; tiene por objeto fijar las bases y procedimientos para reconocer el derecho a la indemnización a quienes, sin obligación jurídica de soportarlo, sufran una lesión en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia de la actividad administrativa del Estado, sea ésta regular o irregular. La responsabilidad a cargo del Estado es directa y la indemnización deberá ajustarse a los términos y condiciones señalados en esta ley y en las demás disposiciones legales a que la misma hace referencia.

Artículo 2. Las disposiciones de esta ley se aplicarán en toda la República en el ámbito federal, así como en el Distrito Federal y, en lo conducente, a los organismos constitucionales autónomos. La interpretación de sus disposiciones para efectos administrativos, corresponderá a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo y a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Los preceptos contenidos en el Capítulo II y demás disposiciones de esta Ley serán aplicables, en lo conducente, para cumplimentar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aceptadas estas últimas por el Estado mexicano, en cuanto se refieran a pago de indemnizaciones.

La aceptación y cumplimiento de las recomendaciones a que se refiere el párrafo anterior, en su caso, deberá llevarse a cabo por la dependencia, entidad u organismo constitucional autónomo que haya sido declarado responsable; lo mismo deberá observarse para el cumplimiento de los fallos jurisdiccionales de reparación. Será la Secretaría de Relaciones Exteriores el conducto para informar de los cumplimientos respectivos, tanto a la Comisión como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según corresponda.

Artículo 3. Se exceptúan de la obligación de indemnizar por parte del Estado de acuerdo a esta ley, los casos de fuerza mayor.

Artículo 4. Los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada, incluidos los personales y morales, habrán de ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas y ser desiguales a los que pudieran afectar al común de la población.

Artículo 5. El Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, propondrá a la Cámara de Diputados el monto de la partida presupuestal que, en términos del artículo 2o. de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, deberá destinarse para cubrir las erogaciones derivadas de responsabilidad patrimonial de los Poderes de la Unión, así como de las entidades y organismos a que el mismo se refiere.

En la fijación de los montos de las partidas presupuestales, deberán preverse las indemnizaciones que no hayan podido ser pagadas en el ejercicio inmediato anterior, según lo dispuesto en el artículo 9º de la presente ley.

Artículo 6. El monto absoluto que se fije en el proyecto de presupuesto de egresos destinado al concepto de responsabilidad patrimonial del Gobierno Federal, deberá ajustarse anualmente en una proporción igual al incremento promedio que se registre en dichos presupuestos, salvo que exista una propuesta justificada de modificación presupuestal diferente a la regla general antes prevista.

Artículo 7. El Ejecutivo Federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en los términos de la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, conjuntamente con la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, podrá autorizar el traspaso de los montos presupuestales asignados a las diferentes dependencias o entidades de la Administración Pública Federal para responsabilidad patrimonial, cuando por la naturaleza de la actividad administrativa de las mismas sea pertinente y se justifique ante las autoridades competentes.

En el caso de las entidades no sujetas o sujetas parcialmente a control presupuestal, los trasposos correspondientes deberán ser aprobados por los órganos de gobierno respectivos.

Artículo 8. Los aspectos de responsabilidad patrimonial que tengan relación con el presupuesto del Distrito Federal, se regirán conforme a las disposiciones conducentes del Código Financiero del Distrito Federal.

Artículo 9. Las indemnizaciones fijadas por autoridades administrativas o jurisdiccionales que excedan del monto máximo presupuestado en un ejercicio fiscal determinado, serán cubiertas en el siguiente ejercicio fiscal, según el orden de registro a que se refiere el artículo 19 de la presente ley, sin perjuicio del pago de intereses por demora que como compensación financiera se calculen en términos de esta ley y el Código Fiscal de la Federación.

Artículo 10. La obligación de indemnizar las lesiones debidamente probadas, que sean consecuencia de la actividad administrativa del Estado y que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar, se extiende a los actos legislativos del Congreso de la Unión y de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, cuando dichos actos sean declarados inconstitucionales, en cuyo caso, las lesiones se repararán de acuerdo a lo establecido por la ley orgánica respectiva de los referidos órganos colegiados. Asimismo, dicha obligación indemnizatoria existirá cuando expresamente así se prevea en los propios ordenamientos legislativos, de acuerdo a la forma y términos en ellos establecidos, y en lo no previsto, se estará a lo dispuesto por las leyes orgánicas correspondientes.

Igualmente, la obligación indemnizatoria del Estado comprende las lesiones derivadas de las actividades relativas a la impartición de justicia en el ámbito federal y del Distrito Federal; tal obligación deberá ajustarse a lo dispuesto por las leyes orgánicas y procedimentales aplicables, que rigen dichas actividades tanto en la esfera judicial como en la contenciosa-administrativa.

Artículo 11. La presente ley se aplicará supletoriamente a las diversas leyes administrativas que contengan un régimen especial de responsabilidad patrimonial del Estado. A falta de disposición expresa en esta ley, se aplicarán las disposiciones contenidas en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo; el Código Fiscal de la Federación; el Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal y los principios generales del Derecho.

En el caso del Distrito Federal, se aplicarán supletoriamente las disposiciones que en el ámbito local sean correlativas a las materias a que se refiere el párrafo anterior.

CAPÍTULO II DE LAS INDEMNIZACIONES

Artículo 12. La indemnización deberá pagarse en moneda nacional de acuerdo a las modalidades que establece esta ley, sin perjuicio de que pueda convenirse con el interesado su pago en especie o en parcialidades cuando no afecte el interés público

Artículo 13. Las indemnizaciones se fijarán de acuerdo a las siguientes modalidades, que se establecen de acuerdo al nivel de ingresos de los interesados:

- a) Para quienes demuestren tener ingresos mensuales que sean de cuatro o menos salarios mínimos generales vigentes en el Distrito Federal, y cumplidos los requisitos que prevé esta ley, corresponderá la reparación integral, consistente en el pago del daño emergente, lucro cesante o perjuicio, resarcimiento por daño personal y moral;
- b) Para quienes no se encuentren en la hipótesis anterior, corresponderá una reparación equitativa, consistente en el pago del daño emergente, resarcimiento por daño personal y moral, y
- c) En los casos en que la autoridad administrativa o la jurisdiccional determinen, con los elementos que hayan tenido a la vista en los respectivos procedimientos, que la actuación de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal causante de la lesión patrimonial reclamada hubiese sido irregular, de acuerdo a los estándares promedio de funcionamiento de la actividad administrativa de que se trate; o bien, si la actuación del servidor público resulta manifiestamente deficiente o ilegal, la indemnización deberá corresponder a la prevista en este artículo como reparación integral, independientemente del ingreso económico del reclamante.

Artículo 14. El monto de la indemnización por daños y perjuicios materiales se calculará de acuerdo a los criterios establecidos por la Ley de Expropiación; el Código Fiscal de la Federación; la Ley General de Bienes Nacionales y demás disposiciones aplicables, debiéndose tomar en consideración los valores comerciales o de mercado,

Artículo 15. Los montos de las indemnizaciones se calcularán de la siguiente forma:

I. En el caso de daños personales o muerte:

- a) A los reclamantes cuyos ingresos mensuales sean de cuatro o menos salarios mínimos generales vigentes en el Distrito Federal elevados

al mes, corresponderá una indemnización equivalente a ocho veces la que fijen las disposiciones conducentes de la Ley Federal del Trabajo en su Título Noveno.

- b) A quienes no se encuentren en la hipótesis anterior, corresponderá una indemnización equivalente a seis veces la que fijen las disposiciones conducentes de la Ley Federal del Trabajo en su Título Noveno.
- c) Además de la indemnización prevista en los dos incisos anteriores, el reclamante o causahabiente tendrá derecho a que se le cubran los gastos médicos que en su caso se eroguen, de conformidad con el artículo 487 de la propia Ley Federal del Trabajo.

II. En el caso de daño moral, la autoridad administrativa o jurisdiccional, en su caso, calculará el monto de la indemnización de acuerdo a los criterios establecidos por el Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal, tomando igualmente en consideración la magnitud del daño y si el hecho lesivo es consecuencia del funcionamiento regular o irregular de la actividad administrativa del Estado.

La indemnización por daño moral que el Estado esté obligado a cubrir no excederá del equivalente a 20,000 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, por cada reclamante afectado.

Para el cálculo de los montos de las indemnizaciones a que se refieren las fracciones anteriores, las autoridades tomarán también en cuenta el nivel de ingreso familiar del afectado.

Artículo 16. La cuantificación de la indemnización se calculará de acuerdo a la fecha en que sucedieron los daños o la fecha en que hayan cesado éstos cuando sean de carácter continuo, sin perjuicio de la actualización de los valores al tiempo de su efectivo pago, de conformidad con lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación.

Artículo 17. A las indemnizaciones deberán sumarse, en su caso, y según la cantidad que resulte mayor, los intereses por demora que establece el Código Fiscal de la Federación en materia de devolución morosa de pagos indebidos, o el pago del interés legal que determina el Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Los términos para el cómputo de los intereses empezarán a correr:

- a) Quince días después de que quede firme la resolución administrativa o jurisdiccional que ponga fin al procedimiento reclamatorio en forma definitiva, para quienes tengan derecho a la reparación integral, y

b) Ciento ochenta días después de que quede firme la resolución administrativa o jurisdiccional que ponga fin al procedimiento reclamatorio en forma definitiva, para quienes tengan derecho a la reparación por equidad.

Artículo 18. Las indemnizaciones deberán cubrirse en su totalidad de conformidad con los términos y condiciones dispuestos por esta ley y a las que ella remita. En los casos de haberse celebrado contrato de seguro contra la responsabilidad, ante la eventual producción de daños y perjuicios que sean consecuencia de la actividad administrativa del Estado, la suma asegurada se destinará a cubrir el monto equivalente a la reparación integral o de equidad debida, según sea el caso. De ser ésta insuficiente, el Estado continuará obligado a resarcir la diferencia respectiva. El pago de cantidades líquidas por concepto de deducible corresponde al Estado y no podrá disminuirse de la indemnización.

Artículo 19. Las resoluciones o sentencias firmes deberán registrarse por la dependencia o entidad de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal responsable, mismas que deberán llevar un registro de indemnizaciones debidas por responsabilidad patrimonial, que será de consulta pública, a fin de que siguiendo el orden establecido según su fecha de emisión, sean indemnizadas las lesiones patrimoniales cuando procedan de acuerdo a la presente ley.

CAPÍTULO III DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 20. Los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Federal o del Gobierno del Distrito Federal se iniciarán de oficio o por reclamación de parte interesada.

Artículo 21. La parte interesada podrá presentar indistintamente su reclamación, ante la dependencia, o entidad presuntamente responsable u organismo constitucional autónomo, o bien, ante la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo o la Contraloría General del Distrito Federal, según corresponda.

Artículo 22. Las reclamaciones de indemnización por responsabilidad de la Administración Pública Federal que se presenten ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos o ante la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, o bien que deriven del conocimiento de una queja o denuncia ante dichos organismos, podrán ser turnadas a las dependencias o entidades presuntamente relacionadas con la producción de

las lesiones reclamadas y serán resueltas de acuerdo al procedimiento establecido en esta ley.

Artículo 23. El procedimiento de responsabilidad patrimonial deberá ajustarse, además de lo dispuesto por esta ley, a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo en la vía administrativa y a lo dispuesto por el Código Fiscal de la Federación en la vía jurisdiccional.

En el caso del Distrito Federal se deberán observar, en lo conducente, las disposiciones del Código Financiero del Distrito Federal de la Ley de Procedimiento Administrativo del Distrito Federal y de la Ley del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

Artículo 24. La nulidad o anulabilidad de actos administrativos por la vía administrativa o por la vía jurisdiccional contenciosa-administrativa no presupone por sí misma derecho a la indemnización.

Artículo 25. La lesión patrimonial que sea consecuencia de la actividad administrativa deberá acreditarse ante las instancias competentes, tomando en consideración los siguientes criterios:

- a) En los casos en que la causa o causas productoras del daño sean claramente identificables, la relación causa-efecto entre la lesión patrimonial y la acción administrativa imputable al Estado, deberá probarse fehacientemente.
- b) En su defecto, la causalidad única o concurrencia de hechos y condiciones causales, así como la participación de otros agentes en la generación de la lesión reclamada, deberá probarse a través de la identificación precisa de los hechos relevantes para la producción del resultado final, mediante el examen riguroso tanto de las cadenas causales autónomas o dependientes entre sí, como las posibles interferencias originales o sobrevenidas que hayan podido atenuar o agravar la lesión patrimonial reclamada.

Artículo 26. La responsabilidad del Estado deberá probarla el reclamante que considere lesionado su patrimonio, por no tener la obligación jurídica de soportarlo. Por su parte, al Estado le corresponderá probar, en su caso, la participación de terceros o del propio reclamante en la producción de los daños y perjuicios irrogados al mismo, así como la existencia de la fuerza mayor que lo exonera de responsabilidad patrimonial.

Artículo 27. Las resoluciones o sentencias que se dicten con motivo de los reclamos que prevé la presente ley, deberán contener, entre otros elementos, el relativo a la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público o actividad administrativa y

la lesión producida y, en su caso, la valoración del daño causado, así como el monto en dinero o en especie de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cuantificación. Igualmente, en los casos de concurrencia previstos en el capítulo IV de esta ley, en dichas resoluciones o sentencias se deberán razonar los criterios de imputación y la graduación correspondiente para su aplicación a cada caso en particular.

Artículo 28. Las resoluciones de la autoridad administrativa que nieguen la indemnización o que por su monto no satisfagan al interesado, podrán impugnarse mediante recurso de revisión en vía administrativa, o bien, directamente por vía jurisdiccional ante el Tribunal Fiscal de la Federación o ante el Tribunal Contencioso-Administrativo del Distrito Federal, según corresponda.

Artículo 29. El derecho a reclamar indemnización prescribe en un año, mismo que se computará a partir del día siguiente a aquél en que se hubiera producido la lesión patrimonial o a partir del momento que hubiesen cesado sus efectos lesivos, si fuesen de carácter continuo. Cuando existan daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo de prescripción empezará a correr desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el caso de que el particular hubiese intentado la nulidad o anulabilidad de actos administrativos por la vía administrativa o jurisdiccional y ésta hubiese procedido, el plazo de prescripción para reclamar indemnización se computará a partir del día siguiente de la fecha de emisión de la resolución administrativa o de la sentencia definitiva, según la vía elegida.

Artículo 30. Los reclamantes afectados podrán celebrar convenio con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal, a fin de dar por concluida la controversia, mediante la fijación y el pago de la indemnización que las partes acuerden. Para la validez de dicho convenio se requerirá, según sea el caso, la aprobación por parte de la contraloría interna o del órgano de vigilancia correspondiente.

CAPÍTULO IV DE LA CONCURRENCIA

Artículo 31. En caso de concurrencia acreditada en términos del artículo 25 de esta ley, el pago de la indemnización debida deberá distribuirse proporcionalmente entre todos los causantes de la lesión patrimonial reclamada, de acuerdo a su respectiva participación. Para los

efectos de la misma distribución, las autoridades administrativas o jurisdiccionales tomarán en cuenta, entre otros, los siguientes criterios de imputación, mismos que deberán graduarse y aplicarse de acuerdo a cada caso concreto:

- a) A cada entidad deben atribuírsele los hechos o actos dañosos que provengan de su propia organización y operación; a las entidades de las cuales dependan otra u otras entidades, sólo se les atribuirán los hechos o actos dañosos cuando las segundas no hayan podido actuar en forma autónoma; a las entidades que tengan la obligación de vigilancia respecto de otras, sólo se les atribuirán los hechos o actos dañosos cuando de ellas dependiera el control y supervisión total de las entidades vigiladas;
- b) Cada entidad responderá por los hechos o actos dañosos que hayan ocasionado los servidores públicos que les estén adscritos;
- c) La entidad que tenga la titularidad competencial o la del servicio público y que con su actividad haya producido los hechos o actos dañosos, responderá de los mismos, sea por prestación directa o con colaboración interorgánica;
- d) La entidad que haya proyectado obras que hayan sido ejecutadas por otra, responderá de los hechos o actos dañosos causados, cuando las segundas no hayan tenido el derecho de modificar el proyecto por cuya causa se generó la lesión patrimonial reclamada. Por su parte, las entidades ejecutoras responderán de los hechos o actos dañosos producidos, cuando éstos no hubieran tenido como origen deficiencias en el proyecto elaborado por otra entidad, y
- e) Cuando en los hechos o actos dañosos concurra la intervención de la autoridad federal y la local, la primera deberá responder del pago de la indemnización en forma proporcional a su respectiva participación, quedando la parte correspondiente de la entidad federativa a lo que su propia legislación disponga.

Artículo 32. En el supuesto de que el reclamante se encuentre entre los causantes de la lesión cuya reparación solicita, la proporción cuantitativa de su participación en el daño y perjuicio causado se deducirá del monto de la indemnización total.

Artículo 33. En el supuesto de que entre los causantes de la lesión patrimonial reclamada no se pueda identificar su exacta participación en la producción de la misma, se establecerá entre ellos una responsabilidad solidaria frente al reclamante, debiéndose distribuir el pago de la indemnización en partes iguales entre todos los cocausantes.

Artículo 34. En el supuesto de que las reclamaciones deriven de hechos o actos dañosos producidos como consecuencia de una concesión de servicio público por parte de la Administración Pública Federal o del Gobierno del Distrito Federal y las lesiones patrimoniales hayan tenido como causa una determinación del concesionario, que sea de ineludible cumplimiento para el concesionario, el Estado responderá directamente.

En caso contrario, cuando la lesión reclamada haya sido ocasionada por la actividad del concesionario y no se derive de una determinación impuesta por el concesionario, la reparación correrá a cargo del concesionario, y de ser éste insolvente, el Estado la cubrirá subsidiariamente.

Artículo 35. En los casos de concurrencia de dos o más dependencias y entidades en la producción de las lesiones patrimoniales reclamadas, la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo, oyendo la opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, deberá conocer y resolver acerca de la distribución de la indemnización.

Cuando una dependencia o entidad presuntamente responsable reciba una reclamación, de acuerdo con el artículo 21 de esta Ley, que suponga concurrencia de agentes causantes de lesión patrimonial, deberá remitirla a la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo para los efectos mencionados en el párrafo anterior.

La Contraloría General del Distrito Federal aplicará en lo conducente los dos párrafos anteriores, oyendo la opinión del área que tenga a su cargo las finanzas de la citada entidad.

CAPÍTULO V

DEL DERECHO DEL ESTADO DE REPETIR CONTRA LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Artículo 36. El Estado podrá repetir de los servidores públicos el pago de la indemnización cubierta a los particulares, cuando previa substanciación del procedimiento administrativo disciplinario previsto en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se determine su responsabilidad y que la falta administrativa haya tenido el carácter de grave.

La gravedad de la falta se calificará de acuerdo a los criterios que establece el artículo 54 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. Además se tomarán en cuenta los siguientes criterios: los estándares promedio de la actividad administrativa, la perturbación de la misma, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional y su relación con la producción del resultado dañoso.

Artículo 37. El Estado podrá también instruir igual procedimiento a los servidores públicos por él nombrados, designados o contratados y en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, cuando le hayan ocasionado daños y perjuicios en sus bienes y derechos derivados de faltas administrativas graves. Lo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por otras leyes aplicables en la materia.

Artículo 38. Los servidores públicos podrán impugnar las resoluciones administrativas por las que se les imponga la obligación de resarcir los daños y perjuicios que el Estado haya pagado con motivo de los reclamos indemnizatorios respectivos, a través del recurso de revocación o ante el Tribunal Fiscal de la Federación, en términos de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

Artículo 39. La presentación de reclamaciones por responsabilidad patrimonial del Estado, interrumpirá los plazos de prescripción que la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos determina para iniciar el procedimiento administrativo disciplinario a los servidores públicos, mismos que se reanudarán cuando quede firme la resolución o sentencia definitiva que al efecto se dicte en el primero de los procedimientos mencionados.

Artículo 40. Las cantidades que se obtengan con motivo de las sanciones económicas que las autoridades competentes impongan a los servidores públicos, en términos de lo dispuesto por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se adicionarán, según corresponda, al monto de los recursos previstos para cubrir las obligaciones indemnizatorias derivadas de la responsabilidad patrimonial de los Poderes de la Unión, de las entidades y organismos, así como del Distrito Federal.

TRANSITORIOS

Primero. La presente ley entrará en vigor a partir del 1o. de enero del año 2000.

Segundo. Se derogan los artículos 77 bis y 78, fracción III de Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, y el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal, en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

Tercero. Los asuntos que se encuentren en trámite en las dependencias, entidades o en la Secretaría de Contraloría y Desarrollo Administrativo relacionados con la indemnización a los particulares, derivada de las faltas administrativas en que hubieren incurrido los servidores públicos, se atenderán hasta su total terminación de acuerdo a las disposiciones aplicables a la fecha en que inició el procedimiento administrativo correspondiente.

PERSONA Y DERECHO DESDE EL REALISMO PERSONALISTA DE MOUNIER

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Persona en el positivismo jurídico racionalista*. III. *La crítica de Mounier al racionalismo en general y su relación con el racionalismo jurídico*. IV. *La persona desde el realismo personalista como fundamento de la juridicidad*.

I. INTRODUCCIÓN

Las siguientes reflexiones constituyen parte de un trabajo más amplio que busca ligar el iusnaturalismo con la filosofía del personalismo. Esta corriente de pensamiento tiene como expositores más conocidos a Gabriel Marcel, a Jacques Maritain, a María Zambrano y, sobre todo, a Emmanuel Mounier;¹ aquí sólo haremos referencia a algunas cuestiones desarrolladas por este último.

La afirmación central del personalismo es la existencia de personas libres y creadoras. Considera difícil dar una definición de la

¹ Nació MOUNIER el primero de abril de 1905 en Grenoble, Francia, en una familia campesina. Empezó la carrera de medicina, más por complacer a sus padres que por vocación, y pronto la abandonó cambiándola por la filosofía. Mounier entiende que la filosofía debe ir acompañada de una praxis. Cuando su padre lo presentaba solía decir "sueña en filosofía para hacer apostolado". La investigación pura no le interesa, pues conduce a alegrías demasiado egoístas y estériles —decía. En la Sorbona le decepcionó la enseñanza de la filosofía sin vínculos con la vida. El pensamiento lo llevó a la acción. En 1932 funda la revista *Espirit* —que aún hoy continúa publicándose—, en la cual volcaría toda la riqueza de su pensamiento. Sus principales obras son además: *El pensamiento de Charles Péguy* (1931), *Revolución personalista y comunitaria* (1934), *De la propiedad capitalista a la propiedad humana* (1934), *Manifiesto al servicio del personalismo* (1936), *El afrontamiento cristiano* (1944), *Tratado del carácter* (1946), *¿Qué es el personalismo?* (1947) y *El personalismo* (1949), entre otras. MOUNIER murió muy joven, en plena madurez, el 22 de marzo de 1950.

persona, pues sólo los objetos exteriores al hombre y que se puedan poner ante su mirada son definibles. La persona no es un objeto, es, inclusive, lo que en cada hombre no puede ser tratado como un objeto.

La persona no es, se hace. El hombre vive una paradoja central en su existencia personal. Porque ser persona es el modo específicamente humano de la existencia. Y, sin embargo, esa existencia personal debe ser incesantemente conquistada.

Una civilización personalista es una civilización cuyas estructuras y espíritu están orientadas a la realización como persona de cada uno de los individuos que la componen. Las colectividades naturales son reconocidas en ella, en su realidad y en su finalidad propia, distinta de la simple suma de los intereses individuales y superior a los intereses del individuo considerado materialmente. Sin embargo, tienen como fin último el poner a cada persona en estado de poder vivir como persona, es decir, de poder acceder al máximum de iniciativa, de responsabilidad, de vida espiritual.²

Con relación a la persona como sujeto de Derecho y de derechos, la teoría jurídica más aceptada en los últimos tiempos parte de la epistemología o teoría del conocimiento del subjetivismo idealista, creando una noción eminentemente racionalista; es la teoría del positivismo jurídico racionalista.

Nosotros aceptamos el valor objetivo del conocimiento desde una posición epistemológica de realismo moderado,³ la cual, ligada al personalismo, podemos decir que se trata de un *realismo personalista*,⁴ como dice Mounier. Desde esta epistemología entendemos a la persona como sujeto de Derecho y de derechos, esto es, como el ser humano reconocido por el derecho objetivo y que de suyo posee derechos subjetivos.

² MOUNIER, *Manifiesto al servicio del personalismo*, Ed. Taurus, Madrid, 1972, p. 59.

³ Cfr., GONZÁLEZ MORFÍN, Efraín, "Filosofía del Derecho. Epistemología", en *Revista Jurídica Jalisciense*, núm. 8, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 1994, pp. 187-217.

⁴ MOUNIER, Emmanuel, *El personalismo*, en *Obras*, tomo III, Ed. Sígueme, Salamanca, 1990, p. 463.

II. PERSONA EN EL POSITIVISMO JURÍDICO RACIONALISTA

La teoría del Derecho del positivismo jurídico racionalista tiene en la *Teoría pura del Derecho* su versión más acabada, su presentación clásica. La *Teoría pura del Derecho* de Hans Kelsen (1881-1973) es hija legítima del formalismo de Kant. La teoría kelseniana es una doctrina formal del Derecho; le interesa la forma de lo jurídico y no su contenido, no su materia.

La obra de Kelsen ha sido el último gran intento de elaborar una teoría científica del Derecho como teoría autónoma, sistemática y unitaria. La obra del jurista de Praga es, según Larenz, el más grandioso intento de fundamentar científicamente al Derecho, "dentro de los límites del concepto positivista de ciencia".⁵ Kelsen, pues, es un racionalista que utiliza el concepto positivo de ciencia. Larenz, al respecto, escribe:

Las explicaciones de Kelsen sólo son comprensibles, y en este caso enteramente consecuentes, si se les pone como base el concepto positivista de ciencia. Éste, como sabemos, excluye de la ciencia toda metafísica, toda ética material y toda doctrina de valores. Sólo reconoce como ciencia, de un lado las ciencias causales basadas en la experiencia, de otro lado la lógica y la matemática como doctrinas de las "formas puras" de los cuerpos y de los números. Kelsen se dio cuenta acertadamente que la ciencia del Derecho no tiene que ver, o no primariamente, con la conducta efectiva de los hombres o con los fenómenos psíquicos como tales, sino con normas jurídicas y con su contenido de sentido. Por ello no puede ser una ciencia natural que describe hechos e investiga su enlace causal. Pero entonces, si es que es realmente una ciencia, sólo puede ser, según el concepto positivo de ciencia, una doctrina de las "formas puras" del Derecho.⁶

La autonomía de la ciencia jurídica arraiga en sus presupuestos metodológicos. Kelsen en este aspecto es heredero de la dogmática alemana del Derecho Público. Gerber, Laband, Jellinek, se

⁵ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1980, p. 91.

⁶ *Ibid.* p. 95.

plantean ya la necesidad de un "método específicamente jurídico que permitiera a la ciencia jurídica alcanzar la ansiada autonomía".⁷ Kelsen, como Kant, creen que la ciencia crea su propio objeto y que por tanto el saber jurídico sólo será científico cuando haya conseguido un método exclusivo.⁸

El punto de partida de Kelsen para lograr la independencia metódica es la distinción entre juicios del ser y del deber ser. La primera se refiere a un suceso fáctico observado, un juicio de hecho; la segunda es relativa a lo que debe suceder, un juicio sobre un deber o estar preceptuado. Según Kelsen la ciencia del Derecho no tiene que ver con la conducta fáctica de los hombres, sino únicamente con los preceptos jurídicos; no es una ciencia de hechos como la sociología, sino una ciencia de normas. Su carácter científico sólo está garantizado si se limita estrictamente a su misión y se mantiene "puro" su método de toda mezcla de elementos ajenos a su esencia.

Por lo tanto, para el profesor de Viena, los estudios jurídicos tendrán carácter científico a partir del momento en que se utilice un método propio y específico: autonomía.

La *Teoría pura del Derecho* logra la autonomía, sistematicidad y unidad que Kelsen pretende para la ciencia del Derecho. Así lo explica:

La *Teoría pura del Derecho* constituye una teoría sobre el derecho positivo; se trata de una teoría sobre el derecho positivo en general, y no una teoría sobre un orden jurídico específico...

En cuanto teoría pretende, exclusiva y únicamente, distinguir su objeto. Intenta dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser o deba ser hecho. Es ciencia jurídica; no, en cambio, política jurídica.

Al caracterizarse como doctrina "pura" con respecto del derecho, lo hace porque quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece al objeto precisamente determinado

⁷ CALSAMIGLIA, Albert. *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Ed. Ariel. Barcelona, 1978, p. 7.

⁸ *Idem*.

como jurídico. Vale decir: quiere liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños. Este es su principio fundamental en cuanto al método. Pareciera tratarse de algo comprensible de suyo. Sin embargo, la consideración de la ciencia jurídica tradicional, tal como se ha desarrollado en el curso de los siglos XIX y XX, muestra claramente qué lejos esa ciencia ha estado de satisfacer la exigencia de pureza. En manera enteramente acrítica, la jurisprudencia se ha confundido con la psicología y la sociología, con la ética y la teoría política. Esa confusión puede explicarse por referirse esas ciencias a objetos que, indudablemente, se encuentran en estrecha relación con el Derecho. Cuando la *Teoría pura del Derecho* emprende la tarea de delimitar el conocimiento del Derecho frente a esas disciplinas, no lo hace, por cierto, por ignorancia o rechazo de la relación, sino porque busca evitar un sincretismo metódico que oscurece la esencia de la ciencia jurídica y borra los límites que le traza la naturaleza de su objeto.⁹

La *Teoría pura del Derecho* no se ocupa de los contenidos de las normas jurídicas, sino de la estructuración lógica de las mismas; su teoría va a analizar únicamente el deber ser lógico característico de las normas de Derecho, aislándolas de la moral, la política, la sociología y la historia. Examina el sentido, la posibilidad y los límites de un enunciado jurídico en general.

Una de las cuestiones más importantes de la teoría kelseniana es la neutralidad axiológica. Según Kelsen desde el punto de vista científico ha de rechazarse la admisión de valores absolutos en general y un valor moral absoluto en particular. Por ese motivo rechaza toda doctrina del derecho natural, el que "desde un punto de vista racional científico"¹⁰ no puede aceptar su validez.

En este sentido —escribe Kelsen—, es una teoría del Derecho radicalmente realista. Renuncia a valorar el derecho positivo. Como ciencia no se considera obligada a ninguna otra cosa que

⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 15.

¹⁰ KELSEN, Hans, "La fundamentación de la doctrina del Derecho Natural", en *Jurídica*, núm. 2, *Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, 1970, p. 251.

aprehender el derecho positivo en su esencia y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura.¹¹

De acuerdo con su racionalismo y coherente con su pureza metódica, para Kelsen la persona, jurídicamente hablando, desde el punto de vista del Derecho, no es el ser humano; el objeto de la ciencia jurídica para Kelsen, no es el hombre sino la persona, en cuanto que conjunto de obligaciones, derechos y facultades.¹²

En efecto, Kelsen nos explica que la teoría tradicional del Derecho, identifica el concepto de sujeto de derecho con el de persona, definiendo a la persona como “el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones”.¹³ Pero además de los hombres, otros entes (asociaciones, sociedades por acciones, municipios, etcétera) pueden tener “personalidad”. Nos dice Kelsen: “se define el concepto de persona como el “portador” de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas, donde portador puede ser no sólo el hombre, sino también esos otros entes”.¹⁴ De esta manera se contraponen la persona física (“natural”) a la persona jurídica, que es una personalidad artificial, construida por la ciencia del Derecho, como no “real”.

Kelsen se pregunta: “¿En qué consiste la situación objetiva que la teoría tradicional caracteriza diciendo que el orden jurídico confiere al hombre, o a ciertos hombres, personalidad jurídica, la calidad de persona?” Y él mismo contesta: “En no otra cosa sino en que el orden impone obligaciones y otorga derechos a los hombres. “Ser persona” o “tener personalidad jurídica” es idéntico a tener obligaciones jurídicas y derechos subjetivos”. Lo que lleva a concluir que: “La persona como “portador” de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, no es, por cierto, algo distinto de esas obligaciones y derechos, como cuyo portador es representado”. En otras palabras:

La persona física o jurídica que “tiene”, como su portador, obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, es esas obligaciones jurídi-

¹¹ Citado por Larenz, *op. cit.*, p. 94.

¹² Cfr., KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, Ed. Nacional, México, 1965. p. 82.

¹³ KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, *op. cit.*, p. 182.

¹⁴ *Idem.*

cas y derechos subjetivos; es un conjunto de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos, cuya unidad se expresa metafóricamente en el concepto de persona. La persona no es más que la personificación de esa unidad.¹⁵

De esta manera el racionalismo kelseniano termina por deshumanizar el Derecho.: “la persona física no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre”.¹⁶ El hombre real, de carne y hueso, con inteligencia, voluntad, con pasiones y sentimientos, es desplazado de la teoría jurídica; en su lugar se coloca a la *persona* la cual no es el hombre, sino “un conjunto de derechos subjetivos y obligaciones”.

Habermas, comentando a Kelsen, dice que éste desliga el concepto jurídico de persona de la persona moral y de la natural “porque un sistema jurídico que se ha vuelto completamente autónomo ha de arreglárselas con sólo las ficciones que él mismo genera”;¹⁷ y agrega, como consecuencia de esa deshumanización del Derecho:

Con la desconexión de la persona moral y natural respecto del sistema jurídico se abre para la dogmática jurídica el camino hacia una concepción puramente funcionalista de los derechos subjetivos. La doctrina de los derechos subjetivos pasa el relevo a un funcionalismo sistémico que mediante decisiones metodológicas se desprende de todas las consideraciones de tipo normativo.¹⁸

De acuerdo a esta consecuencia que saca Habermas, los derechos humanos, que tienen su base en los derechos subjetivos, sólo poseen sentido como expresiones normativas propias de un sistema de Derecho, pero no como la juridificación de la dignidad y de las necesidades de los seres humanos.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 182 y 183.

¹⁶ *Ibid.*, p. 183.

¹⁷ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Ed. Trotta, Madrid, 1998, pp. 151 y 152.

¹⁸ *Ibid.*, p. 152.

Desde la filosofía del Derecho analítico¹⁹ que tiene su base en el positivismo jurídico racionalista de Kelsen, se sostiene hasta el extremo —si es que así se puede decir— esta noción de persona para el Derecho. Así, el prestigioso profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, Tamayo y Salmorán, llama “doctrinas de la ‘esquizofrenia’ jurídica” aquéllas que aceptan que la persona, como sujeto de Derecho y de derechos, es el ser humano, individual y asociado, y así debe ser reconocido por la normatividad jurídica. Con esas teorías esquizofrénicas, dice Tamayo:

... la persona jurídica no es más el contenido de las normas jurídicas positivas, sino un sujeto ‘preexistente’ detentador de cualidades y atributos jurídicos *en sí* y *por sí*; un sujeto ‘metajurídico’ que, no obstante yacer por fuera de los derechos históricos, debe ser modelo y justificación de éstos.²⁰

Proseguimos con Tamayo:

Los atributos de la persona jurídica no son cualidades de seres humanos. Los predicados dados a la persona jurídica son calificaciones jurídicas establecidas por normas del derecho positivo. La dogmática denomina a estas calificaciones (facultades o derechos) ‘capacidad’. La noción de capacidad se encuentra, así, inseparablemente vinculada con la de persona jurídica.²¹

Es el legislador el que otorga a alguien o a algo el carácter de persona jurídica; y las razones que tiene para ello, según Tamayo y Salmorán, no son jurídicas, sino políticas y morales.²²

¹⁹ CORREAS, Oscar nos explica la tarea principal de la filosofía del Derecho analítico: “Los juristas analíticos, siguiendo a Kelsen, han hecho hincapié en la diferencia entre el discurso del derecho y el discurso jurídico, esto es, entre las normas y el discurso que habla de ellas. Y han sostenido... que si hay una ciencia Jurídica, es, o debería ser, una que describe, y *solamente describe*, normas jurídicas... La idea es que el discurso del derecho puede traducirse al lenguaje formalizado de la lógica. De los textos producidos por las autoridades, pueden extraerse las normas, y éstas pueden ser convertidas en fórmulas matemáticas”. *Metodología jurídica. Una introducción filosófica*. I., Ed. Fontamara, México, 1997, pp. 153-156.

²⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “El sujeto del Derecho”, en *Isonomía*, núm. 3, Ed. Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, octubre de 1995, p. 167.

²¹ *Ibid.*, p. 174.

²² *Cfr.*, TAMAYO Y SALMORÁN, *op. cit.*, p. 177.

En ese mismo orden de ideas, desde la filosofía del Derecho analítico, Ulises Schmill escribe: “El hombre es persona, en tanto que la conducta humana es el objeto de la regulación normativa, las normas regulan conducta humana y esta conducta es de un hombre determinado.”²³ El proceso de personificación, para el Derecho, consiste en un conjunto de aplicaciones de los supuestos de las normas jurídicas en los sujetos; la personificación, en ese sentido, no es un proceso humano. Y esa personificación puede expresarse con símbolos lógico-formales. Al Derecho, y por lo tanto al proceso de personificación jurídica se los reduce a fórmulas,²⁴ el ser humano, en cuanto tal, es ajeno a lo jurídico.

III. LA CRÍTICA DE MOUNIER AL RACIONALISMO EN GENERAL Y SU RELACIÓN CON EL RACIONALISMO JURÍDICO

Mounier hace una severa crítica al racionalismo, cuya expresión más acabada es el pensamiento de Descartes, pues “separó la materia del espíritu”,²⁵ reduciendo la vida a las matemáticas.

El mundo tomaba de ellas algo así como una pureza y una firmeza desconocidas. Pero el hombre estaba ausente de ellas y sólo hallaba en ellas la ausencia. El universo estaba desdoblado, y el espíritu flotaba, desamparado, sobre ese caos mecánico: abajo, un mundo-máquina, que depende de la sola técnica, y encima una superestructura espiritual, tan radicalmente extraña a él que no tardará en aparecer como ineficaz y superflua.²⁶

El racionalismo jurídico, expresado por la *Teoría pura del Derecho* de Kelsen y las teorías analíticas, han pretendido la pureza de la ciencia jurídica y han querido desligarla de todo aquello que la contamine, como es todo lo material incluido el ser humano

²³ SCHMILL, Ulises, “Reconstrucción teórica del concepto de persona”, en *Isonomía*, núm. 7, Ed. Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, octubre de 1997, p. 110.

²⁴ Un ejemplo muy claro de este ejercicio filosófico-jurídico lo constituye el trabajo arriba citado de Schmill.

²⁵ MOUNIER, Emmanuel, *Revolución personalista y comunitaria*, en *Obras*, tomo I, Ed. LAIA, Barcelona, 1974, p. 179.

²⁶ *Ibid.*, p. 180.

mismo. De tal modo que esta crítica del filósofo de Grenoble le es aplicable a esta concepción del Derecho, mas si tenemos en cuenta que este racionalismo jurídico se liga al positivismo. Dice Mounier:

El positivismo quiso que sólo hubiese ciencia de lo cuantitativo, de lo sensible y de lo utilizable; no ya la ciencia arquitectural de un universo, sino un análisis corto y estrecho de las estructuras mecánicas, tendidas hacia un dominio industrial.²⁷

Ante este racionalismo positivista Mounier recomienda:

Aprendamos de nuevo el sentido carnal del mundo, la camaradería de las cosas.²⁸

En esta misma línea, en otra de sus obras, el filósofo personalista va en contra de los fundamentos del racionalismo jurídico, el idealismo subjetivista, al escribir:

El personalismo se opone así al idealismo cuando el idealismo: primero reduce la materia (y el cuerpo) a una apariencia del espíritu humano, reabsorbiéndose en él por una actividad puramente ideal; segundo, cuando disuelve el sujeto personal a un cañamazo de relaciones geométricas o inteligibles, de donde su presencia es expulsada, o le reduce a un simple receptor de resultados objetivos.²⁹

IV. LA PERSONA DESDE EL REALISMO PERSONALISTA COMO FUNDAMENTO DE LA JURIDICIDAD

Hemos dicho que nosotros aceptamos el valor objetivo del conocimiento, desde la perspectiva de la epistemología del realismo crítico o moderado ligada al personalismo, esto es, como dice Mounier, desde un *realismo personalista*. Por lo tanto, no entendemos persona para el Derecho, como una creación normativa u

²⁷ *Ibid.*, p. 181.

²⁸ *Ibid.*, p. 183.

²⁹ *El personalismo*, MOUNIER, *op. cit.*, p. 468.

obra de la ley, ni sólo como un centro de imputación del orden jurídico. Sino que entendemos persona para el Derecho, lo que es la *persona real*, queremos decir el *ser humano*, que es cuerpo y espíritu; dice Mounier: "El hombre, así como es espíritu, es también un cuerpo. Totalmente 'cuerpo' y totalmente 'espíritu'... No hay en mí nada que no esté mezclado con tierra y con sangre".³⁰

Y ese totalmente cuerpo y totalmente espíritu, que es el ser humano, que constituye la persona, es el fundamento de todo Derecho. La juridicidad se basa en el ser humano, en la persona. Aun los aspectos más racionales, más ligados a la lógica de lo jurídico, así como sus aspectos técnicos, se fundan en el ser y quehacer del ser humano; en la construcción de la persona como ser de relaciones. La esencia de lo jurídico, de manera primordial, está en lo suyo (cosa o conducta) que se le debe al otro y en la facultad, nacida en última instancia de la dignidad humana, para exigir aquello que nos corresponde. La normatividad y su aplicación deben entenderse supeditadas a lo justo objetivo y los derechos subjetivos que radican en el ser humano, en cuanto que ser personal con dignidad.

El realismo personalista, no es un individualismo. No se puede identificar individuo y persona. *Persona* se entiende siempre ligado a la comunidad, a la historia junto con los otros. De tal modo que la concepción jurídica que surge de la persona no es la de un Derecho individualista; la persona es el fundamento de lo jurídico, la raíz del Derecho, no el individuo, como lo pretende el individualismo jurídico.

El mismo Mounier nos da los que, en nuestro concepto, son los fundamentos del Derecho proporcionados por la persona.

Cuando nosotros decimos que la persona es en cierta manera un absoluto, no decimos que es el Absoluto; menos aún proclamamos, con los *Derechos del Hombre*, el absoluto del individuo jurídico. La comunidad, entendida como una integración de personas en la entera salvaguardia de la vocación de cada una, es para nosotros,

³⁰ *Ibid.*, p. 463.

lo diremos enseguida, una realidad, y por tanto un valor, aparte de una aproximación, tan fundamental como la persona. Y sabemos que la comunidad, hoy, no es menos desconocida ni está menos amenazada. En suma, queremos decir exactamente esto:

1. Que una persona nunca puede ser tomada como medio por una colectividad o por otra persona;

2. que no existe Espíritu impersonal, acontecimiento impersonal, valor o destino impersonal. Lo impersonal es la materia. Toda comunidad es ella misma una persona de personas, o no es más que un número o una fuerza, y por tanto materia. Espiritual = personal;

3. que, en consecuencia, dejando aparte las circunstancias excepcionales en las que el mal sólo puede ser encadenado por la fuerza, es condenable todo régimen que, de derecho o de hecho, considere a las personas como objetos intercambiables, las uniforme o las constriña contra la vocación del hombre, diversificada en cada uno, o incluso les imponga esa vocación desde fuera mediante la tiranía de un moralismo legal, fuente de conformismo y de hipocresía;

4. que la sociedad, es decir, el régimen legal, jurídico, social y económico, no tiene por misión ni la subordinación de las personas a ella ni la asunción del desarrollo de la vocación de las personas, sino el asegurar a éstas, primeramente, la zona de aislamiento, de protección, de juego y de asueto que les permita reconocer en plena libertad espiritual esa vocación; el ayudarlas, sin constreñimiento, mediante una educación sugestiva, a liberarse de los conformismos y de los errores de orientación; el proporcionarles, mediante la disposición del organismo social y económico, los medios materiales que son comúnmente necesarios, salvo las vocaciones heroicas, para el desarrollo de esa vocación. Hay que precisar que esa ayuda les corresponde a todos sin excepción, que sólo puede ser una ayuda discreta que deje al riesgo toda su parte, una vez prevenido, mediante mecanismos de constreñimiento material, el nacimiento de las injusticias nacidas de la libertad de algunos que se volvieron contra la libertad de todos. Es la persona la que hace su destino; nadie más, ni hombre ni colectividad, puede reemplazarla.³¹

³¹ MOUNIER, *Revolución...*, op. cit., pp. 203 y 204.

El Derecho es una realidad cuya esencia radica en el ser humano. Lo jurídico, prioritariamente, está constituido por lo justo objetivo en cuanto que conducta o cosa debida a otro y la facultad de exigir lo que nos corresponde. Es aquí en donde encontramos la relación humana que presupone el Derecho.

ANTROPOLOGÍA Y DERECHO: LAS TRAMPAS DE LA LEY

Rafael ESTRADA MICHEL

*La única esperanza que tenemos
en San Andrés está fuera
de San Andrés.*

Subcomandante insurgente Marcos¹

SUMARIO: I. *Un diálogo entre sordos.* II. *Relaciones entre Derecho y antropología social.* III. *¿Es el Derecho un simple fenómeno de poder?* IV. *El voluntarismo de Estado.* V. *La ley y sus encrucijadas.* VI. *Dos conclusiones a manera de moraleja.*

I. UN DIÁLOGO ENTRE SORDOS

Entre los estudiosos contemporáneos del fenómeno social parece prevalecer la opinión de que los abogados mexicanos mantienen una posición contraria, en lo general y en lo específico, a las reivindicaciones autonómicas de ciertos grupos minoritarios. Se alega, en fácil silogismo, que los estudiosos y prácticos del Derecho en México defienden no sólo las causas de sus clientes (lo cual les es esencialmente propio), sino también la causa de un Estado Nacional que se ve amenazado en su viabilidad histórica por los reclamos de autonomía provenientes de las minorías.

Más allá de la evidente (e injusta por reduccionista) generalización que representa esta tendencia contemporánea, es preciso indicar que carece de sustento histórico. En efecto, el Derecho, en su dimensión de dogmática justa encargada a los juristas, guarda una

¹ Citado por HIRALES, Gustavo, *Chiapas, otra mirada. 1994-1998*, El Nacional, México, 1998 (Colección La Memoria del Tlacuilo), p. 141.

relación mucho más débil de lo que usualmente se cree con el Estado unitarista moderno y, en cambio, se encuentra estrechamente vinculado a las circunstancias de la realidad social y, por ende, a las ciencias que se encargan de su estudio. El vínculo es particularmente claro con las ciencias que estudian al sujeto de lo jurídico. Nos referimos, desde luego, a la sociología y a la antropología social.

En nuestra opinión, el error epistemológico señalado radica en pensar que existe, ha existido y existirá por siempre una única concepción del concepto Derecho con posibilidad de ser entendida por los abogados quienes, de paso, no pueden ver más allá de sus narices. Derecho es, entonces, el simple conjunto de normas de carácter vinculativo y coercitivo, impuestas por quienes en un momento dado detentan el poder dentro de los límites de lo que se ha dado en llamar el Estado Nacional. La entelequia Derecho queda desligada de toda realidad social distinta de la voluntad estatizante, forma su propio y autónomo coto de investigación y desarrollo, y se desvincula de racionales y lógicas que no le sean "propios". Salta a la vista el porqué de la falta de comprensión entre juristas y antropólogos, como ha destacado la Doctora María Teresa Sierra:

Se construyen de tal forma dos paradigmas opuestos radicalmente: uno dominado por una visión del positivismo formalista del Derecho (dominante en las escuelas de Derecho en nuestros países) y otro volcado al estudio etnográfico del hecho social, según el cual lo jurídico se encuentra íntimamente ligado a lo político y lo religioso.²

Precisamente, la visión achacada a los abogados mexicanos de finales del siglo XX es uno más de los paradigmas que han recorrido el desarrollo histórico de la filosofía jurídica (y aún de la praxis jurisprudencial), particularmente en su Etapa moderna: el positivismo formalista, que nosotros preferiremos caracterizar, a efecto de lograr una mayor fuerza expresiva, como "voluntarismo de Estado". Por su propia esencia de concepción, el paradigma no es ni puede ser el único. Y aún suponiendo que fuese el dominante entre nosotros (lo cual está todavía por comprobarse) no falta-

² SERRA, María Teresa, *Antropología jurídica y derechos indígenas: problemas y perspectivas*, en *Dimensión Antropológica*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, año 3, volumen 8, México, septiembre-diciembre, 1996, p. 59.

rían voces discordantes que, uniendo a sus amplios conocimientos en materia de historia del Derecho una muy buena dosis de sentido común, plantean desde la perspectiva del jurista la idea de un Derecho independiente (y aún enfrentado) al formalismo de la voluntad estatal.³ Así es que el "diálogo de sordos" que provoca tantas quejas entre los antropólogos, se da únicamente en relación con un cierto tipo de juristas dispuestos, éstos sí, a defender desde la perspectiva del voluntarismo de Estado, la unicidad del *status* nacional, producto único y perfecto del natural "desarrollo de la civilización y del Derecho occidental." Con el resto de los abogados, el diálogo no sólo es factible, sino que puede resultar ampliamente enriquecedor.⁴

II. RELACIONES ENTRE DERECHO Y ANTROPOLOGÍA SOCIAL

La vinculación entre las ciencias jurídicas y la antropología tiene orígenes más lejanos que la propia aparición de los "clásicos" de la antropología jurídica, por cuanto que "algunos padres fundadores de la antropología fueron abogados (Margan, Maine, Bachoffen), quienes a través de la descripción del llamado Derecho primitivo hicieron significativos aportes al estudio de la organización social de las sociedades colonizadas".⁵ No es casualidad el que las sociedades estudiadas por los antropólogos fueran precisamente aquéllas que reivindicaban el respeto a sus derechos tradicionales frente al avasallador avance del Estado moderno. Sin embargo, esta vinculación de origen entre Derecho y antropología se fue debilitando gracias, en gran medida, al desenvolvimiento

³ Por sólo citar a dos clásicos, véase, WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, Aguilar, Madrid, 1957, y GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*. Marcial PONS, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996. Entre los abogados mexicanos contemporáneos, *cfr.*, DEL ARENAL FENOCHIO, Jaime, *Los fundamentos de una sociedad injusta*, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, núm. 14, México, 1990, pp. 111-127.

⁴ Huelga aclarar que no estamos haciendo referencia a la tradicional distinción entre iusnaturalismo y iuspositivismo, distinción que, a nuestro entender, ha quedado superada al comprobarse que el positivismo legalista proviene del (y en muchas ocasiones no hace sino desarrollar al) iusnaturalismo clásico de la Escuela Racionalista-Protestante.

⁵ SERRA, María Teresa, *op. cit.*, p. 58

del voluntarismo de Estado, que procuró explicar toda realidad jurídica a partir del famoso postulado kelseniano de la "pureza del método" y terminó por desvincular a lo jurídico de lo social. La antropología, en tanto que ciencia del hombre, animal social, no podía comulgar con una visión tan deshumanizada del Derecho como la que ofrecía (y aún hoy ofrece y practica) el positivismo formalista.

Durante la primera mitad del siglo XX aparecen nuevos intentos por reconstruir las relaciones que lógica y naturalmente tenían que existir entre Derecho y antropología. Surgen entonces los trabajos que constituyen lo que Cooter⁶ ha llamado la "literatura clásica" dentro de la Antropología Jurídica, que podemos definir, siguiendo a Esteban Krotz, como "la aproximación a sociedades distintas de la propia desde la perspectiva de lo jurídico". En primer lugar, B. Mallinowsky,⁷ con su estudio sistemático del Derecho en sociedades tribales, derriba, a decir del propio Cooter, el mito de que en este tipo de sociedades no hay lugar más que para un Derecho de corte punitivo. Por el contrario, mostró la existencia de un sistema de compensación del daño bastante avanzado entre los aborígenes de la Polinesia. Por su parte, Llewelyn y Hoebel⁸ aplicaron el método casuístico del *common law* anglosajón al estudio del orden jurídico de la sociedad Cheyenne. Lo propio (aunque con mayor profundidad) harán P. Bochannan⁹ con la tribu nigeriana de los Tiv, y M. Gluckman¹⁰ con otra tribu africana, los barotse.

⁶ COOTER, Robert, *The Law and Economics of Anthropology: a Review*, John M. Olin Working Papers in Law, Economics and Institutions, 96-97, núm. 7, Law School, University of California at Berkeley, junio de 1997, pp. 1-13 (de próxima aparición en la *Encyclopaedia of Law and Economics*).

⁷ MALLINOWSKY, Bronislaw, *Crime and Custom in Savage Society*, New York, 1926. Existe una edición en castellano: *Crimen y castigo en la sociedad salvaje*, Ariel, Barcelona, 1982.

⁸ LLEWELYN, K.N. y HOEBEL, E. Adamson, *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, University of Oklahoma Press, 1941.

⁹ BOCHANNAN, Paul, *Justice and Judgement among the Tiv*, Oxford University Press, Londres, 1957.

¹⁰ GLUCKMAN, Max, *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, Yale University Press, 1965. Para un ejemplo de la existencia de categorías jurídicas que creíamos "occidentales" entre sociedades tribales ajenas a nuestra tradición, véase del mismo autor el capítulo VII "The Reasonable Man in Barotse Law", en *Order and rebellion in tribal Africa*, Cohen and West, 1963.

Como señala con acierto el profesor Cooter, la literatura clásica se empeñó en desenterrar y mostrar aspectos del Derecho tribal que el Estado moderno no ha podido cambiar o distorsionar.¹¹ Modernamente, la antropología jurídica ha vuelto la mirada hacia las costumbres de los pueblos (desde luego, se pretende estudiar a todo tipo de sociedades y no únicamente a sociedades tribales, aun cuando se pone énfasis en comunidades que, jurídicamente, son ajenas a la tradición de Occidente)¹² y la forma en que éstas responden a las exigencias (terribles, en ocasiones) del Estado y del mercado. Destacan dentro de esta segunda gama de trabajos los ya clásicos de J. Collier¹³, S. Moore¹⁴ y M. Sierra¹⁵ y huelga comentar que revisten una importancia especial en el marco de la rebelión indígena zapatista, sobre todo por lo que toca al tan llevado y traído problema del "usocostumbrismo" y sus relaciones con el "orden jurídico nacional".

Si se piensa con detenimiento, no resulta clara la distinción entre la forma en la que los antropólogos que hemos citado abordan el asunto de lo jurídico y la manera en que juristas que no estuvieran dispuestos a renunciar al análisis de la dimensión social del Derecho realizarían un estudio de, por ejemplo, el Derecho consuetudinario tojolabal. Desde luego, existen marcadas diferencias en lo que respecta a la metodología y a los fines de ambos tipos de investigación. Sin embargo, en nuestra opinión, la raíz de la incompreensión que aqueja en sus relaciones mutuas a abogados y antropólogos no radica en estas distinciones, sino en la pertinaz tendencia normativista de muchos "juristas" que, so pretexto de evitar contaminar un Derecho que *debe* (por cierto, por disposi-

¹¹ COOTER, Robert *op. cit.*, p. 4

¹² El propio COOTER señala la importancia de la distinción entre antropología jurídica y Derecho comparado, pero no desarrolla cuál puede ser ésta. Surge la disyuntiva: al estudiar dos órdenes jurídicos que pertenecen a tradiciones jurídicas distintas, ¿se hace antropología o Derecho comparado?

¹³ COLLIER, Jane F., *Law and Social Change in Zinacantan*, Stanford University Press, California, 1973.

¹⁴ MOORE, Sally Falk, *Social Facts and Fabrications: Customary Law in Kilimanjaro, 1880-1980*, Cambridge University Press, Nueva York, 1986.

¹⁵ SERRA, María Teresa, *Indian Rights and Customary Law in Mexico: A Study of the Nahuas in the Sierra de Puebla*, *Law and Society Review* 29, núm. 2, 1985, pp. 227-254.

ción normativa y no fáctica) de ser puro, se abstienen de analizar las otras (y existentes) dimensiones de lo jurídico. Muchas veces me he figurado el tremendo bostezo y el gesto de misericordia que provocaría entre los estudiosos de lo social un estudio jurídico que se concentrara en la exégesis, por ejemplo, del artículo 73 de la Ley de Amparo y la necesidad de su "exacta aplicación y observancia" entre los yaquis de Sonora.

III. ¿ES EL DERECHO UN SIMPLE FENÓMENO DE PODER?

Una vez que hemos destacado que los antropólogos sociales encuentran a sus interlocutores naturales en los juristas realistas, surge la necesidad de dilucidar qué razón existe para que entre aquellos predomine la idea de que el Derecho es ante todo un "fenómeno de poder",¹⁶ idea que, abierta o veladamente, ha sido sostenida en Occidente precisamente por los partidarios del voluntarismo de Estado desde hace más de tres siglos, es decir, por aquellos con quienes, paradójicamente, los estudiosos de lo social parecen tener vedada la posibilidad de diálogo.

Pareciera que a los antropólogos el concepto "poder" los refiriera de inmediato a una esfera de realismo y vinculación con una realidad ciertamente cruda. Hasta ahí podríamos estar de acuerdo. Pero centrar exclusivamente el análisis del Derecho en la relación que él mismo pueda tener con el ámbito de lo político nos parece equivocado y provoca, precisamente, el mismo error en el que incurren gustosos los defensores del voluntarismo de Estado.

Lo jurídico posee varias dimensiones distintas, siendo la política tan sólo una más de entre ellas y, durante largos periodos de la

¹⁶ Cfr., GÓMEZ VALENCIA, Herinaldy, *El Derecho indígena: una relación de poder*, en *Problemas Políticos Latinoamericanos*, año I, núm. 1, Universidad del Cantá, Popayán, diciembre de 1993, pp. 52-63; en el mismo sentido, principalmente en lo que se refiere al rango social y su relación con lo político, KENNEDY, John, *Inápuchi. Una comunidad tarahumara gentil*, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1970. Es sintomático también el comentario de María Teresa Serra, *Antropología jurídica...*, op. cit., p. 70: "Como todo derecho, el derecho indígena no es neutral, se construye y reproduce dentro de una trama de relaciones de poder." En este caso, la doctora Sierra remite a Roberto VARELA: "Identidad, control social, derecho: procesos de concentración de poder", en Victoria Chenault y María Teresa Serra (coords.), *Pueblos indígenas ante el Derecho*, CIESCAS-CEMCA, México, 1995.

historia, ni siquiera la más importante. En efecto, parece claro que a un jurista romano de la época clásica le habría repugnado la caracterización de la jurisprudencia como "fenómeno de poder". Lo propio podría decirse de los grandes estudiosos que, hacia el final de la Edad Media, lograron la consolidación del *Ius Commune* europeo, fenómeno que, dicho sea de paso, presentó siempre una notable independencia con respecto de las decisiones políticas concretas tomadas en las altas esferas del poder.¹⁷ Más aún, ¿puede hablarse del Derecho como producto exclusivo del poder político en épocas en que éste distaba mucho de estar consolidado, como sucedía en la Edad Media? "No hay Estado, entendiendo por tal no tanto la estricta noción que surgirá a partir de la Edad Moderna, sino la existencia de un poder político totalizante, de un 'microcosmos unitario que tiende a imponerse como estructura global provista de una voluntad omnicomprensiva'. El poder político medieval será incapaz de imponer esa voluntad totalizante... El Derecho no es monopolio del poder, 'es voz de la sociedad'".¹⁸ Luego, la separación que el Derecho ha experimentado para con su dimensión social es achacable a la consolidación del poder político moderno.

Así es que la historia del Derecho, esto es, la historia de las mentalidades jurídicas, o si se quiere, la historia del desenvolvimiento de la "idea jurídica", muestra que lo jurídico no se agota en una sola de sus dimensiones. En otras palabras, el Derecho no es sólo poder. Es también prestigio, ciencia, cosmovisión, sentido común, valores y más. Me parece, por ejemplo, que la explica-

¹⁷ Lo cual no impide reconocer que varios juristas bajomedievales, hombres de su tiempo, prestaron sus servicios a distintas causas políticas, como fue el caso de Imerio, quien mantuvo cercanía con la Margravina Matilde de Toscana. Inclusive, el desarrollo del *Ius Commune* fue promovido por el Sacro Imperio Romano Germánico bajo la idea de *Unum esse ius, cum unum sit imperium*. Nótese, sin embargo, que se trataba más de un reconocimiento imperial a la fructífera labor de los jurisconsultos que de un intento voluntarista de imposición mediante la expedición de leyes "generales, abstractas e impersonales". Cfr., ÁVILA DÍAZ, Alejandro R., *La sistemática jurídica y la escuela de los glosadores*, El Foro, Órgano de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, décima época, tomo IX, núm. 2, México, 1998, pp. 105-132.

¹⁸ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, en su *Prólogo* a Paolo Grossi, op. cit., p. 21. Si bien el autor reconoce que "el *ordo iuris* propuesto por teólogos y juristas no es pleno Derecho si no hay quien lo imponga", la experiencia medieval nos demuestra que la jurisprudencia es mucho más que simple y llano poder.

ción de la práctica del "tequio" (el trabajo gratuito que algunas comunidades indígenas imponen a sus miembros) no puede agotarse en la esfera del "poder", por cuanto que comporta una serie de valores comunales, una determinada concepción del Universo y, en fin, una cierta idea de la justicia.

En lograr la comprensión de la estructura polidimensional del Derecho radica, a nuestro entender, el gran reto de la antropología jurídica. Para llegar a ella, la antropología puede apoyarse en la historia del Derecho y en la historia del Estado, o bien resignarse a seguir el juego retórico marcado por las pautas que el voluntarismo de Estado ha impuesto.

IV. EL VOLUNTARISMO DE ESTADO

Ahora bien, si el análisis "político" que realiza la antropología respecto de lo jurídico se refiere exclusivamente al Derecho occidental moderno, podría afirmarse que es correcto. El Estado unitarista moderno sí se ha caracterizado por su voluntad totalizante, y sí ha logrado acumular el poder a grado tal que le ha permitido privilegiar a una de las antiguas fuentes formales del Derecho (curiosamente, la que más se adecuaba a su vigoroso voluntarismo, la ley) por encima de las otras (el desprecio moderno hacia la costumbre, hacia la Ciencia de los juristas y hacia la labor de los tribunales es pasmoso). El Estado unitarista sí ha sido capaz de reducir el Derecho a un simple fenómeno de poder, lo cual ha dado pie al surgimiento de nuevas categorías tales como la razón de Estado, el interés público y, del lado positivo, los derechos conocidos como "humanos".

De lo anteriormente expuesto resulta (y volvemos a las paradojas) que la antropología ha logrado un mayor éxito estudiando y explicando la realidad jurídica de las modernas sociedades occidentales, que el obtenido en el análisis de lo que pareciera, como hemos dicho líneas arriba, su objeto de estudio más propio: las sociedades diferentes a aquello que se ha caracterizado como "cultura occidental". Es preciso, pues, que se comprenda que no toda sociedad es voluntarista ni formalista, y que existen muchas civilizaciones que no podrían dormir tranquilas después de haber equiparado al Derecho con la ley.

Las categorías occidentales devienen en inocuas para explicar los fenómenos jurídicos no voluntaristas, y por ello, precisamente por ello, es que el Estado unitarista ha mostrado una tan acendrada miopía en la discusión que sobre la alternatividad de los órdenes jurídicos se ha presentado.

Resulta pertinente la referencia que el doctor Esteban Krotz realiza con respecto a uno de los "aspectos ideológicos" que revisten al Derecho (moderno, se entiende):

Consiste en la transmutación de legalidad en legitimidad, en la creación de consenso y aceptación de medidas y situaciones mediante meros procedimientos. En los Estados modernos, que se ostentan con frecuencia como "Estados de derecho" y que se basan en el supuesto, expresado usualmente en la constitución, de que el poder de sus instituciones ha emanado de la nación misma, los funcionarios, legisladores, jueces, etcétera, no necesitan recurrir ya para la justificación de sus actos a estos elementos constitucionales. Más bien lo suelen justificar mediante la referencia a determinadas disposiciones legales, presentando sus actuaciones como simple cumplimiento de éstas y a sí mismos como simples ejecutores y/o intérpretes de otras disposiciones legales. De este modo se entra en un cierto círculo vicioso, en el cual cualquier medida legal se justifica por otras medidas legales...¹⁹

En efecto, ¿quién podría negar que al no reconocer la evidente plurijuricidad existente en el país, el Estado mexicano ha actuado de acuerdo con la Constitución General de la República y con las "leyes que de ella emanan"?

El Derecho se reduce a la ley, y ésta, a través del monopolio que en la creación del Derecho se arroga el Estado, se eleva a la categoría de expresión de la "razón" del poderoso. "El Derecho, concebido así como *instrumentum regni*, deviene en un grupo de reglas autoritarias en manos del poder constituido. La norma jurídica se desarrolla totalmente desvinculada de la sociedad que

¹⁹ KROTZ, Esteban, *Antropología y Derecho*, en *México Indígena*, año IV, núm. 25, noviembre-diciembre, 1998, p. 12.

pretende regular.”²⁰ Ni la antropología jurídica ni la ciencia del Derecho pueden estar conformes con un estado tal de las cosas, si es que pretenden encontrar soluciones justas a los problemas emanados de la realidad social.

V. LA LEY Y SUS ENCRUCIJADAS

Desde luego que no estaríamos enfrascados en discusiones como la que hemos venido tratando de desarrollar de no existir ciertas circunstancias que por fuerza nos llevan a replantear el papel de la legislación y de las autoridades formales en Estados unitarios del tipo occidental. Empero, y más allá de esto, la discusión en México responde, como efecto inmediato, al levantamiento zapatista de 1994. Es éste el marco en que debemos analizarla y tratar de comprenderla.

Hemos visto que la realidad de lo jurídico no puede reducirse a la ley en tanto que expresión del voluntarismo del Estado Nacional. Nos debe surgir entonces el cuestionamiento serio acerca de las soluciones que buscamos para la evidente crisis por la que atraviesa el Estado Constitucional Mexicano. Me explico: si la realidad jurídica de los pueblos indígenas es mucho más rica de lo que pretende el legalismo formalista occidental, ¿por qué buscar con tanto empeño el reconocimiento formal de esa realidad por parte del Estado unitarista a través, por ejemplo, de Leyes de “Cultura y Derechos indígenas”? En otras palabras: ¿cambia en algo la realidad jurídica de los pueblos indígenas al momento en que es reconocida por la legislación nacional? A fuerza de ser consecuentes con los análisis realistas, la respuesta es claramente negativa.

Reenunciemos los cuestionamientos desde otro punto de vista: si la ley “mestiza” (se entiende, occidental) es un instrumento tan despreciable, ¿para qué pueden querer su reconocimiento los miembros de culturas distintas? ¿No es acaso la ley, como instrumento de un orden jurídico único y sistematizado, incompatible con la vocación del o de los derechos en una “sociedad de la di-

²⁰ GÓMEZ ROMERO, Luis, *Sobre el despotismo administrativo o la mejor manera de mentir a la Constitución*, “Bien común y gobierno”, en *Revista de la Fundación Rafael Preciado Hernández*, año 5, núm. 52, México, marzo de 1999, p. 19.

versidad”? Y todavía más: el reconocimiento legal e incondicional de las exigencias de los pueblos indígenas, ¿no traería consigo una “occidentalización” (es decir, desde una perspectiva radical, una degradación) de ellos mismos? Parecería más lógico el que los indígenas no exigieran reconocimiento sino tolerancia y hasta indiferencia, si es que verdaderamente no quieren formar parte del orden jurídico nacional. De lo contrario, su posición es tan débil y contradictoria como la de algunas defensoras del feminismo: despreciar al varón, pero buscar ser como él.

Contradicciones hay, y muchas. Por ejemplo, cuando algunas constituciones locales establecen que “la ley instituirá el sistema de justicia tradicional” de los pueblos indígenas, la paradoja aparece con claridad: si la ley “mestiza” lo instituye, el sistema de justicia ya no es tradicional y, por ende, ya no es indígena. Podrían darse argumentos en favor de una reforma que sustituya al verbo “instituir” por “reconocer”, pero, siendo serios, caeríamos en el terreno de las discusiones retóricas, tan caro a algunos juristas y antropólogos, mientras que en cuanto al fondo no resolveríamos nada.

La “encrucijada de la ley” proviene, precisamente, de la falta de comprensión que se presenta entre antropólogos, sociólogos y activistas de los derechos colectivos en torno a la cuestión de las fuentes del Derecho, particularmente en lo que se refiere a la importantísima labor que dentro de la labor creativa del mismo deben desempeñar los jurisprudentes. El día en que se comprenda el hecho innegable de que el Derecho es mucho más ciencia, sentido común y talento que legislación, un gran trecho se habrá avanzado, y muchos problemas encontrarán una reformulación auténticamente jurídica, esto es, auténticamente justa.

¿Qué problemas? Retomemos la fecundidad de la vía ejemplificativa: es claro que las definiciones legaloides del concepto “pueblo” no satisfacen a nadie. Y sin embargo, el concepto es, normativamente, importantísimo. Sin él carecen de sentido una serie de tratados internacionales que México se ha obligado a cumplir, e incluso uno de los principios fundamentales de la política exterior de nuestro país (el de la “libre autodeterminación de los pueblos”). La ley en esta materia, como en tantas otras, ha mostrado lo que don Emilio Rabasa (ilustre pensador, jurista y chiapaneco, por cierto) llamó su “incurable impotencia”. ¿No sería más lógico

y deseable que el concepto de "pueblo" proviniera del trabajo intelectual de sociólogos, antropólogos y juristas, y no de los cortos alcances del legislador? En particular, resultaría importantísimo definir lo que debemos entender por "pueblos indígenas". El trabajo académico serio y profundo, ¿no coadyuvaría a perfeccionar nuestra incipiente democracia en un Estado de Derecho que reconozca la diversidad, en forma mucho más importante que lo que podría llegar a hacerse desde San Lázaro?

Más ejemplos: es evidente que los llamados "derechos colectivos" (entre los que se ubica con frecuencia a los derechos "indígenas") entran en conflicto cuando se les enfrenta a esa categoría moderna de derechos conocidos como "derechos humanos",²¹ en tanto que éstos reflejan la visión individualista burguesa dominante en los primeros tiempos del constitucionalismo liberal. ¿Cómo reconocer la diversidad cultural a través de su expresión lógica, los derechos colectivos, sin sacrificar las libertades que ha brindado al individuo el régimen de los derechos humanos? Nadie tiene una respuesta absoluta. Pero sorprende ver que muy pocos juristas, y aún menos estudiosos de lo social, se han preocupado por analizar los derechos colectivos de que gozaron los pueblos medievales en la península ibérica. ¿Es que la vía del estudio de los "derechos forales" es estéril para encontrar soluciones a los problemas que actualmente nos presenta la crisis del Estado moderno? No lo creo. Al menos, la pereza intelectual (muchas veces oculta detrás de esas corazas que son las diatribas, las ideologías y las leyendas negras) no es causa suficiente para negarse a emprender un estudio al respecto. En éste, como en muchos otros casos, la historia del Derecho aparece como herramienta indispensable para quienes, desde la perspectiva de la antropología, de la sociología o del Derecho mismo, pretenden con buena voluntad replantear el papel moderno de "lo jurídico", lo cual, sin exageración, implica replantear a la modernidad misma.

VI. DOS CONCLUSIONES A MANERA DE MORALEJAS

La primera: siempre que haya juristas que no comprendan que la realidad "Derecho" va mucho más allá de la ley, los graves

²¹ Sobre todo cuando de los derechos de la mujer se habla.

problemas que la realidad social nos presenta seguirán sin contar con una solución que sea, jurídicamente, adecuada.

La segunda: en tanto que la antropología no comprenda que la realidad "Derecho" no se agota en la simpleza de los fenómenos de poder (con la ley como expresión perfecta de la voluntad del poderoso), aquella ciencia carecerá de la sensibilidad suficiente para valorar las posibles soluciones jurídicas que podrían darse a los problemas emanados de la realidad, y mucho menos podrá valorar la importancia del trabajo de los abogados, mismo que no puede agotarse en el ramplón análisis de las disposiciones legales, como ya intuía una monja mexicana del siglo XVII al exaltar las virtudes del jurista don Josef de Vega y Vique, asesor del Virrey Marqués de la Laguna, y hombre lleno de prestigio "extralegal":

Sois un Código animado,
pues si *a colligo*, se dijo
código, ¿quién como vos
las Leyes ha recogido?

Y si se dijo *a cogendo*,
¿quién como vos ha sabido
al imperio de las Leyes
sujetar los albedríos?

Que el triplicado Digesto
tenéis ya tan digerido,
que aún tenéis calor para otros
quincuagenarios de libros

Pandectas mejores sois,
que si esto suena lo mismo
que *comprehender*, vos más que ellas
lo habéis todo comprendido

En fin, no hay Constituciones,
Institutas ni Concilios,
ni Extravagantes, de quien
no sepáis vos el camino

Y esto, ¡aun vaya con Dios, que es
profesión que habéis seguido,
y aunque ser en ella docto
es mérito, no es prodigio!

Mas que también seáis Poeta,
es cosa que, al referirlo,
han de perder los Ingenios
el inicio que no han tenido,

cuando tan graves negocios
dependen de vuestro arbitrio,
descansando en vuestros hombros
el Americano Olimpo

¿Quién no quedará admirado
de que allá, en vuestros retiros,
juntéis el *Juris privato*
con el *Calescimus illo*:

y que, sin dejar de Astrea
el siempre igual equilibrio,
junto a lo *Juris-prudente*
tengáis lo *Musae-perito*...?²²

²² Fragmento del Romance 38 de Sor Juana Inés DE LA CRUZ, en *Obras completas*, tomo I, Lirica Personal, edición, prólogo y notas de Alfonso Méndez Plancarte, Fondo de Cultura Económica, Instituto Mexiquense de Cultura (Biblioteca Americana), 4a. reimpresión, México, 1995, pp. 108 y 109. Subrayados en el original.

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1931 Y EL JUICIO DE AMPARO MEXICANO

Eduardo FERRER MAC-GREGOR*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Anteproyecto de Constitución*. III. *Proyecto de Constitución de la Comisión parlamentaria*. IV. *Texto definitivo*. V. *Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales*. VI. *Ley de Orden Público*. VII. *Reglamento Orgánico del Tribunal de Garantías Constitucionales*. VIII. *Desaparición del recurso de amparo de garantías individuales*. IX. *Influencia del constitucionalista mexicano Rodolfo Reyes*. X. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El actual *recurso de amparo español* se prevé en el artículo 53 de la Constitución española de 1978. Si bien existen precedentes hispánicos de este instrumento en los procesos aragoneses de la Edad Media, no existe un entronque entre estos y aquél. Se ha considerado que el antecedente inmediato del contemporáneo recurso de amparo es el denominado *recurso de amparo de garantías individuales* regulado en el artículo 121 b de la Constitución republicana de 1931 y cuya competencia se atribuía al Tribunal de Garantías Constitucionales.

El origen en la introducción de este medio de control constitucional en la Constitución de 1931 se debió a distintos factores, entre los que destaca el conocimiento que tuvieron los políticos, juristas y legisladores españoles del *juicio de amparo mexicano*, que se reflejó en la propia Ley fundamental y sus leyes reglamentarias, como a continuación tratamos de evidenciar.

*Agradezco al distinguido historiador y profesor de la Escuela Libre de Derecho, Jaime del Arrenal Fenocho, por su apoyo en la localización de parte del material bibliográfico contenido en este breve ensayo.

II. ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN

El recurso de amparo previsto en la Constitución republicana de 1931, no se debe, por completo, y a diferencia de otros aspectos de la misma, a las propias Cortes Constituyentes. El movimiento doctrinal de la época,¹ la reacción frente al régimen anterior² y la influencia del amparo mexicano, contribuyeron para que los constituyentes pensarán en la introducción, por primera vez dentro del constitucionalismo moderno español, de una acción en manos del gobernado para combatir los actos de autoridad que fueran lesivos a sus derechos fundamentales y libertades públicas.

De esta manera, el 6 de julio de 1931, la Comisión jurídica asesora había previsto un instrumento denominado *juicio de amparo* en el Anteproyecto de la Constitución elevada al Gobierno Provisional de la República. En la presentación de dicho documento, el presidente de la Comisión, Ossorio y Gallardo, apostilla:

El Tribunal de Justicia Constitucional aparece por primera vez en nuestro mecanismo legal. La Comisión ha entendido muy conveniente que no prevalezcan las leyes anticonstitucionales; que puedan ser fácilmente dirimidos los conflictos de responsabilidad criminal a jueces y magistrados, ministros y presidente de la República; *que haya juicio de amparo*; y que exista una función jurisdiccional para el examen de las actas de Diputados y Senadores. Para todo ello hubiera podido pensarse en el Tribunal Supremo, cuyos prestigios aparecen aquí reconocidos mediante el llamamiento de varios de sus miembros, a formar parte de la nueva institución. Pero ha parecido, en definitiva, que la índole de sus funciones requería algo más que aportaciones estrictamente judiciales, con

¹ Sobre todo las enseñanzas de Hans Kelsen sobre el control de la constitucionalidad a través de un órgano especializado y que fueron acogidas y difundidas en Europa, tomando como modelo al Tribunal Constitucional austriaco.

² Debido a la recién terminada dictadura del general Primo de Rivera, resulta obvia la reacción natural en el nuevo régimen democrático de buscar instrumentos o mecanismos por los cuales se pudieran combatir los abusos de poder, mediante la protección efectiva de los derechos fundamentales y libertades públicas.

objeto de que la sociedad viese a los altos jueces más libres de prejuicios profesionales y de espíritu de cuerpo.³

Como se aprecia, la Comisión jurídica asesora tiene en cuenta la creación, por primera vez en España, de un genuino tribunal de constitucionalidad. Entre otras materias se le atribuía competencia para conocer del *juicio de amparo*. Así tenemos que el artículo 100, letra c), del citado Anteproyecto de Constitución establecía:

Se crea, con función general y soberana sobre todo el territorio nacional, una alta jurisdicción constitucional, que tendrá competencia para estatuir, definitivamente, sobre:

...c) El *juicio de amparo* cuando hubiere resultado ineficaz la gestión ante otras autoridades...

De la forma en que se encontraba regulado este medio de defensa constitucional, conviene puntualizar, desde ahora, la clara influencia del amparo mexicano. Por una parte, la terminología utilizada de "juicio de amparo" corresponde a la que se plasmó en México desde el siglo pasado. Además, se deduce que este juicio se encuentra dirigido a combatir todo género de actos de autoridad, es decir, se contempla un sistema de defensa integral contra todo acto que vulnere derechos fundamentales y libertades públicas.

Lo importante de este Anteproyecto consiste en que se sientan las bases de un sistema de medios de control constitucional; en este sentido, además del mencionado juicio de amparo y de los conflictos entre el Estado y las Regiones autónomas, el Tribunal de Justicia Constitucional conocía de la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos-leyes (artículo 100 a); los tribunales de justicia debían suspender el procedimiento cuando consideraran la aplicación de una ley contraria a la Constitución y dirigirse en consulta al Tribunal de Justicia Constitucional (artículo 78); y el

³ COMISIÓN JURÍDICA ASESORA, *Anteproyecto de Constitución de la República que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1931, pp. 6 y 7.

artículo 79 establecía que la ley regularía “un recurso contra la ilegalidad de las disposiciones de la Administración”.⁴

III. PROYECTO DE CONSTITUCIÓN DE LA COMISIÓN PARLAMENTARIA⁵

El 28 de julio de 1931 se constituyó la Comisión parlamentaria, presidida por Jiménez de Asúa. Esta Comisión tenía el encargo de la elaboración de un Proyecto de Constitución, ya que el Anteproyecto elaborado previamente por la Comisión jurídica asesora “no logró asenso unánime en el Consejo de Ministros. Cada miembro del Gabinete discrepaba en orientación o en puntos orgánicos del documento técnico y de sus compañeros de Ministerio”.⁶ La Comisión parlamentaria tomó dicho Anteproyecto como base para sus trabajos, presentando el dictamen definitivo al Parlamento el 27 de agosto de ese mismo año.

En el nuevo texto elaborado por la Comisión parlamentaria aparece previsto un *recurso de amparo de garantías individuales*, dentro del Título X —denominado “Garantías y reforma de la Constitución”—, pero regulado de manera distinta al anterior Anteproyecto. El artículo 117, letra a), del Proyecto de Constitución establecía:

Se instaure, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de:

a) El *recurso de amparo de garantías individuales*, cuando hubiere resultado ineficaz la reclamación ante otras autoridades.

⁴ En general, en cuanto a este Anteproyecto de Constitución, véase POSADA, Adolfo, “Chronique constitutionnelle d’Espagne”, en *Revue du droit public et de la science politique*, octubre-diciembre de 1931, pp. 810-824.

⁵ Sobre el debate político de este Proyecto, véanse: MORI, Arturo, *Crónica de las Cortes Constituyentes de la Segunda República española*, Madrid, Aguilar, 1932, tomo I; PÉREZ SERRANO, Nicolás, *La Constitución española (9 de diciembre, 1931)*, Madrid, Editorial de la Revista de Derecho Privado, 1932.

⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Madrid, Reus, p. 36.

Como puede apreciarse, existen las siguientes innovaciones con relación al Anteproyecto:⁷

1. El órgano encargado de conocer del recurso de amparo y en general de las controversias constitucionales cambia de denominación. El Tribunal de Justicia Constitucional es ahora llamado Tribunal de Garantías Constitucionales. Respecto a este Tribunal, el presidente de la Comisión Parlamentaria, Jiménez de Asúa, señala que este órgano “es parecido, en parte, al de Austria, pero, sobre todo, es una síntesis del régimen de Norteamérica, *del juicio de amparo de México* y del Tribunal de Conflictos de Francia”.⁸ Lo anterior nos lleva nuevamente a estimar la influencia del amparo mexicano en la Constitución de 1931, sin negar la importante influencia austriaca en la composición y funcionamiento de este órgano de justicia constitucional.⁹

2. El *recurso de amparo de garantías constitucionales* aparece enumerado en primer lugar entre las diversas materias que debía conocer el Tribunal de Garantías Constitucionales (artículo 117 a), a diferencia del Anteproyecto donde se establecía el *juicio de amparo* en tercer orden (artículo 100 c). Al parecer, la explicación resulta de la exclusión del recurso de inconstitucionalidad de las leyes de la competencia del nuevo Tribunal de Garantías Constitucionales, sustituyéndose por una denuncia de la supuesta inconstitucionalidad que tenía obligación de realizar este órgano, mediante un informe motivado al presidente de la República, de conformidad con el artículo 118 del Proyecto de Constitución.¹⁰ Lo anterior se debe, según parece, al propósito de salvaguardar la soberanía del Parlamento y de alguna forma, la del presidente de la República.

⁷ GARCÍA RUIZ, José Luis, *El recurso de amparo en el derecho español*, Madrid, Editora Nacional, 1980, pp. 52-53.

⁸ *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, op. cit., p. 75.

⁹ En cuanto a la influencia de Kelsen en la Constitución republicana, véase: CASCAJO CASTRO, José Luis, en la reseña sobre el coloquio organizado por el Instituto Español de Estudios Jurídicos, en la ciudad de Roma, el 30 de marzo de 1937, relativo al tema “Kelsen y la Constitución española de 1931”, en *Revista de Estudios Políticos*, enero-febrero de 1978, pp. 243-255.

¹⁰ Debe destacarse que en el texto definitivo de la Constitución republicana de 1931 desaparece esta denuncia, y se contempla nuevamente el recurso de inconstitucionalidad.

3. La palabra "juicio" fue sustituida por la de "recurso", terminología que resulta "más confusa, a los efectos de caracterizar el sistema que se creaba".¹¹

4. Se limita el objeto del ahora recurso a las "garantías individuales", dejando de abarcar la totalidad de las garantías, como se desprendía del Anteproyecto.

5. El ambiguo término "gestión" se sustituyó por el más preciso de "reclamación".

6. El vocablo "hubiere" fue sustituido por el de "hubiese", cambio de terminología que no provoca consecuencia alguna.

IV. TEXTO DEFINITIVO

El debate parlamentario, en lo que respecta al recurso de amparo, no introdujo prácticamente ningún cambio en relación con el Proyecto de Constitución. La única variante, sin trascendencia alguna, fue la sustitución del vocablo "resultado" por el de "sido".

Por otra parte, el recurso de amparo pasó a ser enumerado en segundo término, puesto que en este texto definitivo se prevé nuevamente el recurso de inconstitucionalidad.¹² El *recurso de amparo de garantías individuales* quedó definitivamente regulado en el artículo 121, letra b):

Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de:

...b) El *recurso de amparo de garantías individuales*, cuando hubiere sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades.¹³

¹¹ GARCÍA RUIZ, José Luis, *El recurso de amparo...*, op. cit., p. 52.

¹² Desaparece, por tanto, la denominada denuncia de inconstitucionalidad que se establecía en el artículo 118 del Proyecto de Constitución.

¹³ El articulado de la Constitución republicana de 1931 puede consultarse en las siguientes obras: SÁINZ DE VARANDA, Ramón, *Colección de leyes fundamentales*, Zaragoza, Acribia, 1957, pp. 656-678; SEVILLA ANDRÉS, Diego, *Constitución y otras leyes y proyectos políticos de España*, Madrid, Editora Nacional, 1969, pp. 215-250.

El Tribunal de Garantías Constitucionales¹⁴ conservó la misma denominación que se le había atribuido en el Proyecto. Como órgano de justicia constitucional le competía, además del *recurso de amparo de garantías individuales*, conocer del recurso de inconstitucionalidad de las leyes; de los conflictos de competencia legislativa y de cuantos surgieran entre el Estado y las Regiones autónomas y los de éstas entre sí.¹⁵

La legitimación activa para demandar en vía de amparo en contra de actos lesivos de las garantías individuales se encontraba regulada en el texto definitivo por el artículo 123, en donde se establecía en forma genérica,¹⁶ que resultaban competentes para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales: el Ministerio Fiscal; los jueces y Tribunales en el caso previsto por el artículo 100 de la propia Constitución,¹⁷ el Gobierno de la República; las Regiones españolas; y toda persona individual o colectiva aunque no hubiera sido directamente agraviada.

Se considera de interés el último de los supuestos de legitimación, al utilizarse una terminología similar a la de la Ley de Am-

¹⁴ Este órgano se integraba por un presidente designado por el Parlamento, sea o no diputado; el presidente del alto Cuerpo consultivo de la República; el presidente del Tribunal de Cuentas; dos diputados elegidos libremente por las Cortes; un representante por cada una de las Regiones españolas, elegido en la forma que determinare la ley; dos miembros nombrados por todos los Colegios de Abogados; y cuatro profesores de la Facultad de Derecho, designados por el mismo procedimiento entre todas las de España (artículo 122 de la Constitución).

¹⁵ Además de estas funciones de estricta justicia constitucional, le competía conocer: del examen y aprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes elegían al presidente de la República; de la responsabilidad criminal del jefe del Estado, del presidente del Consejo, de los ministros, así como del presidente y magistrados del Tribunal Supremo y del fiscal de la República.

¹⁶ El desorden e imprecisión en la formulación de los diversos supuestos de legitimación conducía a grandes dificultades de interpretación. Véanse los comentarios que al respecto realiza Nicolás PÉREZ SERRANO, en *La Constitución española de 1931. Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Público, 1932, p. 331.

¹⁷ Este artículo dice: "Cuando un Tribunal de Justicia haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución, suspenderá el procedimiento y se dirigirá en consulta al Tribunal de Garantías Constitucionales".

paro mexicana.¹⁸ En esta hipótesis de legitimación no sólo el agraviado directamente podía acudir al amparo del Tribunal de Garantías Constitucionales, sino también cualquier persona, sea física o moral “aunque no hubiera sido directamente *agraviado*”; lo cual equivale, como veremos más adelante, a la introducción de una auténtica acción popular.¹⁹

Otros dos artículos del texto definitivo tenían relación con el recurso de amparo. El artículo 105 preceptuaba que la ley organizaría Tribunales de Urgencia para hacer efectivo el *derecho de amparo de las garantías individuales*; y el artículo 124 señalaba que una ley orgánica especial, votada por las Cortes, establecería las inmunidades y prerrogativas de los miembros del Tribunal y la extensión y efectos de los recursos a que se refería el artículo 21, entre los cuales se encontraba el *recurso de amparo*. Estos Tribunales de Urgencia nunca llegaron a establecerse y la referida Ley orgánica tardó año y medio en promulgarse, como analizaremos a continuación.

V. LEY DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 124 de la Constitución de 1931,²⁰ las Cortes aprueban el 14 de junio de 1933 la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales. Es “sorprendente —afirma el diputado Elola— que una ley de esta calidad haya tardado tanto en ser puesta a debate”.²¹

La Ley se componía de 101 artículos y regulaba, en términos generales, la organización y elementos del propio Tribunal, especificando sus funciones y competencia. Así también regulaba los distintos supuestos previstos en el artículo 121 del mismo ordena-

¹⁸ El artículo 5º de la Ley de Amparo considera como una de las partes del juicio de amparo al “agraviado” (sujeto activo de la acción de amparo).

¹⁹ Sobre los alcances de esta acción popular, véase ALMAGRO NOSETE, José, “La ‘acción popular’ ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Valoración crítica”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 12, Madrid, UNED, invierno 1981-1982, pp. 65-83.

²⁰ Que dispone la creación de una ley que regulara, entre otras materias, los recursos establecidos por la propia Constitución.

²¹ Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes, núm. 340, correspondiente a la sesión celebrada el 18 de mayo de 1933, p. 27.

miento.²² Entre ellos figuraba el *recurso de amparo* previsto en nueve artículos (del 44 al 53), contenidos en el Título IV denominado: *Sobre el recurso de amparo de garantías constitucionales*.

El artículo 44 se refería al objeto del recurso de amparo. La Constitución había considerado como objeto a “las garantías individuales”; sin embargo, dicha terminología fue motivo de interpretaciones distintas dentro del debate parlamentario. Los diputados Ossorio y Gallardo, y Sánchez Román, pidieron que se concretaran los casos de procedencia del recurso de amparo, ciñéndolos a los derechos individuales clásicos. De esta forma se aprobó este artículo quedando de la siguiente manera:

Los derechos individuales que ha de garantizar el recurso de amparo establecido en el artículo 121, letra B, de la Constitución, serán los consignados en los artículos 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 38 y 39 de aquélla.²³

Además de los derechos y libertades contenidos en los mencionados artículos, debe también incluirse el relativo a la “pena de confiscación de bienes” contenido en el último párrafo del artículo 45 de la propia Constitución,²⁴ ya que, como bien lo apuntó en la Cámara Recaséns Siches,²⁵ se trata indiscutiblemente de un

²² Con excepción de la responsabilidad del presidente de la República (art. 121 e), ya que de conformidad con el artículo 85, *in fine*, de la propia Constitución, se preveía una ley de carácter constitucional para regular el procedimiento para exigir dicha responsabilidad; esta Ley fue promulgada el día 1º de abril de 1933 y publicada en la *Gaceta* el 8 del mismo mes; por lo cual, fue publicada casi tres meses antes de la promulgación de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales.

²³ Estos últimos artículos, objeto del recurso de amparo, en resumen se refieren a las siguientes garantías individuales: libertad de conciencia y culto (art. 27); de exacta aplicación de la ley en materia penal y debido proceso legal (art. 28); libertad personal y seguridad frente a detenciones ilegales (art. 29); no extradición por delitos político-sociales (art. 30); libertad de circulación y residencia e inviolabilidad del domicilio (art. 31); inviolabilidad de correspondencia (art. 32); libertad de profesión, industria y comercio (art. 33); libertad de expresión (art. 34); libertad de reunión y de manifestación (art. 38); y libertad de asociación y de sindicación (art. 39).

²⁴ Este artículo señala: “en ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes”.

²⁵ *Cfr.*, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 6 de junio de 1933, núm. 350.

derecho de carácter individual; aunque tal garantía individual no se encontrara de manera expresa dentro del texto de los artículos previstos como amparables, implícitamente se contenía dentro de los alcances del artículo 28.

El artículo 45 de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales establecía dos requisitos para la procedencia del recurso de amparo:

1. Que existiera acto concreto de autoridad gubernativa, judicial o de cualquier otra índole, que con respecto a un individuo determinado haya infringido alguna de las garantías individuales protegidas por este recurso.

2. Que no hubiese sido admitida o no hubiese sido resuelta la petición de amparo dentro del plazo legal por el Tribunal de Urgencia previsto en el artículo 105 de la Constitución, o bien, que dicho Tribunal hubiese dictado resolución denegatoria.

En relación con el primero de estos requisitos, se desprenden tres principios fundamentales que rigen al amparo mexicano: *a*) que el acto lesivo provenga de una autoridad; *b*) que este acto sea de carácter concreto; y *c*) que dicho agravio se concretice en algún individuo en particular.

Por lo que respecta al segundo requisito de procedibilidad, en realidad el Tribunal de Garantías Constitucionales se convertía en un órgano de última instancia en materia de amparo, ya que, en todos los casos, deberían haber conocido en primer grado los llamados Tribunales de Urgencia previstos por el artículo 105 de la Ley Suprema.

La competencia atribuida a los Tribunales de Urgencia resultaba ordinaria; y extraordinaria y subsidiaria la encomendada a aquel alto Tribunal. Como ya se apuntó con antelación, aquellos Tribunales nunca se crearon,²⁶ provocando que el Tribunal de Garantías Constitucionales conociera de todos los recursos de amparo.²⁷ Este Tribunal "se convirtió en instancia judicial única para el

²⁶ La Comisión jurídica asesora, en mayo de 1933, había empezado a estudiar y preparar el proyecto de ley para la creación de los frustrados Tribunales de Urgencia.

²⁷ Para una aproximación de los recursos de amparo resueltos por el Tribunal de Garantías Constitucionales, véase BASSOLS COMA, Martín, *La jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República española*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981. pp. 191-284.

amparo, viéndose obligado a intervenir frecuentemente en cuestiones minúsculas o infundadas en deterioro de la alta autoridad que le correspondía como Tribunal Constitucional".²⁸ Ante la ausencia de los Tribunales de Urgencia, con carácter provisional se agregó a dicha Ley una disposición transitoria segunda,²⁹ que de facto terminó por convertirse en definitiva durante el breve lapso del régimen republicano:

Mientras no estén constituidos los Tribunales de Urgencia a que se refiere el artículo 105 de la Constitución, no podrá interponerse el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías sin el requisito previo de que haya resultado ineficaz la reclamación ante la autoridad competente. Se entenderá por autoridad competente, a los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el superior jerárquico inmediato del agente o autoridad que haya causado el agravio. La reclamación se formulará en el plazo de cinco días, y el superior jerárquico deberá resolver dentro de los cinco días siguientes, transcurridos los cuales sin resolución, se considerará denegada.

Por otra parte, siguiendo las líneas fijadas en el artículo 123-5 de la Constitución, se desarrolló en el artículo 47 de la Ley del Tribunal uno de los supuestos de legitimación del recurso de amparo. En esta hipótesis la legitimación se amplía de tal manera que algunos autores la han considerado como una auténtica *acción popular*,³⁰ ya que podían interponer el recurso de amparo no sólo

²⁸ TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, "El recurso de inconstitucionalidad en el derecho español (1931-1936)", en *Revista del Instituto de Ciencias Sociales de la Diputación de Barcelona*, Barcelona, núm. 11, 1968, p. 19.

²⁹ Respecto a la propuesta de esta disposición transitoria, véase la intervención del Sr. PIÑUELA, *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, 1º de junio de 1933, núm. 348.

³⁰ Cfr., FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, UNAM, 1980, p. 93; GARCÍA RUIZ, José Luis, *El recurso de amparo...*, op. cit., pp. 58 y 108; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Proceso histórico de la ...*, op. cit., p. 481; PÉREZ SERRANO, Nicolás, *La Constitución de...*, op. cit., p. 331; OLIVER ARAUJO, Joan, *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, Universidad de Palma, 1986, p. 96; ALMAGRO NOSETTE, José, "La 'acción popular' ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Valoración crítica", en *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, núm. 16, invierno 1981-1982, pp. 65-83.

el individuo agraviado, sino cualquier persona física o moral. Para este último caso esta ley previó la necesidad de otorgar una caución, que se entiende con la finalidad de que no se utilizara de forma desmedida este medio de control constitucional y ocasionara una saturación de recursos en el nuevo Tribunal de Garantías Constitucionales.

Temiendo esta situación, el artículo 50 del mismo ordenamiento establece la facultad de la Sala de Amparo para imponer al recurrente culpable de notorio abuso de derecho, una multa, así como también la suspensión en el ejercicio profesional durante un periodo no inferior a dos años al letrado que incurriese en tales extremos.

La tramitación del recurso de amparo, regulado por los artículos 48 y 49 de la Ley del Tribunal, resultaba breve y sumaria. Durante cualquier momento del procedimiento, de conformidad con el artículo 51, podía pedirse la suspensión de la medida impugnada como agravio; en este caso, la Sala del Tribunal dictaba providencia con respecto a la persona del agraviado para que no sea eludida la acción de la justicia. La redacción de este último artículo engendra confusión, ya que “parece sólo referirse a la garantía de libertad personal y hacer del amparo español un simple *habeas corpus*, y comprendamos que se refiere a todo caso”.³¹ Esta posibilidad de tramitar un incidente de suspensión, nos confirma, nuevamente, la influencia del juicio de amparo mexicano.³²

Por último, el artículo 53 de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucional limitaba el objeto del recurso de amparo. Esta disposición señalaba que los que se interpusieran como consecuencia de la aplicación de la Ley de Orden Público en un determinado territorio, no podían referirse más que a infracciones de aquellas garantías o derechos que la autoridad debiera respetar, a pesar de la aplicación de la mencionada ley. Los recursos fundados en causa distinta que afectaran a derechos de los que sufrieran merma o interrupción en dichos estados excepcionales, deberían ser desechados

³¹ REYES, Rodolfo, *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*, Madrid, Espasa-Calpe, 1934, p. 287.

³² En este sentido se pronuncia Héctor FIX-ZAMUDIO (*Los tribunales constitucionales...*, op. cit., p. 93).

de plano. Los preceptos relativos al recurso de amparo regulados por esta Ley de Orden Público se analizan a continuación.

VI. LEY DE ORDEN PÚBLICO

De conformidad con esta Ley, expedida el 28 de julio de 1933 y publicada en la *Gaceta de Madrid* del 30 del mismo mes, se contemplaban tres posibilidades distintas que resulta importante distinguir, para los efectos del objeto del recurso de amparo. Esta tricotomía de estados eran: de prevención, de alarma y de guerra.

En los dos primeros existía una disminución, en diverso grado, de las garantías protegidas por el recurso de amparo, mientras que en el estado de guerra,³³ al trasladarse todas las competencias del orden público a la autoridad militar, resultaba incuestionable la improcedencia del recurso de amparo.

La declaración del estado de prevención,³⁴ de conformidad con el artículo 20 de la Ley, se decretaba en todo el territorio de la República o en parte de él cuando la alteración del orden público, sin llegar a justificar la suspensión de las garantías constitucionales, exigía que se adoptaran medidas no aplicables en régimen normal. En este sentido, el artículo 28 del mismo ordenamiento señalaba las medidas que la autoridad podía adoptar, debiendo agregar también lo preceptuado en los artículos 24, 25 y 26 del propio texto, relativo a la expulsión de los extranjeros declarados indeseables. Este estado de prevención es a lo que se refiere el artículo 53 de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales.³⁵

En cambio, en la declaración del estado de alarma —que se decretaba en casos de notoria e inminente gravedad en términos del artículo 34 de la Ley de Orden Público—, podían suspenderse

³³ De conformidad con el artículo 50 de esta Ley, la declaración y levantamiento del estado de guerra en todo el territorio de una Región autónoma sólo lo podía realizar el gobierno de la República.

³⁴ Tal declaración se debía hacer por decreto acordado en Consejo de Ministros y refrendado por su presidente, debiendo dar cuenta a las Cortes o a su Diputación permanente dentro de los diez días siguientes a la publicación del mismo en la *Gaceta de Madrid* (segunda parte del art. 20 de la Ley en estudio).

³⁵ Cfr., GARCÍA RUIZ, José Luis, *El recurso de amparo...*, op. cit., p. 102.

por decreto (de acuerdo con el artículo 42 de la Constitución) las garantías que la misma establecía en sus artículos 29, 31, 34 y 39,³⁶ total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él.

Excluyendo las garantías individuales contenidas en los citados artículos, con las protegidas por el recurso de amparo en el artículo 44 de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales, se puede considerar que en el estado de alarma, quedaban como subsistentes los derechos y libertades contenidos en los artículos 27, 28, 30, 32 y 33 de la Constitución, referentes, respectivamente: a la libertad de conciencia y religión; garantías procesales y penales; extradición por motivos políticos; inviolabilidad de la correspondencia; y libertad de profesión, industria y comercio. Nótese cómo los derechos y libertades objeto de supresión representan los de mayor importancia dentro de los derechos individuales, repercutiendo en la eficacia del recurso de amparo.³⁷

La diferencia entre el estado de prevención y el estado de alarma radica, fundamentalmente, que en la primera formalmente no existe suspensión de garantías individuales, pudiendo simplemente la autoridad tomar ciertas medidas extraordinarias, aunque materialmente algunas de estas medidas atentaban contra ciertos derechos y libertades fundamentales. En el estado de alarma, en cambio, existe una suspensión formal de garantías individuales. Pero no de todas. Sólo de las contenidas en determinados artículos constitucionales señalados en el párrafo precedente.

Por otra parte, el artículo 18 de la Ley que se analiza, contempla la posibilidad de interponer el recurso de amparo ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, en contra de la imposición de las multas reguladas por el propio artículo, sin que por ello sea obligado suspender la ejecución de la sanción impuesta.³⁸ La legi-

³⁶ Estos artículos se refieren a los siguientes derechos y libertades: exacta aplicación de la ley en materia penal y limitación del plazo de detención (art. 29); libertad de circulación, de residencia e inviolabilidad de domicilio (art. 31); libertad de expresión (art. 34); y libertad de reunión y asociación (art. 39).

³⁷ Cfr., GARCÍA RUIZ, José Luis, *El recurso de amparo...*, op. cit., p. 101.

³⁸ Para una aproximación de las sanciones de orden público durante la vigencia de la segunda República, véase MARTÍN RETORTILLO, Lorenzo, *Las sanciones de orden público en el derecho español*, Madrid, Tecnos, 1973, volumen I, pp. 48-53.

timación activa, en este caso, correspondía exclusivamente al multado. Los artículos 33 y 47 del mismo ordenamiento, remitiéndose al señalado artículo 18, preveían la posibilidad de interponer recurso de amparo contra las sanciones pecuniarias por infracción del orden público que fueran impuestas estando declarados los estados de prevención y alarma.

De lo anterior, merece la pena reparar en dos cuestiones que resultan de interés para la legitimación y competencia en el recurso de amparo.³⁹

a) La legitimación para interponer el recurso de amparo en la Ley de Orden Público resulta más reducida y limitada, con relación a la legitimación genérica que establecen los artículos 123 de la Constitución y 47 de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales.⁴⁰ En efecto, como se desprende de los artículos 18, 33 y 47 de la Ley de Orden Público, sólo se encuentra legitimado para acudir a la vía del amparo la persona a la que se le haya impuesto la multa.

b) Existe una evidente incongruencia entre la Ley de Orden Público, en relación con la Constitución y la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales. En el artículo 18 del primero de los textos se prevé la posibilidad de acudir directamente al Tribunal de Garantías Constitucionales, sin que se mencione en absoluto algún tipo de instancia previa ante los Tribunales de Urgencia. Sin embargo, los artículos 105 y 45 de los otros dos ordenamientos, respectivamente, establecen la necesidad de acudir en primera instancia a los Tribunales de Urgencia y de manera extraordinaria y subsidiaria al Tribunal de Garantías Constitucionales.

Esta Ley de Orden Público resultó de gran importancia para efectos del recurso de amparo debido a que la mayoría de los mismos se interponían con base en el artículo 18 de la propia Ley.⁴¹

³⁹ Cfr., GARCÍA RUIZ, José Luis, *El recurso de amparo...*, op. cit., pp. 107-110.

⁴⁰ Estos artículos contemplaban una verdadera acción popular. Podían interponer el recurso de amparo no sólo la persona agraviada, sino cualquier persona física o moral.

⁴¹ Es importante señalar que el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró procedentes y fundados la mayoría de los recursos de amparo, lo que indica que este medio de impugnación tuvo, en la práctica, una eficacia mayor de lo que se piensa, como bien señala GARCÍA RUIZ (*El recurso de amparo...*, op. cit. p. 121).

VII. REGLAMENTO ORGÁNICO DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Este Reglamento, compuesto de 111 artículos, regulaba de una manera más precisa la interposición y tramitación del recurso de amparo.

Respecto al requisito de procedibilidad relativo al acto concreto de autoridad gubernativa, judicial o de cualquier otro orden a que se refería el artículo 45 de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, el artículo 95 del Reglamento exigía la firmeza del acto por haberse desestimado las acciones y los recursos interpuestos contra ese acto ante las autoridades e instancias competentes —y ante el Tribunal de Urgencia en su momento—, sin perjuicio del incidente de suspensión.

Con relación a los plazos, como caso de excepción al genérico de cinco días para la interposición del recurso —contenido en la disposición transitoria segunda de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales—, se establecía el plazo señalado en la ley reguladora de las reclamaciones contra el acto causante del agravio (art. 96). Además, se precisaba el plazo de diez días para la contestación por parte de la autoridad inculpada, debiéndose dar vista por cinco días al recurrente de dicha contestación (art. 99). De igual forma, se señalaba un plazo de diez días comunes a las partes para que se practicaran las pruebas. Este Reglamento especificaba también los documentos necesarios que deberían acompañarse al escrito de interposición del recurso de amparo (art. 98).⁴²

Por otra parte, el Reglamento definía lo que debía entenderse por superior jerárquico para los efectos de la disposición transitoria 2a. de la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales, en relación con el número 2 del artículo 45 (artículo 96).⁴³ Señalaba

⁴² Estos documentos son: copia fehaciente de la resolución en que se suponga cometido el agravio; la del escrito de interposición; y todos aquellos documentos en que la parte funde sus derechos y sus respectivas copias.

⁴³ Por superior jerárquico se entendía: “al que por motivos de poder y subordinación en la jerarquía administrativa, resulte con este carácter, o al que en organizaciones de otro orden corresponda el conocimiento de los recursos contra las decisiones de determinada autoridad”.

a su vez que el escrito de petición del incidente de suspensión de la medida objeto del recurso se tramitaría a petición del interesado en escrito fundado, debiendo la Sección del Tribunal reclamar a la autoridad inculpada los antecedentes que estimare necesarios dentro del plazo de diez días, y tomando las medidas necesarias para que la persona del agraviado no se sustrajera a la acción de la justicia (art. 101).

VIII. DESAPARICIÓN DEL RECURSO DE AMPARO DE GARANTÍAS INDIVIDUALES

Unos meses después de la expedición del anterior Reglamento Orgánico del Tribunal de Garantías Constitucionales (el 5 de julio de 1935), el presidente del Consejo de Ministros, Alejandro Lerroux, presentó en el Congreso de los diputados un Proyecto de reforma constitucional, cuyo inspirador fue el propio presidente de la República, Niceto Alcalá-Zamora y Torres.⁴⁴ En la parte final del artículo único de este Proyecto, se previó la “supresión o reforma de los artículos 121, 122 y 123 relativos al Tribunal de Garantías Constitucionales”. Sin embargo, este Proyecto no se aprobó.⁴⁵

Posteriormente, durante la guerra civil, el Tribunal continuó funcionando con muchas turbulencias, resolviendo exclusivamente recursos de amparo. En noviembre de 1936 cambió su residencia a Valencia, debido al traslado del gobierno a dicha ciudad; reubicándose nuevamente casi un año después (en octubre de 1937) a la ciudad de Barcelona.⁴⁶

⁴⁴ Resulta incuestionable que el mencionado Proyecto de reforma fue inspiración de Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, ya que, en los primeros días del mes de enero de 1935 presentó al Consejo de Ministros un informe denominado “Tres años de experiencia constitucional”, que fue posteriormente asumido por el Ejecutivo y textualmente plasmado en la propuesta de reforma remitida a las Cortes. Lo anterior se confirma con la obra del propio ALCALÁ-ZAMORA, *Los defectos de la Constitución de 1931*, publicado conjuntamente con *Tres años de experiencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1981. En este mismo sentido, BASSOLS COMA, Martín, *La jurisprudencia del tribunal...*, op. cit., p. 58.

⁴⁵ Para establecer las razones por las cuales no se aprobó el Proyecto de Reforma Constitucional, véase la obra de ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto, *Los defectos de la Constitución de 1931*, op. cit., pp. 65-80.

⁴⁶ El 20 de agosto de 1936 dimitieron el presidente y todos sus vocales. Ello moti-

La desaparición del Tribunal de Garantías Constitucionales y, en consecuencia, del recurso de amparo, se produce de manera indirecta por el llamado Nuevo Estado, mediante Decreto de 4 de mayo de 1937, con ocasión de la reclamación de sueldos por parte de algunos funcionarios pertenecientes a dicho Tribunal y al Congreso de diputados de las Cortes.⁴⁷

IX. INFLUENCIA DEL CONSTITUCIONALISTA MEXICANO RODOLFO REYES

El juicio de amparo mexicano se dio a conocer entre los juristas y constituyentes españoles de 1931, en gran medida, a través de las enseñanzas del constitucionalista mexicano Rodolfo Reyes Ochoa,⁴⁸ debido a su exilio político por más de tres décadas en España. Este jurista mexicano difundió de manera apasionada nuestro juicio de garantías con sus coetáneos españoles, como él mismo lo señala: “he aprovechado todas las ocasiones que me ha brindado la generosa hospitalidad española para exponer algunas de nuestras conquistas jurídicas, y por otra parte la experiencia constituyente de mi patria concede especial oportunidad para el tema, del que paso a ocuparme. Materias como *el juicio de amparo de garantías, del que repetidas veces me he ocupado en las academias españolas, han logrado ya conocimiento perfecto de parte de algunos eminentes profesores que han de dirigir la nueva conciencia jurídica de España, y confío en que algunas observa-*

vó que se dictara el Decreto de 28 del mismo mes por el cual se suprimía el párrafo dos del artículo 3º de la Ley que exigía para el cargo de vicepresidente las mismas condiciones que para el de presidente. Así se produce una nueva redacción al artículo 24, relativo al orden y composición de las Secciones (presididas por un vicepresidente e integradas por el número de vocales que al efecto acordara el Pleno). Con ese tipo de organización el Tribunal funcionó hasta el final de la guerra. Cfr., BASSOLS COMA, Martín, *La jurisprudencia del tribunal...*, op. cit., pp. 62 y 63.

⁴⁷ Resulta curioso que en los Presupuestos del Gobierno de la República de 1937 y 1938, aparece la correspondiente partida presupuestaria dedicada al Tribunal de Garantías Constitucionales.

⁴⁸ Hijo del general y político Bernardo REYES y hermano del escritor y diplomático Alfonso REYES.

ciones puedan ser tenidas en cuenta”.⁴⁹ Así Reyes se convirtió en “uno de los principales divulgadores del tema”.⁵⁰

A su llegada a la capital española, impartió pronto una conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, en la sesión pública de 8 de febrero de 1916, sobre: *El juicio de amparo de garantías en el derecho constitucional mexicano*,⁵¹ conferencia que repitió en la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Bilbao. Con estas conferencias “iniciaba —dice Reyes— una campaña de revelación de nuestro gran recurso que he continuado sin cesar”.⁵²

De esta forma, destacados juristas y políticos fueron conociendo el juicio de amparo mexicano. Rafael Altamira desde 1910 tuvo conocimiento del mismo, a través de su visita a la Academia Central Mexicana de Legislación y Jurisprudencia, y de la cual Reyes era académico de número y secretario general, manifestándole en el discurso de recepción: “Decidle a España de esta máxima conquista, que por enseñanzas tuyas hemos perfeccionado y que es nuestro mejor orgullo, que se llama juicio de amparo”. Así, el catedrático Altamira se interesó por este mecanismo de control constitucional, haciendo del amparo objeto de estudio en el doctorado en derecho, motivando varias tesis alusivas.

Diversas personalidades también se fueron interesando en el amparo mexicano: Antonio Maura y Joaquín Sánchez de Toca pidieron a Reyes datos para su estudio, preocupados sobre todo por la función de equilibrio de poderes nacional y federados y su posible acoplamiento a las instituciones españolas; Fernando de los Ríos Urruti a través de sus viajes a México, de la mano de Reyes; y Víctor Pradera, que en su obra *Al servicio de la patria*⁵³ propuso la adopción del amparo en España, influenciado por su amigo y constitucionalista mexicano, con el matiz de que en caso

⁴⁹ REYES, Rodolfo, *Ante el momento constituyente español. Experiencias y ejemplos americanos*, Madrid, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, 1931, p. 10.

⁵⁰ GARCÍA CANALES, Mariano, “La Constitución española de 1931 y su aplicación”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núms. 31 y 32, enero-abril de 1983, pp. 209-264, en p. 259.

⁵¹ Publicada en Madrid, Establecimiento Tipográfico de Jaime Ratés, 1916.

⁵² Cfr., REYES, Rodolfo, *Ante el momento constituyente español*, op. cit., pp. 46-47.

⁵³ Madrid, Javier Morata, 1930, p. 67.

de inconstitucionalidad fuera advisora la resolución judicial y decisiva la del mismo Parlamento.

En esta línea de influencia, Vicente Roig Ibáñez presentó una ponencia sobre *La Constitución que precisa España*,⁵⁴ discutida en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid en 1929, en la cual se refiere a una jurisdicción especial ejercida por un "Alto Tribunal Constitucional". Y en este ambiente también se publicaron interesantes artículos periodísticos y en revistas, como el de Eduardo Gómez Vaquero,⁵⁵ que reflejan el interés y el conocimiento por los juristas españoles sobre el amparo mexicano. Este "recurso no era —afirma García Ruiz— algo desconocido por la doctrina española, en cuyo seno desde hacía ya algún tiempo, y en contraposición a la concreta situación de poder de los años veinte, habían adquirido extraordinario vigor las tesis sobre el Estado de derecho y no era ajena al tema del recurso de amparo como mecanismo idóneo para la tutela de derechos".⁵⁶

En el mes de mayo de 1931, como ya se precisó, quedó instalada la Comisión Jurídica Asesora encargada de realizar el Anteproyecto de Constitución. En esa fecha Reyes presentó a dicha Comisión un amplio estudio sobre el juicio de amparo mexicano, que después se publicó bajo el título *Ante el momento constituyente español. Experiencias y ejemplos americanos*.⁵⁷ El objetivo de este estudio era claro: la posible introducción del amparo en la futura Constitución republicana.⁵⁸ No sin razón Jiménez de Asúa —quien presidiera la Comisión parlamentaria para la elaboración del Proyecto de Constitución— consideró este trabajo de "especial relevancia para la Constitución de la República española",⁵⁹ ensayo

⁵⁴ Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1929.

⁵⁵ "El amparo del derecho. ¿Jurisdicción o recurso?", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, s. e., 1928, pp. 114-121.

⁵⁶ *El recurso de amparo en el derecho español*, op. cit., p. 40.

⁵⁷ Madrid, Compañía Ibero-Americana de Publicaciones, 1931.

⁵⁸ En este trabajo, después de establecer los orígenes, antecedentes, procedimiento, delimitaciones, eficacia y peligros del juicio de amparo mexicano y sus diferencias con el *writ of habeas corpus* y el *writ of error*, culmina con un interesante capítulo denominado: "El amparo: su posible adaptación a España".

⁵⁹ Dice JIMÉNEZ DE ASÚA: "Sobre el juicio de amparo en Méjico ha escrito importantes trabajos el Dr. Rodolfo REYES, pero de todos sus estudios tiene especial relevancia

que también fue tenido en cuenta en los debates parlamentarios de la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Simultáneamente Reyes insistió de manera puntual en una conferencia pronunciada en la Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid sobre *El amparo mejicano. Su adaptación a España*, dada en el curso de 1929-1930.

Además de sus trabajos y conferencias, Reyes difundió el amparo mexicano para su posible adaptación en España mediante comentarios directos y de viva voz a los legisladores de 1931, como señala Ossorio y Gallardo, presidente de la Comisión Jurídica Asesora: "Cuantos hemos pertenecido a las Cortes Constituyentes (a mucha honra), *debemos recordar con gratitud la entusiasmada asiduidad de Reyes, que no perdía sesión, presenciándola primero en la tribuna, comentándola después en los pasillos* y mostrando siempre una afanosa inquietud por el bien de España, por el éxito de España. Mientras muchos compatriotas nuestros creían cumplir un deber y hasta implantar una estética denigrando a las Constituyentes y a sus hombres, para Rodolfo Reyes esas Cortes eran la viva encarnación de España, y el gran amor a España del ilustre expatriado se aplicaba a ensalzar a la República y a sus hombres, a celebrar sus excelencias, a disimular sus desaciertos. ¡Qué gran español este mejicano!"⁶⁰

Siendo Reyes presidente de la Sección de Ciencias Morales y Políticas del Ateneo de Madrid, organizó un ciclo de conferencias sobre *El pensamiento político de la España de hoy y los problemas constituyentes*, durante los años 1932-1933.⁶¹ Estas conferencias despertaron el interés por el recién creado Tribunal de Garantías Constitucionales entre los juristas y políticos que parti-

para la Constitución de la República española, su opúsculo *Ante el momento constituyente español*, Madrid, C.I.A.P., 1931" (*Proceso histórico de la Constitución de la República española*, op. cit., nota 1, p. 75).

⁶⁰ "Prólogo" a la obra de Rodolfo REYES, *La defensa constitucional...*, op. cit., p. 10.

⁶¹ Véase un resumen de estas conferencias y de sus participantes en el "Discurso-resumen del ciclo de conferencias sobre 'El pensamiento político de hoy'" (pronunciado por Rodolfo REYES OCHOA, el 21 de mayo de 1933), en *Cuatro discursos*, Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1933, pp. 85-126.

ciparon en dicho ciclo.⁶² En su discurso inaugural ya Reyes de manera puntual dijo: "La Constitución ha creado los recursos de amparo de garantías constitucionales y de inconstitucionalidad, y el poderosísimo Tribunal de Garantías ¿Sería posible, rigiendo integralmente esos juicios y funcionando en toda su órbita ese Tribunal, desarraigar todo lo que del pasado hay que arrancar para que surja la vida española nueva en todos sus órdenes? El que va a la cabeza de la responsabilidad gubernativa, con claridad y valor laudables lo ha dicho en Valladolid hace muy poco: 'La Ley orgánica del Tribunal de Garantías es bastante difícil...'"⁶³

La difusión de Reyes del juicio de amparo mexicano resulta clara, y se hace patente además en su obra *La defensa constitucional. Recursos de inconstitucionalidad y amparo*.⁶⁴

X. CONCLUSIONES

Sin negar la influencia austriaca, el *juicio de amparo mexicano* influyó de manera importante en la introducción, por vez primera en el constitucionalismo contemporáneo español, del *recurso de amparo de garantías individuales* previsto en la Constitución republicana de 1931. Esto se debió fundamentalmente a las enseñanzas del constitucionalista mexicano Rodolfo Reyes, que al encontrarse en territorio español, debido a su exilio político, difundió ampliamente y de manera entusiasta nuestro juicio de garantías a través de conferencias, publicaciones, ensayos y comentarios directos a políticos, juristas y legisladores que intervinieron en los debates parlamentarios de la Constitución y de la respectiva Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales; incluso presentando diversos trabajos a las propias Cortes Constituyentes.

⁶² Debe tenerse en cuenta que en ese mismo año de 1933 se emitió la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales después de un interesante y activo debate parlamentario, en el que incluso se tuvieron en cuenta las aportaciones de Rodolfo REYES.

⁶³ "Problemas Constituyentes", en *Cuatro discursos*, op. cit., p. 42 (discurso inaugural del curso de la Sección de Ciencias Morales y Políticas del Ateneo de Madrid, pronunciado por el presidente de la misma, Rodolfo REYES, el 21 de noviembre de 1932).

⁶⁴ Madrid, Espasa-Calpe, 1934.

La influencia del *juicio de amparo mexicano* se aprecia en distintos aspectos de la Constitución republicana de 1931 y leyes que la reglamentaron, entre los que destacan: a) la denominación del medio de control constitucional: *recurso de amparo de garantías individuales*; b) algunos supuestos y principios de procedencia del amparo; c) el mismo objeto del amparo: las garantías individuales; y d) el trámite de suspensión del acto reclamado que previó la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales.

LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA CIVIL

CONFORME A LAS REFORMAS QUE ENTRARON
EN VIGOR EL 24 DE JULIO DE 1996

(Artículos 346 a 356 del Código de Procedimientos
Civiles para el Distrito Federal)

Oscar GUTIÉRREZ PARADA

SUMARIO: I. *Introducción. Concepto de la prueba pericial.* II. *Peritos designados por las partes; a) Supuesto normativo adjetivo; b) Ofrecimiento de la prueba pericial (requisitos); c) Actos previos a la admisión de la prueba pericial; d) Admisión; e) Desahogo; f) Sanciones procesales.* III. *Perito tercero en discordia; a) Supuestos normativos adjetivos; b) A quiénes puede designar o nombrar peritos el juez; c) Desahogo; d) Sanciones procesales.* IV. *Peritajes sobre el valor de cualquier clase de bienes y derechos (avalúos); Reglas.* V. *Recusación de perito nombrado o designado por el Juez; a) Supuesto normativo adjetivo; b) Causas de recusación; c) Procedimiento de recusación; d) Sanciones procesales.* VI. *Derechos y obligaciones de las partes en materia de prueba pericial.* VII. *Jurisprudencia y criterios contenidos en ejecutorías. a) En relación a la valoración de la prueba pericial; b) Cuando se ordena reposición del procedimiento para recibir la prueba pericial; c) Respecto del carácter colegiado de la prueba pericial.* VIII. *Artículos del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, relativos a la prueba pericial.*

I. INTRODUCCIÓN

Con base en el decreto expedido por el congreso de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del día 24 de mayo de 1996, se reformaron, adicionaron y derogaron diversas disposiciones del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de la Ley Orgánica de Nacional Financiera, del Código de Comercio, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, y del Código Civil para

el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Las modificaciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y al Código de Comercio, contenidas en el Decreto mencionado, entraron en vigor sesenta días después de haberse publicado en el *Diario Oficial de la Federación* dicho Decreto, conforme a lo establecido en el artículo primero transitorio del propio Decreto, por lo que a partir del 24 de julio de 1996, están vigentes las modificaciones (reformas, adiciones y derogaciones) correspondientes a los ordenamientos indicados.

Es importante considerar que tales modificaciones no serán aplicables a persona alguna que tenga contratados créditos con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto referido, es decir, antes del 24 de julio de 1996, ni tampoco serán aplicables tratándose de novación o reestructuración de créditos contraídos antes de la fecha indicada.

En este punto es criticable el que se haga uso de la palabra reestructuración, pues es un término que no tiene una exacta connotación jurídica, debiéndose considerar que las operaciones coloquialmente denominadas reestructuraciones surgieron con motivo del crecimiento de la cartera vencida de las instituciones bancarias respecto de créditos producto de tarjetas de crédito, hipotecarios, prendarios, refaccionarios, de habilitación o avío y similares, en los que el deudor cayó en mora por las condiciones económicas y financieras del país.

Las reestructuraciones, coloquialmente denominadas así, son, jurídicamente vistas, convenios modificatorios relativos a un crédito contratado, en la mayoría de los casos, con anterioridad a diciembre de 1994. Asimismo, es motivo de reflexión la equiparación entre novación y reestructuración, ya que en el artículo primero transitorio del Decreto de modificaciones se establece ...tratándose de novación o reestructuración... (el subrayado es nuestro).

El objetivo de este trabajo es presentar sistemáticamente las reformas, adiciones y derogaciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en materia de prueba pericial, pues consideramos que tales modificaciones redimensionan substancialmente la prueba pericial (La referencia al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, la abreviaremos así CPCDF).

Concepto de la prueba pericial

La prueba pericial es un medio de prueba por el que una persona, llamada perito (juez de hecho —*judice facti*—), auxilia al juez con sus conocimientos especializados en una ciencia, arte, técnica, oficio o industria, en la investigación de los hechos controvertidos. (véase: BECERRA, Bautista José, *El Proceso Civil en México*, Ed. Porrúa, 1997, pp. 123, 124 y ss.).

En la práctica observamos que la prueba pericial gira en torno a la necesidad de obtener elementos de conocimiento especializados y técnicos de una ciencia, arte, técnica, oficio o industria, por lo que si bien el dictamen que emiten los peritos debe elaborarse con base en esos conocimientos, el peritaje que realmente auxilia al juez en el conocimiento de los hechos controvertidos respecto de los cuales se requieren conocimientos especializados, es aquel peritaje o dictamen que en sus conclusiones y observaciones proporciona datos inherentes a la *litis* —hechos controvertidos— y que le permiten al juez tomar decisiones jurídicas pertinentes y relevantes a la controversia planteada.

II. PERITOS DESIGNADOS POR LAS PARTES

a) Supuesto normativo adjetivo

Que se requieran conocimientos especiales en una ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre una o varias cuestiones de la *litis* sobre los que haya que proporcionar al juez elementos de conocimiento especializados (Art. 346, 1er. párrafo, CPCDF)

El juez tiene la obligación procesal de desechar de oficio la pericial que se ofrezca o proponga en cualquiera de los casos siguientes (Art. 346, 1er. párrafo, CPCDF):

- Pericial que se ofrezca y verse sobre conocimientos generales que conforme a la ley se presuponga como necesarios en los jueces;
- Pericial que se ofrezca respecto de conocimientos que se encuentren acreditados en autos con otras pruebas, y

- Pericial que se ofrezca o proponga sobre conocimientos que se refieran a simples operaciones aritméticas o similares.

b) Ofrecimiento de la prueba pericial (requisitos)

1. Señalar con precisión la ciencia, arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deba practicarse la prueba (Art. 347-I, CPCDF).

2. Señalar:

a) Los puntos sobre los que versará la pericial (Art. 347-I, CPCDF), y

b) Las cuestiones que se deben resolver en la pericial.

3. Señalamiento de la cédula profesional, calidad técnica, artística o industrial del perito que se proponga (Art. 347-I, CPCDF).

4. Señalar nombre, apellidos y domicilio del perito que se proponga (Art. 347-I, CPCDF).

5. Relacionar la prueba pericial que se ofrece con los hechos controvertidos correspondientes (Art. 347-I, CPCDF).

6. De suma importancia, al ofrecer la prueba pericial, es tomar en cuenta los requisitos genéricos para el ofrecimiento de cualquier prueba, contenidos en el nuevo artículo 291 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, también de nueva redacción. Conforme a dicho artículo el oferente de la prueba pericial, además de lo ya señalado, está obligado a lo siguiente:

a) Expresar claramente el hecho o hechos que se trata de demostrar con la prueba pericial, y

b) Expresar las razones por las que el oferente de la prueba considera que se demostrarán sus afirmaciones.

c) Actos previos a la admisión de la prueba pericial

El Juez, antes de admitir la prueba pericial, dará vista a la parte contraria por el término de tres días para que (Art. 348, CPCDF):

— Se manifieste sobre la pertinencia de tal prueba, y

— proponga la ampliación de otros puntos y cuestiones.

d) Admisión

Si la prueba está debidamente ofrecida, el Juez la admitirá (Art. 347-III, CPCDF).

El Juez debe analizar si se realiza el presupuesto procesal para que proceda la pericial. Este análisis viene a ser una verificación de la realización del supuesto normativo adjetivo referido en el inciso A). Asimismo, el Juez debe constatar que se reúnen los requisitos de ofrecimiento de la prueba y que no se está en alguno de los supuestos de desechamiento de oficio ya mencionados.

e) Desahogo

1. Preparación una vez admitida la prueba:

a) Presentación de escrito en el que el perito acepte el cargo y proteste desempeño.

- En el caso de Juicio Ordinario, dentro del plazo de tres días de haberse admitido la prueba pericial, el oferente queda obligado a que su perito presente escrito en el que acepte el cargo y proteste su fiel y legal desempeño (Art. 347-III, CPCDF, tres días para el caso de juicios ordinarios).
- En el caso de juicio sumario, especial o de trámite específicamente singular, *las partes están obligadas a presentar a sus peritos en el plazo de tres días siguientes de haberse dictado el proveído en que se les tenga por designados a los peritos* (Art. 347-IV, CPCDF).

b) Al escrito mencionado en el inciso que antecede, el perito debe:

— Anexar copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica, oficio o industria para el que se le designa (Art. 347-III, CPCDF).

— Manifestar, bajo protesta de decir verdad, que conoce los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial (Art. 347-III, CPCDF).

— Manifestar, bajo protesta de decir verdad, que tiene la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular (Art. 347-III, CPCDF).

2. Desahogo propiamente dicho:

El desahogo de la prueba pericial, propiamente dicho, consiste en la realización de un conjunto de actos por parte del perito, mismos que giran en torno a la naturaleza y materia de la pericial de que se trate, hasta culminar en la presentación del peritaje respectivo.

Visto con mayor detenimiento, el desahogo tiene una primera fase que se conforma por el desarrollo de las actividades del perito para elaborar el dictamen y que concluye al presentarse el dictamen de que se trate. Podemos distinguir una segunda fase que consiste en el desahogo de las preguntas o cuestiones formuladas por las partes, por parte del perito, pero que no es necesaria, pues depende que una de las partes, o ambas, solicite la comparecencia del o los peritos a la audiencia para interrogarlos en relación al peritaje que hayan rendido (Art. 350, CPCDF., véase apartado V, punto 7, de este trabajo).

a) El perito está obligado a *rendir* su dictamen en los plazos siguientes:

— En juicios ordinarios, dentro de los diez días siguientes a la fecha en que el perito haya presentado el escrito de aceptación y protesta del cargo (Art. 347-III, CPCDF).

— En juicios sumarios, especiales o de trámite específicamente singular, dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado el cargo (Art. 347-IV, CPCDF).

b) El perito debe presentar el original de su cédula profesional o los documentos con los que acredite su calidad de perito en el arte, técnica, oficio o industria de que se trate (Art. 347-VII, CPCDF).

No está claro el plazo que tiene el perito para presentar dichos documentos, por lo que se considera que lo debe hacer en el mis-

mo plazo que tiene el perito para presentar el dictamen o al momento de presentar el dictamen de que se trate, debiéndose diferenciar si es juicio ordinario —diez días— o juicio sumario, especial o de trámite específicamente singular —cinco días—.

Creemos conveniente que en consideración a la falta de precisión en la ley al respecto, el perito podrá solicitar, en el escrito de aceptación y protesta del cargo, que se señale día y hora para comparecer a presentar los documentos en cuestión, sin embargo, esta solicitud iría en contra del principio de economía procesal, por lo que es más conveniente que al momento de ratificar el dictamen presentado se exhiba el original de la cédula profesional o de los documentos por los que se acredite su calidad de perito en el arte, oficio, técnica o industria de que se trate, asentando razón en autos de que se tuvo a la vista el original correspondiente.

Importante observar que respecto de la ratificación del dictamen, estamos en presencia de una práctica judicial de la que no existe norma procesal alguna que prescriba que el dictamen pericial debe ser ratificado por el perito de que se trate.

f) Sanciones procesales

1. La falta de presentación del escrito del perito del oferente de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, da lugar a que el Juez designe perito en rebeldía del oferente de la prueba (Art. 347-VI, CPCDF).

2. Si la contraria no designa perito, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente (Art. 347-VI, CPCDF).

3. Si el perito designado por la contraria no presenta el escrito de aceptación y protesta del cargo (cumpliendo los requisitos ya mencionados), dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen pericial que rinda el perito del oferente (Art. 347-VI, CPCDF).

4. Si el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo *no presenta su dictamen* en el término que corresponda (ordinario diez días o cinco días en tratándose de juicio sumario, especial o de trámite específicamente singular), se entenderá que la parte que lo ofreció acepta el perita-

je que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con ese dictamen (Nota: el carácter colegiado de la pericial debe matizarse, es decir, ya no es consustancial a dicha prueba) (Art. 347-VI, 1er. párrafo, CPCDF).

5. Si los peritos designados por ambas partes no rinden su dictamen en tiempo, el Juez designará en rebeldía de ambas partes *un perito único*, el que rendirá su dictamen en los plazos señalados para el caso de juicio ordinario —diez días— y de juicios sumarios, especiales o de trámite específicamente singular —cinco días. (Art. 347-VI, 2o. párrafo, segunda parte, CPCDF).

6. Si como lo hemos señalado en el punto seis, del inciso B), de este apartado, si al ofrecer la prueba pericial, así como las demás pruebas, no se hacen los señalamientos que allí se mencionan, la prueba pericial ofrecida será desechada por el juez, situación que se confirma con lo establecido en el artículo 298 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, también reformado, en el que se dispone que en ningún caso se admitirán pruebas que, entre otros supuestos, no reúnan los requisitos establecidos en el artículo 291 del ordenamiento citado.

III. PERITO TERCERO EN DISCORDIA

a) Supuestos normativos adjetivos

1. Que los dictámenes de las partes rendidos resulten substancialmente contradictorios (Art. 349, 1er. párrafo, CPCDF), y

2. Que con base en tal contradicción, substancial, desde luego, el juez considere que no es posible encontrar conclusiones que le aporten elementos de convicción (Art. 349, 1er. párrafo CPCDF).

3. La designación o nombramiento de perito tercero la hace el juez (Art. 349, 1er. párrafo, CPCDF).

b) A quiénes puede designar o nombrar peritos el juez

1. A personas autorizadas como auxiliares de la administración de justicia por la autoridad local respectiva (Art. 353, 1er. párrafo, CPCDF).

2. A quien sea propuesto, a solicitud del juez, por (Art. 353, 1er. párrafo, CPCDF):

- Colegios, asociaciones o barras de profesionales, artísticas, técnicas o científicas
- Instituciones de educación superior públicas o privadas
- Cámaras de industria o comercio
- Confederaciones de cámaras,
- Confederación de cámaras a la que corresponda el objeto del peritaje

c) Desahogo

1. Preparación:

a) Debe notificársele al perito su designación o nombramiento (Art. 349, 1er. párrafo, CPCDF):

En el caso de que la designación del perito vaya a hacerse por alguna de las instituciones mencionadas en el inciso B), punto 2, de este apartado, la nominación correspondiente deberá realizarse en un término no mayor de cinco días por parte de la institución de que se trate, contado a partir de la recepción de la notificación o mandamiento que expida el juez (en el que el propio Juez hace la solicitud a la institución correspondiente) (Art. 353, 2o. párrafo, ambos del CPCDF).

b) El perito debe presentar escrito de aceptación y protesta del fiel y legal desempeño del cargo en un plazo de tres días (contados a partir de la notificación en que se le haga saber su designación o nombramiento) (Art. 349, 1er. párrafo, CPCDF).

c) A dicho escrito el perito debe anexar copia de su cédula profesional o documento que acredite su calidad de perito en el arte, técnica, oficio o industria para el que se le designa (Art. 349, 1er. párrafo, CPCDF).

d) En dicho escrito el perito debe manifestar, bajo protesta de decir verdad, que tiene la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular (Art. 349, 1er. párrafo, CPCDF).

e) En el escrito en el que el perito acepte y proteste el cargo, debe también señalar el monto de sus honorarios conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, dichos honorarios deberán ser autorizados por el juez y serán cubiertos por ambas partes en igual proporción (Art. 349, 1er. párrafo, CPCDF).

2. Desahogo propiamente dicho:

El desahogo de la prueba pericial, propiamente dicho, consiste en la realización de un conjunto de actos por parte del perito, mismos que giran en torno a la naturaleza y materia de la pericial de que se trate, hasta culminar en la presentación del peritaje respectivo.

Visto con mayor detenimiento, el desahogo tiene una primera fase que se conforma por el desarrollo de las actividades del perito para elaborar el dictamen y que concluye al presentarse el dictamen de que se trate. Podemos distinguir una segunda fase que consiste en el desahogo de preguntas por parte del perito, pero que no es necesaria, pues depende que una de las partes, o ambas, solicite la comparecencia del o los peritos a la audiencia para interrogarlos en relación al peritaje que hayan rendido, lo cual se denomina "junta de peritos" (Art. 350, CPCDF., véase apartado V, punto 7, de este trabajo).

- a) El peritaje a cargo del perito tercero en discordia, debe rendirse precisamente en la audiencia de pruebas (Art. 349, 2o. párrafo, CPCDF).
- b) En caso de que el perito no rinda su dictamen, el Juez designará *otro perito* tercero —3o.— en discordia y, de ser necesario, el juez suspenderá la audiencia para el desahogo de la prueba en cuestión (Art. 349, 3er. párrafo, CPCDF).

d) Sanciones procesales

Si el perito tercero —3o.— en discordia no rinde su dictamen (peritaje), será sancionado pecuniariamente en favor de las partes con el importe de una cantidad igual a la que cotizó por sus servicios en los términos de la Ley Orgánica del Tribunal Superior

de Justicia del Distrito Federal, al aceptar y protestar el cargo. En este caso el tribunal dictará proveído de ejecución en contra de dicho perito tercero en discordia (Art. 349, 2o. párrafo, CPCDF).

El juez debe hacer saber al tribunal pleno o a la institución que lo haya propuesto a solicitud del propio juez, que el perito respectivo incumplió y que respecto de él se dictó proveído de ejecución (Art. 349, 2o. párrafo, CPCDF).

IV. PERITAJES SOBRE EL VALOR DE CUALQUIER CLASE DE BIENES Y DERECHOS (AVALÚOS)

La pericial que tiene por objeto determinar el valor de un bien o un derecho equivale a que un perito en materia de valoración o justipreciación de bienes y derechos realice un avalúo, por lo que la fórmula que se utiliza en la ley no es afortunada —Art. 353, 3er. párrafo, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal—, pues su lectura nos lleva en forma equívoca a referir que los peritajes sobre el valor de cualquier clase de bienes y derechos se realizarán por avalúos que practiquen dos corredores o instituciones de crédito, y esto no es exacto.

En efecto, si bien el avalúo es en sí un dictamen en materia de valoración o justipreciación de bienes o derechos, el peritaje es la tarea realizada por un perito que se concreta en un dictamen y si éste versa sobre valores o justipreciaciones se le conoce como avalúo y, por tanto, no es correcta la fórmula utilizada por el legislador, pues lleva a pensar que el avalúo es realizado por peritajes que practican peritos en materia de valoración o justipreciación de bienes y derechos.

Más afortunado hubiera sido establecer que los peritajes o dictámenes que versen sobre la valoración o justipreciación de bienes y derechos serán avalúos que practiquen dos corredores públicos o instituciones de crédito.

Reglas

1. Los avalúos se practicarán por dos corredores públicos o dos instituciones de crédito (Art. 353, 3er. párrafo, CPCDF).

2. Los peritos valuadores, bien sean corredores públicos o instituciones de crédito, podrán ser nombrados o designados por las partes, uno por cada una de las partes. (Art. 353, 3er. párrafo, CPCDF).

3. Si los avalúos son diferentes en los montos, pero la diferencia no es mayor del 30% en relación con el monto mayor, se mediarán estas diferencias, es decir, se obtendrá un promedio entre ambas cantidades (Art. 353, 3er. párrafo, CPCDF).

4. Si la diferencia de los montos es mayor al 30%, se nombrará o designará un perito tercero en discordia (Art. 353, 3er. párrafo, CPCDF), aplicándose la normativa en materia de perito tercero —3o.— en discordia.

5. Como sanción, si el perito designado por alguna de las partes no exhibe el avalúo, el valor de los bienes y derechos de que se trate será el del avalúo que se presente por la parte que lo exhiba, perdiendo la contraria su derecho para impugnarlo (Art. 353, 4o. párrafo, CPCDF).

6. Cuando el Juez lo estime necesario, podrá designar a algún corredor público, institución de crédito, o al Nacional Monte de Piedad o dependencias o entidades públicas, para que practiquen avalúos (Art. 353, 5o. párrafo, CPCDF).

7. Cuando el tribunal designe o nombre peritos, los honorarios se cubrirán por mitad por ambas partes en proporción igual (Art. 353, 6o. párrafo, CPCDF).

En este supuesto, y como sanción, la parte que no pague los honorarios será apremiada por resolución que contenga ejecución y embargo en sus bienes (Art. 353, 6o. párrafo, CPCDF).

Asimismo, como sanción, si una de las partes no cumple con el pago de honorarios, determinado como carga procesal, al perito designado o nombrado por el juez, perderá el derecho a impugnar el peritaje que rinda el perito designado por el Juez (Art. 353, 6o. párrafo, CPCDF).

V. RECUSACIÓN DE PERITO NOMBRADO O DESIGNADO POR EL JUEZ

a) *Supuesto normativo adjetivo*

La recusación es el rechazo justificado de un perito por actualizarse el supuesto normativo previsto en la ley inherente a la afectación de la objetividad e imparcialidad que debe prevalecer en la realización del peritaje o dictamen correspondiente.

El presupuesto normativo-adjetivo de la recusación es que se trate de un perito designado o nombrado por el Juez, por lo que no será procedente solicitar la recusación de un perito designado o nombrado por las partes (Art. 351, 1er. párrafo, CPCDF).

b) *Causas de recusación*

1. Que el perito sea pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado, de alguna de las partes, sus apoderados, abogados, autorizados (léase: personas autorizadas para oír y recibir notificaciones y documentos), o del juez o sus secretarios (Art. 351-I, CPCDF).

2. Que el perito tenga parentesco civil con alguna de las partes, sus apoderados, abogados, autorizados (léase: personas autorizadas para oír y recibir notificaciones y documentos), con el juez o sus secretarios (Art. 351-I, CPCDF).

3. Que el perito haya emitido dictamen sobre el mismo asunto, a menos que se haya mandado reponer la prueba pericial (Art. 351-II, CPCDF).

4. Que el perito haya prestado servicios como perito a alguno de los litigantes salvo el caso de haber sido tercero en discordia (Art. 351-III, CPCDF).

5. Que el perito sea dependiente, socio, arrendatario o tenga negocios de cualquier clase con alguna de las partes, sus apoderados, abogados, autorizados (léase: personas autorizadas para oír y recibir notificaciones y documentos), con el juez o sus secretarios (Art. 351-III, CPCDF).

6. Que el perito tenga interés directo o indirecto en el pleito o en otro juicio semejante (Art. 351-IV, CPCDF).

7. Que el perito tenga participación en sociedad, establecimiento o empresa con alguna de las partes, sus apoderados, abogados, autorizados (léase: personas autorizadas para oír y recibir notificaciones y documentos), con el juez o sus secretarios (Art. 351-IV, CPCDF).

8. Que el perito tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes, sus representantes, abogados (Art. 351-V, CPCDF).

9. Que el perito tenga amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquier otra persona de relación familiar cercana a alguna de las partes, sus representantes o abogados (Art. 351-V, CPCDF).

c) Procedimiento de recusación

1. La recusación debe hacerse valer dentro de los cinco días siguientes a aquél en que haya surtido efectos la notificación de la aceptación y protesta del cargo por parte del perito de que se trate a los litigantes (Art. 351, 1er. párrafo, CPCDF).

2. Presentado el escrito de recusación de perito, en el que se invoca la causa de recusación, el juez mandará se haga saber al perito recusado que se le está recusando (Art. 351, 2o. párrafo, CPCDF).

3. En el acto de notificación al perito notificándole que se le está recusando, si la notificación se entiende en forma personal con el perito, éste debe manifestar al notificador si es o no procedente la causa en que se funda la recusación hecha valer por una o las dos partes (Art. 351, 2o. párrafo, CPCDF).

4. Si en el acto de notificación el perito reconoce como cierta la causa de recusación, el juez lo tendrá por recusado sin más trámites y en el mismo auto el juez nombrará o designará otro perito (Art. 351, 3er. párrafo, CPCDF).

5. Si en la diligencia de notificación al perito de que se le está recusando, el perito no fuere hallado, el perito debe comparecer en un término de tres días, para manifestar, bajo protesta de decir

verdad, si es o no procedente la causa en que se funde la recusación (Art. 351, 3er. párrafo, CPCDF):

a) Si el perito al comparecer ante el juez admite ser procedente la causa de recusación o no se presenta en el término mencionado, el tribunal sin necesidad de acusar la preclusión —rebeldía—, es decir, de oficio, lo tendrá por recusado y el juez en el mismo auto designará o nombrará otro perito (Art. 351, 4o. párrafo, CPCDF).

b) Si el perito niega la causa de recusación, el juez mandará que comparezcan las partes ante su presencia el día y hora que al efecto señale debiendo las partes comparecer con las pruebas pertinentes. Las partes y el perito recusado únicamente podrán presentar pruebas en la audiencia que para tal propósito señale el juez, salvo que se trate de pruebas documentales, las cuales se podrán presentar hasta antes de la audiencia que para tal efecto señale el Juez (Art. 351, 5o. párrafo, CPCDF).

c) Variantes que se pueden presentar en la audiencia:

— Si la parte recusante no comparece a la audiencia, se le tendrá por desistida de la recusación (Art. 351, 6o. párrafo, CPCDF).

— Si el perito no comparece a la audiencia, se tendrá por recusado y se designará otro perito (Art. 351, 6o. párrafo, CPCDF).

— Si comparecen todas las partes y el perito, el juez las invitará a que se pongan de acuerdo sobre la procedencia de la recusación y, en su caso, sobre el nombramiento del perito que haya de reemplazar al recusado (Art. 351, 7o. párrafo, CPCDF).

— Si las partes no se ponen de acuerdo, el juez admitirá las pruebas que sean procedentes desahogándose en el mismo acto, uniéndose a los autos los documentos e inmediatamente el juez resolverá lo que estime procedente (Art. 351, 8o. párrafo, CPCDF).

— En el caso de declarar procedente la recusación, el juez en la misma resolución, hará el nombramiento o designación de otro perito, si las partes no lo designan o nombran de común acuerdo (Art. 351, 9o. párrafo, CPCDF).

— De la audiencia en la que comparezcan todas las partes, se deberá levantar acta, en la que firmarán los que en ella intervinieron (Art. 351, 10o. párrafo, CPCDF).

En todo caso, de celebrarse audiencia, consideramos se debe levantar acta de audiencia para hacer constar lo acontecido, y no solamente en el supuesto en el que comparezcan todas las partes.

6. Contra las resoluciones que se dicten en el trámite o la decisión de la recusación no habrá recurso alguno (Art. 351, 13o. párrafo, CPCDF).

d) Sanciones procesales

1. Cuando se declare fundada *la recusación* a la que se haya opuesto el perito recusado, el tribunal en la misma resolución en la que se declare procedente la recusación, condenará al perito recusado a pagar dentro del término de tres días, una sanción pecuniaria equivalente al 10% del importe de los honorarios que se hubieren autorizado por el juez, y su importe se entregará a la parte recusante (Art. 351, 11o. párrafo, CPCDF).

Además, en el caso que sea declarada fundada la recusación:

a) Se consignarán los hechos al Ministerio Público para efectos de investigación de falsedad en declaraciones judiciales o cualquier otro delito (Art. 351, 12o. párrafo, CPCDF);

b) el juez debe remitir copia de la resolución al tribunal pleno para que se apliquen las sanciones que correspondan (Art. 351, 12o. párrafo, CPCDF).

2. En caso de ser *desechada la recusación* se impondrá al recusante una sanción pecuniaria hasta por el equivalente a ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, que se aplicará en favor del colitigante, siempre que se hubiere promovido de mala fe (Art. 352, CPCDF).

VI. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES EN MATERIA DE PRUEBA PERICIAL

1. Obligación de pagar los honorarios de los peritos que nombren (Art. 347-VII, CPCDF).

2. Obligación de pagar los honorarios del perito tercero en discordia en la proporción que le corresponda a cada parte (Art. 349, 1er. párrafo, CPCDF).

3. Obligación de presentar a los peritos que nombren cuantas veces sea necesario al juzgado (Art. 347-VII, CPCDF).

4. Obligación de presentar el dictamen pericial dentro del plazo correspondiente (Art. 347-VII, CPCDF).

5. Obligación de que el perito presente escrito de aceptación y protesta del cargo en el término de ley (Art. 347-III, CPCDF).

6. Facultad de convenir con la contraparte en la designación de un solo perito para que rinda su dictamen y al cual se sujetarán (Art. 347-VIII, CPCDF).

7. Facultad de manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer observaciones al mismo. Dichas observaciones serán consideradas en la valoración respectiva (Art. 347-IX, CPCDF).

8. Facultad de interrogar a los peritos que hayan rendido su dictamen (Art. 350, CPCDF), si bien es necesario solicitar se convoque a junta de peritos.

9. Facultad de pedir al juez ordene se lleve a cabo junta de peritos. Sólo procede a petición de alguna de las partes, pues así se desprende del texto del artículo 350 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en el que se indica, principalmente, que la parte que la haya solicitado o los litigantes que lo hayan pedido, podrán formular sus interrogatorios, por lo que es evidente que solamente a petición de una de las partes, de varias de ellas o de todas ellas, el juez debe señalar fecha y hora en la que tenga lugar la junta de peritos, en el entendido que tal junta lo será en el ámbito de la audiencia de ley (Art. 350, CPCDF).

10. Facultad de recusar al perito que nombre o designe el juez (Art. 351, 1er. párrafo, CPCDF).

- Plazo: dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se notifique la aceptación y protesta del cargo por el perito de que se trate a los litigantes (Art. 351, 1er., párrafo, CPCDF).
- Que exista, por lo menos, una causa de recusación (Art. 351, 1er., párrafo, fracciones I, II, III, IV y V, CPCDF).

VII. JURISPRUDENCIA Y CRITERIOS CONTENIDOS EN EJECUTORIAS

a) En relación a la valoración de la prueba pericial

Prueba pericial. Su valoración conforme al prudente arbitrio del juzgador, no es violatoria del artículo 402 del Código de Procedimientos Penales.

Es inexacto que la derogación del artículo 402 de procedimientos civiles para el Distrito Federal, haya cerrado la posibilidad de que el juzgador valore la prueba pericial conforme a su prudente arbitrio; porque la supresión del citado precepto y de otros relacionados con la valoración de las pruebas, se debió a su inutilidad ante el nuevo sistema establecido para la valoración del material probatorio. Este nuevo sistema no proscribió el uso del arbitrio judicial para la valoración de probanzas, sino por el contrario, eliminó las disposiciones que fijaban una tasación para determinados medios de convicción, sólo subsistió lo dispuesto respecto a los documentos públicos, pues en el artículo 403 se previene que tales instrumentos tendrán pleno valor probatorio. Pero fuera de esa excepción, la valoración del material probatorio se dejó a la sana crítica del juzgador. Cuando existían preceptos que establecían que la valoración de alguna prueba quedara al arbitrio del juzgador, la autorización en tal sentido no implicaba que la decisión sobre el valor de tal probanza se hiciera de manera arbitraria o razonada, sino que siempre se consideró que la decisión del juzgador debía sustentarse en una actitud prudente y razonable, expresada a través de argumentos lógicos. En el artículo 402 está contenido el principio de la sana crítica para la valoración de pruebas, y se trató de resumir los princi-

pios rectores de este tipo de valoración y, por tal motivo, se mencionaron aspectos tales como las reglas de la lógica y la experiencia, así como la exposición cuidadosa de los fundamentos de la valoración jurídica de éstos, sin que tales principios difieran de lo que jurisprudencial y doctrinariamente se consideraba con relación a los preceptos en los cuales se establecía el arbitrio del juzgador para valorar la prueba, y que por el contrario hay una coincidencia sustancial, por tanto, cuando el juzgador utiliza su arbitrio para examinar la prueba pericial, no viola con dicho análisis el artículo 402 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, puesto que ese arbitrio se encuentra también consignado en este precepto.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil Primer Circuito.

Amparo directo 58/92. Carlos Eduardo Muñoz de Corte Malda. 14 de mayo 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretaria: Rafaela Reyna Franco Flores.

Consultable en:

Octava época (CD, No. de Registro: 217071). Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XI-Marzo. Página: 341.

Prueba pericial, valoración de la

Resulta legal la valoración que el juzgador haga de la prueba pericial, en atención a que los tribunales tienen facultades amplias para apreciar los dictámenes periciales, y si se razonaron las causas por las cuales merecen eficacia probatoria y no se violaron los principios de la lógica, es indudable que la autoridad de ninguna manera infringió las normas de apreciación de dicha prueba.

Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Amparo directo 3/88. Mario Muñoz Limón. 17 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Vicente Martínez Sánchez.

Consultable en:

Octava época (CD, No. de Registro: 211792). Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XIV-Julio. Página: 739.

Prueba pericial, valor probatorio de la

Aun cuando la ley y la jurisprudencia determinen que la prueba pericial debe ser colegiada, no significa que en todos los casos deba darse valor probatorio a los dictámenes rendidos durante la secuela procedimental, más bien aquella exigencia persigue obtener una diversidad de opiniones que permita el total esclarecimiento de los hechos; sin embargo, es el juzgador, quien según su prudente arbitrio y en atención a las reglas de valoración prevista en la ley, se inclinara por el más idóneo para formar su convicción.

Tercer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito.

Amparo directo 202/89. Francisco Gómez Tagle Mejía. 4 de mayo 1989. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretario: Carlos Manuel Bautista Soto.

Consultable en:

Octava época (CD, No. de Registro: 228949). Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: III. Segunda Parte-2. Página: 606.

Prueba pericial, valoración de la

La facultad de valoración de la prueba pericial, le permite al juzgado reexaminar el contenido de los diferentes dictámenes que tanto miran a la calidad de los peritos, como a la de sus razones, para sustentar su opinión. Apreciando todos los matices del caso y atendiendo a todas sus circunstancias, sin más límite que el impuesto por las normas de la sana crítica, de las reglas de la lógica y de la experiencia para formarse una convicción, respecto del que tenga más fuerza probatoria.

Amparo directo 7859/64. María Morales de Urrutia. 10 de octubre de 1966. Cinco votos. Ponente: Enrique Martínez Ulloa.

Precedentes:

Sexta época. Cuarta parte. Volumen LIII, página 88. Amparo Directo 5723/60. Julia Rodríguez. Cuatro votos. Semanario Judicial de la Federación. Sexta época. Volumen CXXII. Cuarta Parte. Octubre de 1966. Tercera Sala. Página 128.

Prueba pericial, estudio del dictamen en la

Si bien es cierto que en términos del artículo 410 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, el dictamen de peritos será valorizado según el prudente arbitrio del juez, ello de ninguna manera lo exime de la obligación de expresar claramente los motivos que determinan cada apreciación, puesto que la facultad de libre valoración en materia probatoria no implica su arbitrario ejercicio sino que es una facultad discrecional, cuya aplicación tendrá, en todo caso, que justificarse a través del respectivo razonamiento lógico-jurídico. Así pues, teniendo la prueba pericial el carácter de colegiado es incorrecta su valoración si se hace en forma aislada, tomando en cuenta sólo aquel o aquellos dictámenes que favorecen a alguna de las partes, omitiendo el estudio de aquél que determinó lo contrario sólo por ser minoría.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil y de Trabajo del Segundo Circuito.

Amparo directo 122/95. Operadora Varsovia, S. A. de C. V. 16 de marzo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Narváez Barker. Secretaria: Gloria Burgos Ortega.

Consultable en:

Novena época (CD, No. de Registro: 203639). Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: II, Diciembre de 1995. Tesis: II. lo. C.T. 16 K. Página: 556.

Prueba pericial, aun cuando haya sido practicada por una persona que no es perito en la materia, no le resta validez a:

La circunstancia de que el dictamen pericial haya sido emitido por una persona que no es perito en la materia, no le resta validez, en la medida que la pericial más que un medio de prueba, es una forma de asistencia intelectual técnica que se presta al juez natural en el momento de la valoración de los medios probatorios, quien por lo mismo, está en aptitud de aceptar o rechazar el contenido de una prueba técnica.

Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito.

Amparo en revisión 475/91. Aristóteles Ávila Urrutia y otra. 6 de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Ángel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Consultable en:

Octava época (CD, No. de Registro: 219145). Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: IX-junio. Página: 404.

Prueba pericial, la sola existencia de dos dictámenes acordes, no obliga a concederle valor probatorio.

El valor de los peritajes debe quedar al arbitrio del juzgador quien debe exteriorizarlo como dice la ley, según las circunstancias, pero de ninguna manera le es dado aceptar dos dictámenes por el solo hecho de que sean afines pues con esa forma de proceder se abandonaría el raciocinio propio de la valoración de la pericial, para optar por un criterio mayoritario que ningún ordenamiento autoriza.

Primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Amparo directo 107/91. Octaviano Méndez Chávez. 8 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretario: César Flores Rodríguez.

Amparo directo 79/88. Margarito Ángel Ramírez. 12 de julio 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdoba. Secretario: Hugo Valderrábano Sánchez.

Consultable en:

Octava época (CD, No. de Registro: 208702). Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XV-II. Febrero. Tesis: VI. 1o. 240 K. Página: 482.

Prueba pericial imperfecta, su valor probatorio.

El juzgador tiene la facultad discrecional para aceptar el peritaje que conforme a su criterio esté más dentro de la realidad, aún cuando no lo hayan rendido los peritos nombrados por las partes. Un informe tiene naturaleza de peritaje, si su autor no se refiere a los hechos narrándolos como los hubiera visto ocurrir si fuese testigo, si no emite una opinión sobre ellos, basada en los datos que para el técnico de la materia dan las huellas que dejaron los vehículos en el lugar de los hechos y la posición en que quedaron después de éstos, esto sin dejar de reconocer que como prueba pericial es incompleta y no se recibió en los términos prescritos por el Código de Procedimientos Civiles, pero ello no le quita el valor de un simple indicio.

Sexta época. Cuarta parte:

Vol. XXV. Página 209. A.D. 3336/56. Ovidio Morales Flores. Unanimidad de cuatro votos.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala. Página 847.

Pericial en grafoscopía, valor probatorio de los dictámenes cuando se basan en copias fotostáticas.

Cuando los peritos examinan la firma cuestionada, o bien la firma indubitada para el cotejo, en un documento que obra en fotocopia certificada, es obvio que ninguno de los dictámenes es lo suficientemente idóneo para establecer fundadamente si la firma cuestionada es o no falsa, porque resulta obvio que tal estudio no

permite analizar con mayor pericia las características de una firma, que si ésta obrara en el original, o sea, la firma autógrafa, pues entre otros datos, no permite determinar a los peritos la presión muscular del suscrito, al momento de estampar su firma. En esas condiciones, si la autoridad responsable no considera esos aspectos y le otorga valor a la firma cuestionada, misma que se encontraba en una fotocopia certificada, tal valoración de la prueba pericial es violatoria de los artículos 14 y 16 constitucionales, por infringir los principios reguladores de la lógica.

Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

Amparo Directo 595/96. Crescenciana Martínez Ortiz. 6 de diciembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcisio Obregón Lemas.

Consultable en:

Novena época (CD, No. de Registro: 199696). Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: V. Enero de 1997. Tesis: VI. 40.2 K. Página: 515.

Comentario: La regulación o normativa en materia de valoración de la prueba en el Código de Procedimientos Civiles está contenida en el artículo 402, cuyo texto transcribimos a continuación:

Art. 402. Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.

b) *Cuando se ordena reposición del procedimiento para recibir la prueba pericial*

Sentencia de amparo, alcance de la, cuando se ordena reponer el procedimiento a fin de recibir la prueba pericial.

Aun cuando es verdad que en la ejecutoria de amparo cuyo cumplimiento se discute, se ordenó exclusivamente la recepción de la prueba pericial, sin embargo, la recepción de dicha probanza implica la sujeción total al trámite procesal correspondiente, de manera que si dentro de ese trámite se prevé la confrontación con otro dictamen pericial, y en caso de que entre ellos exista discrepancia, incluso, la celebración de una junta de peritos para aclarar diferencias, y hasta el nombramiento de un tercero en discordia, es evidente que tales presupuestos procesales deben satisfacer, pues la concesión del amparo, cuando sólo exprese que es para el efecto que se reciba tal elemento de convicción, de ninguna manera la exime de ser sometida al proceso de desahogo legalmente establecida y de la valoración que en uso de su potestad, el juez natural debe llevar a cabo, puesto que se otorgó plena libertad de jurisdicción para ese objeto.

Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito.

Queja 36/93. Eliseo Hernández Hernández y coagraviados. 10 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Baltazar Alvear. Secretario: Guillermo Salazar Trejo.

Consultable en:

Octava época (CD, No. de Registro: 208702). Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XII-Agosto. Página: 567.

c) *Respecto del carácter colegiado de la prueba pericial*

Prueba pericial, carácter colegiado de la...

Dado el carácter de la prueba pericial, si sólo dictaminó un perito que no fue designado de común acuerdo por las partes, la prueba no se perfeccionó y por tanto carece de valor probatorio pleno.

Quinta época:

Tomo CXXII, página 617. A.D. 1080/56. Matilde Ortega. Cinco votos.

Tomo CXXVII, página 1040. A.D. 37581/53. Florentino Solís Tello. Cinco votos.

Sexta época. Cuarta parte:

Vol. XXV, página 210. A.D. 3336/56. Ovidio Morales Flores. Unanimidad de cuatro votos.

Vol. XLVI, página 125. A.D. 5290/58. Domitilo Matus Ruiz. Unanimidad de cuatro votos.

Vol. LVI, página 108. A.D. 12/61. Domingo H. Tamez, Suc. Unanimidad de cuatro votos.

Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. Cuarta Parte. Tercera Sala. Página 826.

Comentario: esta Jurisprudencia, que pertenece a la Quinta y Sexta épocas, debe matizarse, pues con las reformas, en especial lo establecido en el artículo 347. Fracción VI, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el carácter colegiado que tenía la prueba pericial *ya no le es consustancial* a la misma.

VIII. ARTÍCULOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL, RELATIVOS A LA PRUEBA PERICIAL

Art. 290. El mismo día que se haya celebrado la audiencia previa, de conciliación y de excepciones procesales, si en la misma no se terminó el juicio por convenio o a más tardar al día siguiente de dicha audiencia, el juez abrirá el juicio al periodo de ofrecimiento de pruebas, que es de diez días comunes, que empezarán a contarse desde el día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación a todas las partes del auto que manda a abrir al juicio a prueba.

Art. 291. Las pruebas deben ofrecerse expresando con toda claridad cuál es el hecho o hechos que se tratan de demostrar con las mismas, así como las razones por los que el oferente estima que demostrarán sus afirmaciones; declarando en su caso en los términos anteriores el nombre y domicilio de testigos y peritos y pidiendo la citación de la contraparte para absolver posiciones; si a juicio del tribunal las pruebas ofrecidas no cumplen con las con-

diciones apuntadas, serán desechadas, observándose lo dispuesto en el artículo 298 de este ordenamiento.

Art. 298. Al día siguiente en que termine el periodo del ofrecimiento de pruebas, el juez dictará resolución en la que determinará las pruebas que se admitan sobre cada hecho, pudiendo limitar el número de testigos prudencialmente. En ningún caso el juez admitirá pruebas o diligencias ofrecidas extemporáneamente, que sean contrarias al derecho o a la moral, sobre hechos que no hayan sido controvertidos por las partes, o hechos imposibles o notoriamente inverosímiles, o bien que no reúnan los requisitos establecidos en el artículo 291 de este Código.

Contra el auto que admita pruebas que se encuentren en algunas de las prohibiciones anteriores, procede la apelación en el efecto devolutivo, y en el mismo efecto se admitirá la apelación contra el auto que deseche cualquier prueba, siempre y cuando fuere apelable contra el auto que deseche cualquier prueba, siempre y cuando fuere apelable la sentencia en lo principal. En los demás casos no hay más recurso que el de responsabilidad.

Art. 341. Podrá pedirse el cotejo de firmas y letras, siempre que se niegue o que se ponga en duda la autenticidad de un documento privado o de un documento público que carezca de matriz. Para este objeto se procederá con sujeción a lo que se previene en la sección IV de este capítulo. (Dicho capítulo se refiere a la prueba pericial).

SECCION IV PRUEBA PERICIAL

Artículo 346. La prueba pericial sólo será admisible cuando se requieran conocimientos especiales de la ciencia, arte, técnica, oficio o industria de que se trate, mas no en lo relativo a conocimientos generales que la ley presupone como necesarios en los jueces, por lo que se desecharán de oficio aquellas periciales que se ofrezcan por las partes para ese tipo de conocimientos, o que se encuentren acreditadas en autos con otras pruebas, o tan sólo se refieran a simples operaciones aritméticas o similares.

Los peritos deben tener títulos en la ciencia, arte, técnica, oficio o industria a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse

su parecer, si la ciencia, arte, técnica o industria requieren título para su ejercicio.

Si no lo requirieran o requiriéndolo, no hubiere peritos en el lugar, podrán ser nombrados cualesquiera personas entendidas a satisfacción del juez, aun cuando no tengan título.

El título de habilitación de corredor público acredita para todos los efectos la calidad de perito valuador.

Art. 347. Las partes propondrán la prueba pericial dentro del término de ofrecimiento de pruebas, en los siguientes términos.

I. Señalarán con toda precisión la ciencia arte, técnica, oficio o industria sobre la cual deba practicarse la prueba; los puntos sobre los que versará y las cuestiones que se deben resolver en la pericial así como la cédula profesional, calidad técnica, artística o industrial del perito que se proponga, nombre, apellidos y domicilio de éste, con la correspondiente relación de tal prueba con los hechos controvertidos.

II. Si falta cualquiera de los requisitos anteriores, el juez desechará de plano la prueba en cuestión.

III. En caso de estar debidamente ofrecida, el juez la admitirá quedando obligados los oferentes a que sus peritos, dentro del plazo de tres días, presenten escrito en el que acepten el cargo conferido y protesten su fiel y legal desempeño, debiendo anexar copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica o industria para el que se les designa, manifestando, bajo protesta de decir verdad, que conocen los puntos cuestionados y pormenores relativos a la pericial, así como que tienen la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular, quedando obligados a rendir su dictamen dentro de los diez siguientes a la fecha en que hayan presentado los escritos de aceptación y protesta del cargo de peritos.

IV. Cuando se trate de juicios sumarios, especiales, o cualquier otro tipo de controversia de trámite específicamente singular, las partes quedan obligadas a presentar a sus peritos dentro de los tres días siguientes al proveído en que se les tenga por designados para que se cumpla con lo ordenado en el párrafo anterior, los cuales quedan obligados, en estos casos, a rendir su dictamen dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que hayan aceptado y protestado su cargo.

V. Cuando los peritos de las partes rindan sus dictámenes, y éstos resulten sustancialmente contradictorios, se designará al perito tercero en discordia tomando en cuenta lo ordenado por el artículo 349 de este código.

VI. La falta de presentación del escrito del perito del o de la prueba, donde acepte y proteste el cargo, dará lugar a que el juez designe perito en rebeldía del oferente. Si la contraria no designare perito, o el perito por ésta designado no presentara el escrito de aceptación y protesta del cargo, dará como consecuencia que se tenga a ésta por conforme con el dictamen que rinda el perito del oferente.

En el supuesto de que el perito designado por alguna de las partes, que haya aceptado y protestado el cargo conferido, no presente su dictamen pericial en el término concedido, se entenderá que dicha parte acepta aquél que se rinda por el perito de la contraria, y la pericial se desahogará con ese dictamen. Si los peritos de ambas partes, no rinden su dictamen dentro del término concedido, el juez designará en rebeldía de ambas un perito único, el que rendirá su dictamen dentro del plazo señalado en las fracciones III o IV, según corresponda.

En los casos a que se refiere el párrafo anterior, el juez sancionará a los peritos omisos con multa equivalente a sesenta días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal.

VII. Las partes quedan obligadas a pagar los honorarios de los peritos que hayan nombrado, así como a presentarlos cuantas veces sea necesario al juzgado. También quedarán obligadas a presentar el dictamen pericial dentro del plazo señalado debiendo presentar los peritos el original de su cédula profesional, o de los documentos anexados a sus escritos de aceptación y protesta del cargo.

VIII. Las partes en cualquier momento podrán convenir en la designación de un solo perito para que rinda su dictamen al cual se sujetarán, y

IX. También las partes en cualquier momento podrán manifestar su conformidad con el dictamen del perito de la contraria y hacer observaciones al mismo, que serán consideradas en la valoración que realice el juez en su sentencia.

Art. 348. El juez, antes de admitir la prueba pericial, dará vista a la contraria por el término de tres días para que manifieste sobre la pertinencia de tal prueba y para que proponga la ampliación de otros puntos y cuestiones además de los formulados por el oferente, para que los peritos dictaminen.

Art. 349. Cuando los dictámenes rendidos resulten sustancialmente contradictorios de tal modo que el juez considere que no es posible encontrar conclusiones que le aporten elementos de convicción, podrá designar un perito tercero en discordia. A este perito deberá notificársele para que dentro del plazo de tres días presente escrito en el que acepte el cargo conferido y proteste su fiel y legal desempeño, debiendo anexar copia de su cédula profesional o documentos que acrediten su calidad de perito en el arte, técnica, oficio o industria para el que se le designa manifestando, bajo protesta de decir verdad, que tiene la capacidad suficiente para emitir dictamen sobre el particular, así mismo señalará el monto de sus honorarios, en los términos fijados en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los que deben ser aprobados y autorizados por el juez, y cubiertos por ambas partes en igual proporción.

El perito tercero en discordia deberá rendir su peritaje precisamente en la audiencia de pruebas, y su incumplimiento dará lugar a que el tribunal le imponga como sanción pecuniaria, en favor de las partes, el importe de una cantidad igual a la que cotizó por sus servicios, en los términos fijados en la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, al aceptar y protestar el cargo. En el mismo acto, el tribunal dictará proveído de ejecución en contra de dicho perito tercero en discordia, además de hacerlo saber al tribunal pleno, y a la asociación, colegio de profesionistas o institución que le hubiere propuesto por así haberlo solicitado el juez, para los efectos correspondientes.

En el supuesto del párrafo anterior, el juez designará otro perito tercero en discordia y, de ser necesario, suspenderá la audiencia para el desahogo de la prueba en cuestión.

Art. 350. Las partes tendrán derecho a interrogar al o a los peritos que hayan rendido su dictamen, y a que el juez ordene su comparecencia en la audiencia de pruebas en la que se lleve a cabo la junta de peritos, donde la parte que la haya solicitado o de

todos los colitigantes que la hayan pedido, podrán formular sus interrogatorios.

Art. 351. El perito que nombre el juez puede ser recusado dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se notifique la aceptación y protesta del cargo por dicho perito a los litigantes. Son causas de recusación las siguientes:

I. Ser el perito pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado, de alguna de las partes, sus apoderados, abogados, autorizados o del juez o sus secretarios, o tener parentesco civil con alguna de dichas personas.

II. Haber emitido sobre el mismo asunto dictamen, a menos de que se haya mandado reponer la prueba pericial.

III. Haber prestado servicios como perito a alguna de las partes o litigantes, salvo el caso de haber sido tercero en discordia, o ser dependiente, socio, arrendatario o tenga negocios de cualquier clase, con alguna de las personas que se indican en la fracción I.

IV. Tenga interés directo o indirecto en el pleito o en otro juicio semejante, o participación en sociedad, establecimiento o empresa con alguna de las personas que se indican en la fracción primera, y

V. Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las partes, sus representantes, abogados o con cualquier otra persona de relación familiar cercana a aquéllos.

Propuesta en forma la recusación, el juez mandará se haga saber al perito recusado para que el perito en el acto de la notificación si ésta se entiende con él, manifieste al notificador si es o no procedente la causa en que aquélla se funde.

Si la reconoce como cierta, el juez lo tendrá por recusado sin más trámite y en el mismo auto nombrará otro perito. Si el recusado no fuere hallado al momento de notificarlo, deberá comparecer en el término de tres días, para manifestar bajo protesta de decir verdad, si es o no procedente la causa en que se funde la recusación.

Si admite ser procedente en la comparecencia o no se presenta en el término señalado, el tribunal sin necesidad de rebeldía, de oficio, lo tendrá por recusado y en el mismo auto designará otro perito.

Cuando el perito niegue la causa de recusación, el juez mandará que comparezcan las partes a su presencia en el día y hora que señale con las pruebas pertinentes. Las partes y el perito únicamente podrán presentar pruebas en la audiencia que para tal propósito cite el juez, salvo que tales probanzas sean documentales, mismas que podrán presentarse hasta antes de la audiencia que señale el juez.

No compareciendo la parte recusante a la audiencia, se le tendrá por desistida de la recusación. En caso de inasistencia del perito se le tendrá por recusado y se designará otro. Lo anterior, salvo que las pruebas ofrecidas por la parte recusante o el recusado sean documentales, mismas que podrán presentarse hasta antes de la audiencia que señale el juez.

Si comparecen todas las partes litigantes, el juez las invitará a que se pongan de acuerdo sobre la procedencia de la recusación, y en su caso sobre el nombramiento del perito que haya de reemplazar al recusado.

Si no se ponen de acuerdo, el juez admitirá las pruebas que sean procedentes desahogándose en el mismo acto, uniéndose a los autos los documentos e inmediatamente resolverá lo que estime procedente.

En el caso de declarar procedente la recusación, el juez en la misma resolución, hará el nombramiento de otro perito, si las partes no lo designan de común acuerdo.

Del resultado de esta audiencia, se levantará acta, que firmarán los que intervengan.

Cuando se declare fundada alguna causa de recusación a la que se haya opuesto el perito, el tribunal en la misma resolución condenará al recusado a pagar dentro del término de tres días, una sanción pecuniaria equivalente al diez por ciento del importe de los honorarios que se hubieren autorizado, y su importe se entregará a la parte recusante.

Asimismo, se consignarán los hechos al Ministerio Público para efectos de investigación de falsedad en declaraciones judiciales o cualquier otro delito, además de remitir copia de la resolución al Consejo de la Judicatura, para que se apliquen las sanciones que correspondan.

No habrá recurso alguno contra las resoluciones que se dicten en el trámite o la decisión de la recusación.

Art. 352. En caso de ser desechada la recusación, se impondrá al recusante una sanción pecuniaria hasta por el equivalente a ciento veinte días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, que se aplicará en favor de su contraparte siempre que se hubiere promovido de mala fe.

Art. 353. Los jueces podrán designar peritos de entre aquellos autorizados como auxiliares de la administración de justicia o de entre aquellos propuestos, a solicitud del juez, por colegios, asociaciones o barras de profesionales, artísticas, técnicas o científicas o de las instituciones de educación superior públicas o privadas o las cámaras de industria, comercio, confederaciones de cámaras, o la que corresponda al objeto del peritaje.

Cuando el juez solicite que el perito se designe por alguna de las instituciones señaladas en último término, prevendrá a las mismas que la nominación del perito que proponga se realice en un término no mayor de cinco días, contados a partir de la recepción de la notificación o mandamiento que expida el juez.

En todos los casos en que se trate únicamente de peritajes sobre el valor de cualquier clase de bienes y derechos, los mismos se realizarán por avalúos que practiquen dos corredores públicos o instituciones de crédito, nombrados por cada una de las partes, y en caso de diferencias en los montos que arrojen los avalúos, no mayor del treinta por ciento en relación con el monto mayor, se mediarán estas diferencias. De ser mayor tal diferencia, se nombrará un perito tercero en discordia, conforme al artículo 349 de este Código, en lo conducente.

En el supuesto de que alguna de las partes no exhiba el avalúo a que se refiere el párrafo anterior, el valor de los bienes y derechos será el del avalúo que se presente por la parte que lo exhiba, perdiendo su derecho la contraria para impugnarlo.

Cuando el juez lo estime necesario, podrá designar a algún corredor público, institución de crédito, al Nacional Monte de Piedad o a dependencias o entidades públicas que practican avalúos.

En todos los casos en que el tribunal designe a los peritos, los honorarios de éstos se cubrirán por mitad por ambas partes, y aquélla que no pague lo que le corresponde será apremiada por re-

solución que contenga ejecución y embargo en sus bienes. En el supuesto de que alguna de las partes no cumpla con su carga procesal de pago de honorarios al perito designado por el juez, dicha parte incumplida perderá todo derecho para impugnar el peritaje que se emita por dicho tercero.

Art. 386. La impugnación de falsedad de un documento puede hacerse desde la contestación de la demanda hasta seis días antes de la celebración de audiencia de pruebas y alegatos. La parte que redarguye de falso un documento debe indicar específicamente los motivos y las pruebas; cuando se impugne la autenticidad del documento privado o público sin matriz deben señalarse los documentos indubitables para el cotejo y *promover la prueba pericial* correspondiente. (El subrayado en negrilla y cursiva, es nuestro).

... (párrafo segundo)

... (párrafo tercero)

... (párrafo cuarto)

... (párrafo quinto)

Art. 391. Los peritos dictaminarán por escrito u oralmente en presencia de las partes y del tercero en discordia si lo hubiere. Tanto las partes como el tercero y el juez pueden formular observaciones y hacer preguntas pertinentes durante la audiencia, en la cual se tendrá la prueba, y el tercero dirá su parecer.

Los peritos citados oportunamente serán sancionados con multas hasta el equivalente de quince días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal en caso de que no concurran, salvo causa grave que calificará el juez.

CAPÍTULO VII

DEL VALOR DE LAS PRUEBAS

Art. 402. Los medios de prueba aportados y admitidos, serán valorados en su conjunto por el juzgador, atendiendo a las reglas de la lógica y de la experiencia. En todo caso el tribunal deberá exponer cuidadosamente los fundamentos de la valoración jurídica realizada y de su decisión.

EL MATRIMONIO COMO DERECHO: ALGUNAS CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE ÉSTE, EN EL CASO DE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Gerardo MONROY CAMPERO

SUMARIO: I. *Persona, naturaleza y sociedad.* II. *Derecho y sociedad.* III. *Sociedad y ley.* IV. *El matrimonio como Derecho.*

I. PERSONA, NATURALEZA Y SOCIEDAD

La capacidad de la persona para obrar es asombrosa; procede de las dos potencias¹ que le distinguen de cualquier otro ser: la inteligencia y la voluntad, en las que se encuentran inherentes, es decir, unidas de manera inseparable, el raciocinio o capacidad de actuar conforme a la razón, y la libertad. La conjunción armónica de estas dos potencias es lo que ha de caracterizar el obrar auténticamente humano o actos humanos.²

Los actos humanos se distinguen de los actos del hombre en que en los primeros el hombre es dueño,³ en el sentido más estricto-

¹ Capacidad para ejecutar una cosa o producir un efecto según define este concepto el Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21a. ed., Madrid, 1992.

² Conforme al citado diccionario, humano es lo perteneciente al hombre o propio de él, comprendiendo en el vocablo hombre a todo el género humano en sus dos especies, masculina y femenina; en ese mismo sentido nos pronunciamos nosotros a lo largo del presente trabajo, por lo que cualquier referencia a lo humano o al hombre se entenderá hecha, por el género, a sus dos especies.

³ De acuerdo con el diccionario antes citado, dueño es aquél que tiene dominio o señorío sobre persona o cosa. En Derecho, entendido éste como el arte de determinar lo suyo de cada uno en el complejo marco de las relaciones jurídicas interpersonales, ese señorío o dominio, que en el caso de personas sólo puede darse sobre sí mismo y no so-

to del término, de hacer u omitir, y por lo tanto responsable —responde puesto que ha obrado libremente— de las consecuencias del mismo, en tanto que en los segundos, los actos en cuestión no son libres sea por falta de conocimiento o de voluntariedad, o por provenir de una potencia no sometida al dominio directo de la voluntad (*v.gr.*, el crecimiento, la circulación sanguínea, etcétera).

En todo acto humano, por insignificante que parezca, existe la noción de fin en su realización, entendido éste como la razón por la cual se hace una cosa; es decir, la persona siempre actúa o hace algo en función de lo que espera conseguir con su actuación. Como el obrar sigue al ser, la actuación de la persona tiende necesariamente a la realización de su ser, de lo que es. Ese ser es una realidad que le ha sido dada —impuesta— por su naturaleza, pues ninguno de nosotros tuvo la posibilidad de elegir, antes de ser, qué ser ni cómo ser, de la misma forma que una vez dado éste —el ser— no puede renunciarse a él ni modificarse esencialmente, por más esfuerzos y aparentes logros que en lo accidental se hagan y den, respectivamente.

Prueba de ello es que el hombre no puede renunciar a su naturaleza humana para transformarse —cambio en el ser— en un ser distinto, de la misma manera que un animal no puede transformarse en ser racional ni por voluntad, pues carece de ella, ni por el simple transcurso del tiempo; bajo la misma premisa, el animal de la especie tigre no puede comportarse como el de la especie paloma ni ésta como el de la especie tiburón pues su obrar, como hemos visto, sigue a su ser y no a la inversa.

Así pues, la actuación de la persona está naturalmente —por naturaleza—⁴ limitada y orientada hacia aquello para lo cual

bre otro, se da en virtud de un acto de atribución de la cosa a su dueño que denominamos título. El título es pues lo que da origen al derecho, representado por la cosa que, en virtud de aquél, le ha sido atribuida como propia, como suya al titular, y que como tal, le ha de ser respetada, restituida, entregada o mantenida por serle debida, es decir, una deuda.

⁴ Por naturaleza entiende, el multicitado diccionario, la esencia y propiedad característica de cada ser, es decir, lo que identifica lo que un ser es: hombre, elefante, león, piedra, etcétera, a la que le siguen sus operaciones o posibilidades de actuación correspondientes.

—recordemos que no hay acto posible que no persiga una finalidad— está capacitada naturalmente. Esta realidad se nos presenta a diario en nuestras vidas; aunque el hombre quiera usar su ojo para oír y el oído para ver, esto no le es posible, pues naturalmente cada uno de estos órganos está facultado para la función que le es propia sin que el hombre pueda cambiarla a su arbitrio.

De lo anterior se sigue que si bien la persona puede, como posibilidad teórica, proponerse fines arbitrarios —aquellos que no le es posible alcanzar por ser contrarios o estar fuera de su naturaleza, como por ejemplo el volar por sí mismo o el vivir eternamente—, tales fines no sólo no cambian su naturaleza sino que en realidad le impiden su desarrollo.

Es en y desde el conocimiento de su ser que la persona encuentra sus posibilidades de realización y aportación al ente social. Los fines que la persona puede alcanzar le son naturales por estarle dados por su estructura humana o naturaleza humana que es racional, libre y corpórea; así, es de esperarse que la persona obre racional y libremente dentro del ámbito de su estructura humana; pretender al día de hoy, con el conocimiento adquirido sobre su dignidad y consecuencias de ésta en el ámbito de lo jurídico y social, la esclavitud, es obrar irracionalmente y por lo tanto en contra de la naturaleza humana; esperar la creación o producción, por voluntad humana, de una tercera especie humana es igualmente irracional pues la realidad cotidiana nos demuestra, desde hace muchos siglos, la imposibilidad del hombre para producir cualquier cambio esencial en su naturaleza.

Así, por más que el hombre lo ha intentado, al día de hoy no le ha sido posible lograr detener el proceso natural de envejecimiento, ni se conoce el caso de aquella persona que, cansada de la responsabilidad que implica el ser racional y libre, haya manifestado su renuncia expresa a dicha condición y logrado por voluntad propia, a partir de ese momento, desprenderse de su racionalidad para convertirse en un ser irracional cualquiera.

Es interesante observar cómo, aun en el campo de lo accidental —todo aquello que tiene que ver con la corporeidad exterior de la persona—, los cambios se logran a base de actuar en contra de lo que naturalmente es dado o producido, sucede lo mismo cuan-

do se trata de detener la caída del cabello que cuando se busca alterar cualquier aspecto de su individualidad física.

Así, pues, la naturalidad de los fines de la persona humana —aquellos que una vez propuestos pueden ser alcanzados por contar esencialmente con las capacidades necesarias— radica en su ser y no en la frecuencia, espontaneidad o descaro —conceptos utilizados en ocasiones como análogos del de naturalidad— con que la persona, eventualmente, se proponga arbitrariamente fines o cosas que desdican y contrarían su estructura esencial.

La realidad nos confirma cotidianamente que la naturaleza humana le ha sido dada a la persona humana, bajo cualquiera de sus dos especies, no inventadas ni diseñadas por el hombre, de hombre y mujer, pues no se le preguntó su opinión antes de darle el ser respecto de cómo ser, y que ésta es naturalmente invariable en su especie a lo largo de su vida, por lo que cualquier alteración es un dato cultural⁵ provocado.

El origen de la sociedad está, como nos dice el maestro Isaac Guzmán Valdivia, en las deficiencias y excelencias de la persona humana, es decir, en el hecho perfectamente comprobable por cada uno de nosotros día con día de que requerimos unos de otros para la satisfacción, en todos los órdenes que nos son propios —material, intelectual, moral y social—, de nuestras necesidades, puesto que, si bien todos los hombres son excelsos en la posesión de inteligencia, voluntad, y libertad, en ocasiones, y en algunos aspectos, en tanto que unos son deficientes, otros son abundantes, y a la inversa.

Sin embargo, las relaciones interpersonales denominadas convivencia tienen también un signo contrario que no favorece el desarrollo y perfeccionamiento de la persona humana; de ahí el que no toda convivencia es sociedad. En el convivir, esto es, en las relaciones interpersonales, coexisten dos grandes corrientes de signos contrarios: una de signo positivo formada por aquellas relaciones creadas por los actos humanos, es decir, por actos que favorecen, apoyan y realizan el bien, es decir, el perfeccionamiento de los

⁵ El multicitado diccionario se refiere a lo cultural como a aquello perteneciente o relativo a la cultura, entendiéndose por ésta, entre otras cosas, el conjunto de modos de vida y costumbres. Es a este último sentido al que nos referimos en este texto.

demás; y otra de signo negativo formada por conductas contrarias al desarrollo y perfeccionamiento de sus integrantes. Sólo es auténtica convivencia la social, no la antisocial.

La sociedad es, conviene recordarlo, un ser accidental formado de relaciones con sentido de desarrollo y perfeccionamiento de todos y cada uno de sus integrantes en su ser específico, es decir, un ser en función de y para el mejoramiento del hombre. Así, en el ámbito material, la convivencia es tal, es decir, social, cuando el hombre transforma su medio físico-geográfico para procurar mejores medios para asegurar la subsistencia y vida digna; y anti-social, cuando impide la consecución de tales objetivos, cuando impide la superación del hambre, la miseria, la insalubridad.

II. DERECHO Y SOCIEDAD

En el ámbito intelectual, la convivencia es tal cuando organiza instituciones capaces de proveer los medios necesarios para el conocimiento de la realidad del hombre, y para, partiendo de ella, promover y garantizar el desarrollo de la persona en todos sus ámbitos. El medio por excelencia para lograr lo anterior es el Derecho, y su instrumento más eficaz el sistema jurídico de una sociedad.

El Derecho es pues, como toda institución o dato cultural, elaborado por la razón a *posteriori*, es decir, partiendo de la experiencia. Esto significa que no es una idea pura a *priori* sin contenido o sin otro contenido que el de la pura razón; su existencia parte de la experiencia particular, esto es, del conocimiento de la realidad central que constituye su objeto de estudio y que es, ni duda cabe, el hombre, pues para qué es el derecho y el sistema jurídico si no para darlo a su titular y regular su conducta, respectivamente, conforme a lo que es conveniente para él.

De esta realidad preexistente que es la persona humana, realidad dada conforme lo hemos visto, la ciencia y arte del derecho, por abstracción, desprende lo que le es propio, *suyo*, pues le ha sido dado por naturaleza, para procurar su vigencia histórica a través del sistema jurídico.

Como se ve, el tema del derecho no es otro que el de la expresión, en el campo de lo jurídico, de la condición de persona del hombre. El arte del derecho está en saber hacer lo que desde el inicio de la humanidad constituye una necesidad de la convivencia entre los hombres, una necesidad de la práctica diaria: el saber dar a cada hombre lo suyo, es decir, en poder determinar, en el complejo mundo de las relaciones interpersonales en las que se ponen en juego una serie de bienes, y darle, lo que corresponde a cada uno. A eso que corresponde a cada uno en una determinada relación se le denomina *ius* o derecho.

Es un hecho evidente el que cada uno tiene una esfera de cosas o bienes⁶ que le corresponden y cuya efectiva posesión y disfrute dependen en parte de los demás, sea porque pueden quitárselas o impedir ese uso y disfrute, o porque estén en manos de otros; las cosas no siempre están, al menos en ciertos momentos o bajo ciertos aspectos, en manos de aquel a quien pertenecen, pero las cosas deben pasar a su dueño, deben pasar al dominio de aquel a quien le han sido atribuidas. Esta deuda que se genera en los demás de entregar las cosas a su titular es el efecto primario de que las cosas sean de alguien, es decir, sean *suyas*.

Si no hubiera esta necesidad, sería signo evidente de que nadie podría hablar de lo *suyo*. El saber lo que corresponde a otro para dárselo es un conocimiento práctico, es decir, requiere de un ejercicio de razón que tiene como finalidad —recordemos que no hay acto humano que no obedezca a o pretenda un fin— el dar aquello a su titular, que consiste en saber *qué* hay que dar, a *quién* hay que darlo, *cuándo* hay que darlo, *cómo* hay que darlo y *dónde* hay que darlo.

Como se ve, la determinación o identificación de lo *suyo* obedece en primer término al hecho de que las cosas están repartidas; no todo es de todos. Hay cosas —bienes— que me han sido atribuidas a mí y no a otro, por lo tanto son mías, y viceversa; aparece lo mío, lo tuyo, lo suyo. El acto o medio por el cual algo me ha sido atribuido lo denominamos título; en virtud de éste, pode-

⁶ El término bienes se emplea aquí en un sentido amplio, de forma tal que abarca tanto cosas corporales como incorporales, como por ejemplo: la buena fama, una actividad humana como el trabajo o cosas en sentido estricto.

mos decir, al menos en cierta medida —en la medida del título— o bajo cierto aspecto, que algo es de alguien.

Para que lo *suyo* constituya un derecho, es decir, entre al campo de lo jurídico, se requiere que aquello pueda ser objeto o contenido de relaciones interhumanas, esto es, se requiere que haya un otro que, como lo hemos visto, impida o pueda impedir el ejercicio de mi titularidad sobre aquello para lo cual también se requiere que la cosa o bien atribuido tenga una nota de exterioridad. Exterioridad significa que ese algo, por estar de un modo u otro fuera del sujeto, es capaz de ser objeto de o estar en juego en las relaciones humanas, y por ello pueda ser donado o interferido.

Para que algo se constituya como derecho se requiere pues de un título —aquello que lo atribuye como propio—, de un otro que puede interferir el mismo, y de que el bien en cuestión tenga una nota de exterioridad que permite esa interferencia. Aún dadas las dos últimas condiciones, si no hay título, no hay Derecho posible.

Cuando hay título, aquello, ese bien o cosa, es una deuda para los demás por estar atribuida a un sujeto, por ser algo *suyo*, y por lo tanto es justo que se le dé, pues la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo. Así, lo justo es el Derecho, es decir, aquel bien o cosa que se debe a alguien por ser *suyo* y que por ser tal ha de dársele; el Derecho está constituido por la cosa o bien que se debe. Para averiguar si existe el Derecho hay que buscar el título.

El título establece entre el titular y la cosa o bien, una relación de dominio; el hombre puede dominar a las cosas o bienes porque es capaz de dominarse a sí mismo; su ser, su naturaleza humana, es tal, que es capaz de dominar y regir sus actos en virtud de su razón y de su voluntad; este es su signo distintivo y fundamento de su dignidad; puede, como hemos visto, conocer y proponerse fines.

El dominio de la persona sobre su ser abarca o se extiende al dominio sobre cuanto le constituye —su vida, su salud, su integridad física, su pensamiento—, así como sobre lo que requiere para alcanzar sus fines propios. Los bienes o cosas sobre las cuales recae este dominio radical constituyen los derechos humanos⁷ o de-

⁷ Esta misma concepción es la que recoge la legislación mexicana cuando en el artículo 2º de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos se establece que la

rechos de la persona, pues son bienes que le han sido atribuidos —dados— como propios por su naturaleza humana sin intervención de voluntad humana, y que, por tanto, tampoco le pueden ser quitados por voluntad humana, por mayoritaria, democrática o influyente que ésta sea.

Así, nadie puede negar su dominio sobre sus pensamientos o actos, sobre sus decisiones y elecciones, sobre sus movimientos y

misma tiene por objeto esencial “la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano”, y, posteriormente, en el artículo 6° del Reglamento Interno de dicha Comisión, se establece que “Para los efectos del desarrollo de las funciones de la Comisión Nacional, se entiende que los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano”.

El último precepto en comento agrega en su última parte: “En su aspecto positivo, son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México”.

De lo anterior se desprende que, para lograr la eficacia, esto es, el cumplimiento de los derechos humanos, a los que son inherentes a la naturaleza humana y por lo tanto imprescindibles para vivir como ser humano, se requiere recogerlos, incorporarlos en el Derecho positivo, hecho al cual denominamos positivación y formalización de los derechos humanos, y que consiste precisamente en insertar en el sistema jurídico aplicable a una sociedad determinada, en un momento también determinado, estos derechos que constituyen el punto de partida y fin de dicho sistema, con el propósito de darle eficacia histórica a lo que de suyo es válido y fundamental.

Toda vez que los derechos humanos son un verdadero entramado de derechos, nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como norma fundamental, recoge, prevé, los que podríamos denominar primarios o fundamentales en sus primeros artículos, respecto de los cuales otorga garantía de efectividad consagrándolos en su texto y, como consecuencia de ello, introduciéndolos en el sistema de garantía de efectividad que de ella y por ella se deriva, como son la legislación emanada de ella, los tribunales, etcétera.

Es importante no olvidar que en Derecho, la garantía se establece para asegurar al acreedor el cumplimiento de la obligación que le da origen en tanto ésta exista, denominada obligación principal, de forma que eliminada la obligación principal, desaparece la accesoria que es la garantía. Sin obligación principal, no hay garantía. En este tenor es que nuestra Constitución Federal otorga la garantía que ella misma y el ordenamiento e instituciones jurídicas que de ella deriva representan, para asegurar el cumplimiento por todos de la obligación principal que son los derechos humanos, cuyo origen está en la naturaleza humana y no en el Derecho positivo. Así, lo otorgado por la Constitución y el ordenamiento jurídico en el caso que nos ocupa es la garantía, no el Derecho.

deseos, es decir, sobre sus actos humanos, salvo casos de enfermedad o disfunción. Al mismo tiempo, no es posible, por voluntad humana, rediseñar o reestructurar —cambiar de estructura— la naturaleza humana y los bienes que la constituyen para darle una esencia nueva.

Aceptar cualquiera de las hipótesis anteriores equivaldría a aceptar que el hombre, que la persona humana, es obra y diseño humano y en consecuencia puede ser cambiada, en cualquier momento y aspecto, por voluntad humana de quien se atribuya ese diseño —el poder legislativo, las minorías calificadas, o las abrumadoras mayorías— como si el mero deseo del supuesto autor, o la suma de éstos o de voluntades en ese sentido, tuviera realmente un efecto modificador o transformador del dominio de la persona humana sobre sí y sobre los bienes que la constituyen.

Equivaldría asimismo a aceptar que la persona humana no es otra cosa que un mero recipiente cuyo contenido es determinado por quien detenta el poder, elabora las leyes o las promueve, según las condiciones económicas, políticas, ideológicas, demográficas o de otra índole, imperantes en la sociedad o en ellos mismos en un momento determinado.

Todos estos bienes atribuidos a la persona por naturaleza, en la medida en que son exteriores o tienen una manifestación exterior, y se ponen en juego en las relaciones interpersonales de manera que puedan ser interferidos o dañados en su dominio, constituyen derechos en sentido propio. Como se puede deducir, estos derechos humanos constituyen un entramado, como eslabones de una cadena, que derivan o surgen del *derecho fundamental de la persona a ser*; no hay que olvidar que el ser, por las razones expuestas, le es dado a la persona, es decir, constituye una realidad previamente determinada; por lo que ha de darse a la persona todos los bienes o cosas que le permitan actualizarse, es decir, volver en acto, lo que *es*, y no lo que no es, que le permitan desarrollarse en su ser y no que le impongan arbitraria e inútilmente, por diseño legislativo, una naturaleza distinta a la propia, que es la real.

Este derecho fundamental, en el sentido de fundamento de todos los demás, da lugar a derechos humanos concretos dentro de las distintas relaciones interpersonales de la persona. Estos dere-

chos surgen de los tres elementos constitutivos de la persona a los que nos hemos referido: su ser, su libertad y sus fines naturales.

El primer elemento, como nos lo indica el maestro Hervada, atribuye la vida como derecho humano fundamental, sin el cual no existe ningún otro, y todos aquellos bienes necesarios para su conservación y digno desarrollo, para el bien ser y bien estar de la persona, como son la salud y la integridad física y mental, entre otros.

El segundo elemento atribuye como derecho el autodomínio en el consentir y el obrar, la inmunidad de coacción y la libertad de iniciativa. El tercer elemento atribuye como derecho los bienes necesarios para la actualización de su ser, esto es, para la plena realización y desarrollo de sus potencias naturales (inteligencia y voluntad), entre las que se encuentran, la educación, el trabajo y el matrimonio; la mayor parte de ellas, nos referimos a la realización de las potencias naturales, no se alcanzan por la acción solitaria de la persona sino en sociedad.

Estos derechos humanos son auténticamente tales, como hemos visto, sin intervención de voluntad humana, pues han sido atribuidos como propios por la naturaleza; dependiendo de la voluntad humana, sin embargo, su eficacia y respeto, que no su existencia y juridicidad.

Respecto de los mismos, el Derecho positivo, esto es, aquel que se forma con la intervención de la voluntad humana, ya individual (como en el caso de los contratos) ya colectiva (como en el caso de la ley), tiene una labor de reconocimiento e integración al sistema jurídico, integrado por un conjunto de normas y una trama de relaciones jurídicas que contienen derechos, deberes y facultades que, vistos unitariamente, forman la estructura jurídica de la sociedad u ordenamiento jurídico.

III. SOCIEDAD Y LEY

Creemos importante destacar el papel de la voluntad humana en la formación del Derecho positivo; hemos dicho que este papel es de intervención, no de creación, pues, si bien hay títulos positivos que atribuyen bienes o cosas como propios, en la configuración

del título, particularmente en el caso de la formación de leyes, la voluntad humana no puede cambiar a su arbitrio ni desconocer los datos reales, racionales, históricos e ideales que se le presentan en la formación de la norma jurídica positiva, de donde se sigue que la ley no es obra exclusiva del legislador.

Como lo indica el jurista Geny,⁸ los factores que intervienen en la elaboración del Derecho positivo pueden clasificarse en dos grandes categorías: el dato y la construcción. El dato es toda realidad en cuanto término de la actividad intelectual u objeto de conocimiento; conocer no es inventar, sino aprehender la esencia de las cosas y sus relaciones. Todo conocimiento tiene un fundamento real que, descubierto por la inteligencia, es analizado y aprehendido por ella; como hemos visto, esta realidad que se ofrece a la inteligencia como objeto de conocimiento le es dada. El dato es, pues, el objeto de todo conocimiento científico.

La construcción en cambio, ya no es estrictamente objetiva, sino que tiene mucho de convencional y subjetiva. Viene a ser, nos dice el maestro Preciado, "eso que llamamos técnica, conjunto de medios, métodos y procedimientos, no necesarios sino contingentes, de que se vale el hombre para lograr un conocimiento verdadero y organizado, y especialmente para aplicarlo a un fin práctico".⁹ La construcción toma el dato y aplica esa realidad en la construcción o elaboración de la norma, no a la inversa.

Bajo estas dos premisas es que el jurista Geny concluía que el Derecho es una ciencia y un arte; ciencia en tanto que estudia sistemáticamente los elementos o datos de la realidad que no pueden ser ignorados en la elaboración de la norma jurídica positiva; arte en tanto que requiere construir una técnica no sólo para formular reglas de Derecho que recojan la realidad, sino para asegurar su aplicación y eficacia.

Los datos a los que se refiere Geny son de cuatro clases: 1. El dato real, que comprende el conocimiento de las realidades físicas, biológicas y psicológicas, y el de las leyes que las rigen; 2. el dato histórico, que se refiere a la historia de las instituciones jurídicas,

⁸ *Science et technique en droit privé positif*, París, 1914-1924, Sirey, tomo II, citado por PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, en *Lecciones de filosofía del Derecho*, Edit. Jus, México, p. 161.

⁹ PRECIADO HERNÁNDEZ, Rafael, *op. cit.*, p. 162.

el conocimiento de su desarrollo y evolución; 3. el dato racional, que se refiere a los principios que resultan de aplicar la realidad conocida a las distintas relaciones jurídicas para dar dirección a la conducta humana, y 4. el dato ideal, que se refiere a los ideales o aspiraciones de la persona humana que influyen en el progreso o decadencia de las instituciones jurídicas positivas, y que, por su naturaleza más bien afectiva e intuitiva, pueden variar con el tiempo.

Estos datos son de los que ha de partir el legislador, continúa diciendo Geny, para, fundándose en ellos, con ayuda de la técnica —legislativa, administrativa y judicial— establecer el ordenamiento jurídico positivo o sistema de derecho.

Ciertamente en el orden contingente, nos dice el maestro Preciado, “en el orden de la técnica jurídica, la voluntad del legislador juega un papel muy importante. Esto es lo que ha llevado al positivismo voluntarista a afirmar que el Derecho se identifica con la voluntad de los gobernantes. Pero tal afirmación obedece a un espejismo; pues la técnica y la voluntad logran muy poco cuando desconocen o pretenden cambiar el sentido de los datos reales”.

Por eso, continúa diciendo el maestro Preciado, más “que hablar de Derecho positivo, debe pensarse en la positividad y la racionalidad, como dos dimensiones o notas fundamentales del Derecho. El Derecho no sólo es positivo, sino que simultáneamente es racional. Siempre es, en cierta medida, positivo y racional. Positivo, porque se refiere necesariamente a una sociedad de hombres, porque supone un poder social, una autoridad concreta que lo formula y vela por su cumplimiento usando medios coercitivos y porque igualmente supone o implica una técnica, un cuerpo conjunto de medios, algunos de ellos materiales, ordenados a la realización de los fines fundamentales de la convivencia humana. Y el Derecho es racional, porque consiste en una regla de razón que se ajusta a los datos materiales y espirituales antes mencionados, y de este ajustamiento deriva su eficacia”.¹⁰

El dato real por excelencia, como lo hemos visto, es la persona humana considerada en su integridad, la que, en materia de corporeidad, conoce dos especies, la masculina y la femenina. Los bienes constitutivos de su ser son para ella derechos en sentido

estricto, son bienes que le han sido atribuidos como propios por su humana naturaleza —son derechos humanos—, por su ser de persona, y como tales constituyen el dato real por excelencia en la elaboración del Derecho positivo; no dependen de convención ni voluntad humana en su existencia y validez, y le han sido atribuidos para la consecución de sus fines naturales. La naturaleza humana, la persona, no puede ser rediseñada o inventada por voluntad humana pues, como hemos visto, el hombre es incapaz de modificar su estructura esencial y la de otros —quién puede renunciar a su racionalidad, dejar de ser libre, determinar cuándo nace y cuándo muere, cuánto quiere medir o transformarse en otro ser— y, aun en el campo de lo accidental, los cambios ha de producirlos cambiando los acontecimientos naturales. Lo anterior pertenece al campo de los hechos.

La naturaleza humana, por lo que se ha visto y se experimenta día con día, es y ha sido la misma desde los comienzos de la humanidad; el hombre nunca ha dejado de ser racional y libre, si bien puede ver obstaculizado el ejercicio de esas facultades por diversas razones —enfermedades, disfunciones, coacciones—. En este sentido, los derechos humanos del hombre moderno, contemporáneo, son los mismos que los del primer hombre sobre la tierra, si bien el avance en el conocimiento de la naturaleza humana en sus distintos órdenes —físico, biológico, psicológico, ético— hace variar la medida o alcances y efectividad de los mismos.

Es decir, el primer hombre sobre la tierra tenía su vida como derecho humano fundamental, al igual que cada uno de nosotros, y, derivadamente, el derecho a mantenerse en condiciones óptimas de vida humana, esto es, el derecho a la salud física y espiritual, igual que nosotros; sin embargo, dadas las condiciones históricas que a él le tocaron vivir, muy probablemente hubiera muerto de apendicitis o incluso de una infección de anginas, pues el conocimiento médico —ni siquiera podía hablarse de una ciencia médica— de entonces no era suficiente para detectar el mal o padecimiento y curarlo, distintamente a lo que pasaría con nosotros hoy en día.

Lo anterior no significa que el primer hombre tuviera menos derechos humanos, o de menor jerarquía a los nuestros; significa que la evolución histórica —la historicidad como la denomina el maestro Hervada—, el tiempo, que es una dimensión humana,

¹⁰ *Op. cit.*, pp. 163 y 164.

juega un papel *en la medida, modalidad o eficacia de los derechos humanos*, mas no en su existencia. Inversamente, esto tampoco significa que la naturaleza humana evolucione con el tiempo de modo que, a lo largo de la historia, y por el simple transcurso del tiempo, esta evolución haya tenido como consecuencia la aparición de nuevas especies de hombres, distintas de las anteriores y, consecuentemente, de distinta categoría, con más o menos derechos humanos que las anteriores. Un simple vistazo a la historia de la humanidad nos demuestra lo anterior.

Adicionalmente, y como hemos visto, la humana naturaleza no depende, ni en su existencia, ni en su constitución o estructura —su ser— de la voluntad humana, de donde se sigue que tampoco le es posible al hombre inventar, conforme a una nueva supuesta naturaleza por él diseñada, nuevos derechos humanos pertenecientes tan sólo a unos cuantos, distintos de los que tengan o hayan tenido sus contemporáneos o antecesores, respectivamente. No olvidemos, además, que los derechos humanos los tiene y ha tenido el hombre para unos fines —no hay acto humano, y por ende, bien constitutivo de la persona humana, que no obedezca a unos fines— determinados por su naturaleza y las funciones propias de estos bienes.

Recordemos que la naturaleza humana es la esencia¹¹ del hombre como principio de operación, esto es, como ontológicamente capaz de actos humanos, por lo que, donde hay un hombre, nos dice el maestro Hervada, allí está la esencia humana. Por tanto, “la esencia humana no puede estar sujeta al cambio histórico, por una evidente razón: si la esencia —la naturaleza— tuviese una dimensión histórica de cambio, cambiaría el hombre en cuanto hombre; el sujeto de cambio histórico sería la *humanidad*, aquello por lo que el hombre es hombre, lo que comportaría que, cambiada la esencia, ya no habría hombre sino un ser distinto. Poco distinto o muy distinto, pero —por poco o por mucho— un ser distinto. Con ello ya no estaríamos ante la historicidad del hombre, sino ante la evolución de las especies... La historia es la *historia del hombre*. Al respecto no hay que confundir la *transformación* con la *historicidad*.

¹¹ La esencia es aquello en cuya virtud el hombre es precisamente hombre.

Cuando un ser se transforma se convierte en otro ser... En cambio, la historicidad es mudanza permaneciendo el mismo ser y, por tanto, permaneciendo un núcleo o sustrato inmutado”:¹² En el hombre, continúa diciendo Hervada, “no hay mudanza en otro ser, sino mudanza dentro del mismo ser. Uno *mismo* es el que cambia. La historicidad es cambio permaneciendo la mismidad... El cambio histórico no afecta a la naturaleza, pero radica en la naturaleza, porque el tiempo es una dimensión natural: el tiempo existe en la naturaleza”.¹³

IV. EL MATRIMONIO COMO DERECHO

El matrimonio como derecho humano, que es el derecho que nos ocupa, es uno de los que se ve afectado por la historicidad *en su modalidad*, pues tiene un *modo* de ser en la niñez y otro en la edad adulta, permaneciendo el mismo derecho. Así, para el niño, este derecho estará unido necesariamente con el derecho a la integridad corporal y a la educación, pero no al de contraer matrimonio en ese momento; llegada la edad adulta, el derecho a casarse comporta el derecho a elegir cónyuge y a contraer matrimonio, y una vez casado, comportará los derechos a la procreación y educación de los hijos, al ejercicio de la patria potestad, etcétera.

Como se ve, el matrimonio como derecho actualiza otros derechos humanos tanto entre los cónyuges como entre éstos y terceros, entre los cónyuges y los hijos y entre éstos y terceros, respecto de los cuales se es titular en algunos aspectos y deudor en otros, pues no olvidemos que a todo derecho corresponde una obligación.

En cambio, el matrimonio como derecho humano no se ve afectado por la historicidad en su *medida* entendida ésta como la igualdad, en términos de finalidad, calidad, relación y tiempo entre lo debido —lo que se debe— y lo dado —lo que se da—, puesto que los derechos conyugales son los mismos en cualquier tiempo histórico, cualquiera que sea al entorno.

¹² HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho natural*, Edit. Jus, pp. 98 y 99.

¹³ *Op. cit.*, p. 99.

Recordemos que en el caso que nos ocupa —el matrimonio— esta igualdad ha de existir respecto de lo que ambos cónyuges han de darse en cumplimiento de sus respectivos derechos, pues por el vínculo matrimonial, ambos son acreedores y deudores recíprocos de los bienes constitutivos del mismo, respecto del cual ambos son titulares.

La no afectación del matrimonio como derecho por la historicidad, se ve en su medida, en que desde el punto de vista de *la finalidad* —*el para qué de las cosas*—, que mide a las cosas en sí mismas, ésta permanece la misma a lo largo de todos los matrimonios de la historia, a saber, la procreación o perpetuación de la especie, y la ayuda mutua entre los cónyuges, finalidad recogida por el artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal al establecer: “Cualquier condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges,¹⁴ se tendrá por no puesta”.

Decimos que la finalidad mide las cosas en sí mismas porque su perfección depende de su ajustamiento al fin que le es propio, que le es natural en el sentido de corresponder a lo que tal cosa es —a su estructura ontológica—; por ejemplo, se dirá que el ojo está en perfecto estado cuando permite una visión completa, que es el fin al que —naturalmente, estructuralmente— está destinado; lo que hace que un objeto sea un reloj es su ordenación a dar la hora, y, en tanto que instrumento para dar la hora —en tanto que reloj— será tanto más perfecto cuanto más exactamente dé la hora; un objeto de oro con incrustaciones de diamantes que no da la hora, por bello que sea en su diseño y materiales, no será un reloj.

Así, un matrimonio que no está ordenado a sus fines naturales, determinados por la finalidad y corporeidad humanas, no es matrimonio aunque así se le denomine. Es importante destacar que en el caso del matrimonio como derecho, a los fines de desarrollo y perfeccionamiento propios de cada uno de los cónyuges, se aúnan los de procreación y ayuda en todos los órdenes constitutivos de la

¹⁴ Cónyuge se define en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, en su 21a. ed., 1992, como consorte, marido y mujer respectivamente.

persona que corresponden al vínculo jurídico del matrimonio como institución jurídica abocada a esos fines. Los fines de la institución siguen a los de la persona de los cónyuges, y no a la inversa.¹⁵

Es lógico, el matrimonio tiene por fines los indicados precisamente en virtud de que, por naturaleza, esto es, por estructura ontológica, las especies de hombre y mujer, únicas dos conocidas y concebidas naturalmente a lo largo de la historia de la humanidad, presentan caracteres ontológicos y estructurales esencialmente iguales pero complementarios; la complementariedad no procede de diseño humano ni de funciones renunciables, procede del ser hombre y del ser mujer; de ahí la igualdad esencial en dignidad y jurídica entre hombre y mujer; de ahí la no relación de subordinación de uno a otro sino de aportación igual y complementaria.

Tales caracteres estructurales tienen en sí mismos una finalidad específica no determinada por voluntad humana; el ojo está ordenado a ver y no a digerir, aunque al hombre no le parezca conveniente; la razón sirve para conocer, raciocinar y juzgar, aunque la persona no quiera asumir esa responsabilidad; los órganos sexuales masculinos y femeninos están ordenados unos *con* los otros, en el matrimonio, naturalmente, a la reproducción, por lo que, para evitarla, se requiere su no uso o impedir por medios externos la consecuencia de su uso.

Esta finalidad natural puede no cumplirse por dos tipos de causa: *a)* por disfunción, definida por el Diccionario de la Lengua Española como alteración cuantitativa o cualitativa de una función orgánica, desarreglo en el funcionamiento de algo, o en la función que le corresponde, en cuyo caso se reconoce en todos los casos por la ciencia que estudie el orden en el que se presente —físico, psicológico, afectivo o ético— como un desorden o desperfecto precisamente por no ser lo propio de esa cosa o función, o *b)* por intervención arbitraria —esto es, ajena y contraria al funcionamiento o desempeño propio de la cosa o función— que impida u

¹⁵ Lo mismo sucede en otros campos de la actividad humana, como cuando la persona se asocia a través de un vínculo jurídico con otras para la realización de determinados fines. A los fines de los socios o accionistas se aúnan los de la sociedad o persona moral.

obstaculice ese desempeño o sus consecuencias. En el primer caso se tratará de un acto involuntario y por lo tanto de un acto del hombre y no humano; en el segundo se tratará de una arbitrariedad.

La intención o pretensión de usar las cosas o bienes para fines distintos a los que les corresponde es una forma de arbitrariedad; es como pretender usar una pluma, cuyo fin u orden es escribir, para clavarla en el brazo de quien no me simpatiza. Aun lograda la pretensión, la utilización de la pluma para un fin personal impuesto externamente a la cosa, y no para el fin que le es propio a la pluma, constituye una arbitrariedad, y el campo del derecho es el campo de la racionalidad.

En consecuencia, al establecerse el vínculo jurídico matrimonial, cada uno de los cónyuges tiene derecho, en sentido estricto, a que el otro se dé a sí mismo en todos los órdenes constitutivos de su ser —espiritual, psicológico, afectivo y físico—, uno de los cuales es el relativo a su corporeidad y, más específicamente, a su sexualidad, en condiciones de *aptitud* para cumplir con los fines matrimoniales, siendo esto mismo obligación, en el sentido de deuda jurídica, del otro.

Cuando de inicio uno de los cónyuges no se encuentra, consciente y deliberadamente —arbitrariamente—, en condiciones de aptitud para cumplir con sus obligaciones jurídicas derivadas del vínculo jurídico matrimonial, no está legitimado, y por ende, no puede estar legalmente capacitado para contraer una obligación que sabe, que se sabe, no puede cumplir, no estando por ende, legitimado, ni pudiendo estar legalmente capacitado, para exigir el cumplimiento de su correlativo derecho.

No proceder así equivaldría a sostener que las obligaciones jurídicas contraídas por los menores de edad, los sujetos de interdicción o cualquier otro incapaz —personas privadas temporal o permanentemente de sus facultades mentales o volitivas, por diversas causas— no sólo son existentes sino vinculatorias. *En Derecho, la incapacidad impide la existencia y formación de vínculos jurídicos en tanto dicha incapacidad se mantenga.*

Es de suma importancia destacar que, en el caso que se plantea, no se trata de la no existencia del matrimonio como derecho; ese derecho, como cualquier otro derecho humano, no se pierde *nunca* pues su titularidad radica en la humana naturaleza del hombre y

de la mujer, en su condición de persona, la que, como hemos visto, no depende de voluntad o convención humana, y permanece la misma en todos los hombres y mujeres de todos los tiempos, sino de que el hombre o la mujer titular del derecho se coloca a sí mismo en una situación tal que anula la deuda correspondiente a su derecho; su derecho al matrimonio, permaneciendo *suyo* dentro de las condiciones indicadas, pierde su eficacia. Esta ineficacia —tercera forma en que la historicidad puede afectar a los derechos humanos según hemos visto— permanece sólo en tanto el sujeto se mantiene en la incapacidad de que se trate, de ahí que sea una afectación de la historicidad, esto es, temporal, pues afecta, como lo hemos visto, a la eficacia del título y no al título mismo.

Una relación de las características antes mencionadas no puede darse naturalmente, esto es, por impedimento *de naturaleza*, por impedimento de estructura ontológica y fines naturales de la persona, y por impedimento de la institución jurídica matrimonio, por las razones expuestas, entre dos personas del mismo sexo o especie, es decir, entre dos hombres o dos mujeres.

Más aún, en dicho caso, la incapacidad natural *permanente* de los interesados para cumplir y exigir recíprocamente la obligación jurídica/derecho, derivado del vínculo jurídico/matrimonio que es la procreación¹⁶ de la especie, indica que no sólo no existe *objeto* de un posible derecho al matrimonio en tales condiciones, sino que tampoco existe el *título* que atribuya tal acto como propio a ninguno de los interesados, por no estar tal acto en la esfera de dominio de ninguno de ellos y, como hemos visto, para que haya derecho es necesario que haya título. *Sin título no hay Derecho posible.*

Esta incapacidad de origen para el vínculo matrimonial impide asimismo la titularidad de los interesados en conjunto al derecho de adopción en virtud de que, quienes expresamente han manifestado su voluntad arbitraria, en el sentido ya expuesto, de no cumplir con las obligaciones esenciales del vínculo jurídico

¹⁶ Procrear es, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, engendrar, multiplicar una especie; a su vez el citado diccionario define engendrar como causar, ocasionar, formar.

matrimonial, mismas que de no darse la arbitrariedad les sería posible cumplir, de no darse otra incapacidad, mediante el matrimonio con una persona de la otra especie, han colocado en un estado de ineficacia su dominio sobre sí mismos, bien que constituye un derecho humano para los hijos y por lo tanto una obligación jurídica para los padres adoptivos, anulando la deuda correlativa a su derecho.

No obrar así equivaldría, en el ejemplo de la pluma propuesto, a determinar que es un derecho para la persona manifiestamente incapaz de controlar sus deseos de venganza, por las razones que sean, el solicitar y obtener una licencia que le permita utilizar la pluma para ocasionar un daño a la integridad física de quienes no le simpaticen; equivaldría, asimismo, a determinar que el incapaz por alcoholismo, por citar un ejemplo, de no agredir física o moralmente a las personas con las que convive es titular del derecho de adopción por el simple hecho de desearlo.

La misma causa se da cuando los interesados acuden a medios artificiales, como la fecundación *in vitro*, para pretender subsanar su arbitrariedad. En dicho caso, como en el anterior de la adopción, la arbitrariedad se comete no sólo respecto de los propios interesados sino respecto de las personas así engendradas.

Aun en el caso de matrimonio, lo anterior constituye igualmente una arbitrariedad por implicar el ejercicio de una facultad, que constituye un derecho humano, fuera del ámbito natural de las relaciones conyugales que no sólo le es propio sino naturalmente requerido, y que, no obstante darse, se encuentra naturalmente impedido en sus consecuencias. Este caso de disfunción, al que ya nos hemos referido, atribuye como derecho el mejor tratamiento médico que, dadas las condiciones históricas y de lugar del titular —dimensión de la historicidad en el derecho, a la que también nos hemos referido—, sea posible dar al titular para corregir dicha disfunción. De subsistir ésta a pesar de lo anterior, da derecho al titular al derecho de adopción.

La libertad es un derecho humano primario y fundamental del hombre, cuya titularidad nunca se pierde si bien su eficacia puede verse suspendida en el caso de agresión injusta o de intención de liberada y exclusiva de lesión de un derecho ajeno. Por tanto, el

ordenamiento jurídico, como lo indica el maestro Hervada,¹⁷ ha de reconocer un estatuto de libertad respecto de determinadas esferas de actuación con la consecuencia jurídica de dar lugar al deber —deuda— de no impedir u obstaculizar lo permitido con el señalamiento expreso en la norma correspondiente de que se trata de conductas antijurídicas e incorrectas a cuya erradicación no se tiende mediante prohibiciones sino por otros medios —v. gr. educativos.

Tales normas reciben el nombre de tolerantes, y requieren, adicionalmente, como continúa diciendo el maestro Hervada, la inclusión en la propia norma de la prohibición de cuanto suponga apología, propaganda o fomento de las conductas toleradas, todo lo cual puede ser tipificado como delito.

La tolerancia, acción y efecto de tolerar que consiste, según el Diccionario de la Lengua Española, en “permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente”, es una virtud moral que trata de conjugar el respeto debido a la verdad con el respeto debido a la libertad, realidades que se reclaman mutuamente.

Creemos conveniente terminar diciendo, con el maestro Preciado Hernández, que si todo lo que el hombre puede hacer es derecho o tiene derecho a hacerlo, las acciones más opuestas en cuanto a su contenido y finalidad, aun cuando emanen del mismo sujeto, merecen igualmente el calificativo de jurídicas y justas, de donde se seguiría que no es necesario pensar en el derecho ni preocuparse por él, puesto que el hombre únicamente tendría que preocuparse de lo que le es posible físicamente.

¹⁷ HERVADA, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona.

¿QUÉ HACER CON LOS EMBRIONES SOBREPANTES?

Jaime SÁINZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Las técnicas. 2.1. La inseminación artificial y la fecundación *in vitro*. 2.2. La I.A. puede ser homóloga o heteróloga. 2.3. Selección del donante. 2.4. Crioconservación. 2.5. Contrato de donación y otros protocolos: Formalidad, gratuidad y secreto. 2.6. Destinatarios. 2.7. Fecundación post mortem 2.8 Fecundación *in vitro*, características compartidas con la I.A. y características propias. Madres sustitutas. III. Los embriones sobrantes. 3.1 Embarazo normal. 3.2. Esterilidades. 3.3. Procedimiento. 3.4. Producción múltiple. 3.5. Embriones sobrantes. 3.6. Cómo impedirlos. 3.7. Una discusión inexistente. El respeto a la dignidad del hombre. 3.8. ¿Cuándo comienza la vida? 3.9. Una falsa o errónea solución.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando el profesor Sarria terminó la lectura del artículo sobre técnicas de reproducción asistida y la dificultad o infructuosidad para hacer valer el derecho de la persona a conocer a sus descendientes en la inseminación,¹ levantó sorprendido la cabeza: ¿cómo puede ser posible que en Alemania existan 75,000 niños, cuyo padre biológico es un hombre distinto del esposo o compañero de la madre? Desde luego, él no es experto en el tema, pero recuerda vagamente haber oído o leído acerca de la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*, tiene así mismo la imagen y fresca la impresión que le produjo el anuncio del nacimiento de la primera "bebé probeta",² pero recuerda así mismo cómo el temor

¹ "Bereitlung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung bei künstlicher Insemination".

² "Tras unos 10 años de experimentación en animales, nace el 25/VII/78 y por fecundación *in vitro* con transferencia de embriones el primer niño del mundo. Se llama Louise J. Brown y el nacimiento tuvo lugar en el Hospital Público de Oldham (Inglaterra) en

que le sobrevino frente al hecho allí marcado de que el hombre finalmente había traspasado unas barreras que se suponían infranqueables, rápidamente se disolvió cuando se le aclaró que no se trataba de creación en laboratorio sino de técnicas para asistir a la pareja infecunda pues lo que finalmente se lograba era la unión de los gametos de esa pareja, en el vientre materno en la inseminación, o en el laboratorio con anidación posterior en el vientre de la madre en la fecundación *in vitro* con transferencia intratubárica.

¿Cómo fue entonces posible el monstruoso dato de 75,000 hijos ajenos? Puesto a investigar pronto se informó de que, para mayor eficacia, las técnicas que en un principio sólo se utilizaron con elementos biológicos de la pareja infecunda —para dar solución a casos más radicales de esterilidad masculina se acudió al empleo de gametos de terceros donantes, esta práctica que da lugar al nacimiento de niños con padre diferente—, luego se ampliaron y facilitaron con la crioconservación de gametos y con el otorgamiento a los donantes del anonimato absoluto, que conlleva la seguridad de que no asumirán obligaciones para con los niños que nazcan con el empleo de estas técnicas.

Supo entonces que también se puede acudir a la donación de oocitos, con lo cual ya no habrá una sola madre, sino dos, la biológica que aporta el germen y la gestante que lo lleva y alumbrará, para su progresiva sorpresa, que las técnicas están difundidas por el mundo y son cada vez más empleadas en América, Australia y Europa con puntual y estricta legislación o sin normas que controlen y regulen su empleo.

En España se emplean las técnicas de reproducción asistida desde hace veinte años y los primeros niños “probeta” nacieron

el servicio dirigido por los doctores Patrick Steptoe (médico) y Robert Edwards (biólogo), auténticos pioneros e impulsores, junto con los equipos australianos, de estas técnicas de reproducción humana.

En marzo de 1984 tuvo lugar en Los Ángeles (EUA) el primer nacimiento de un óvulo fertilizado de otra mujer.

El 10 de Abril de 1984 nace en Melbourne (Australia), la niña Zoe (“regalo de la vida”) Leyland, de un embrión previamente congelado, siendo los autores australianos los principales estudiosos e investigadores de los procesos de congelación y descongelación de embriones humanos. Informe Comisión Especial Congreso de Diputados, pp. 24 y ss.

cuando la práctica no estaba regulada, que sólo lo fue a partir de la ley 35 de 1988.³

II. LAS TÉCNICAS

Un ligero repaso por la ley sobre “Técnicas de reproducción asistida” nos permite señalar o relievár las distintas posibilidades que ofrecen las técnicas:

2.1. Aun cuando existen variantes como la GIFT, esto es la transferencia intratubárica de los gametos masculino y femenino para que la fecundación ocurra *in vivo*, las técnicas más utilizadas son dos:

- a) La inseminación artificial que consiste en: “...trasladar el semen de un varón (...) recogido previamente (...) al interior de una vagina o del útero de una mujer sin que exista coito entre ambos”,⁴ y
- b) La fecundación *in vitro* “que se obtiene en el laboratorio en una placa de cultivo, cuando el óvulo y el esperma no pueden encontrarse por el mecanismo natural”.⁵

2.2. La inseminación artificial que puede hacerse con los espermatozoides del esposo o compañero de la pareja a la que está destinado el niño, llamada homóloga, denominada así mismo IAM o IAC, esto es inseminación artificial con semen del marido o cónyuge, puede también practicarse con semen de un tercero, y entonces se llama heteróloga, o IAD, vale decir, inseminación artificial con semen de donante.⁶

³ En España de acuerdo con el I Informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, 3 de Marzo de 1999, existen 114 centros que prestan este servicio, de ellos el 56% ofrece FIV y el 43% tiene banco de semen.

⁴ Informe de la Comisión Especial del Congreso de los Diputados de España, pp. 18 y ss.

⁵ Informe de la Comisión Especial del Congreso de los Diputados de España, pp. 22 y 23.

⁶ “En 1776 Spallanzani estudió el efecto de la congelación sobre los espermatozoides.

En 1799 Hunter obtuvo la primera gestación de una mujer con semen de su marido, procedimiento posteriormente publicado por Sims en EUA.

En 1886 Montegazza propone la creación de bancos de semen congelado.

2.3. La posibilidad de emplear gametos de un tercero impone la selección del donante que en un principio se cumplía en forma simplificada y para cada caso con material fresco y ahora en forma amplia pues se mantienen y ofrecen en un banco; en uno u otro caso la es cogencia del donante como mínimo debe comprender:

- a) Elementos legales: sólo por vía de ejemplo, capacidad del donante y consentimiento;
- b) Datos personales;
- c) Datos físicos: talla, peso, color de piel, color del iris, color y textura del cabello, grupo sanguíneo, etcétera;
- d) Historia médica personal: enfermedades, exposición a sustancias dañinas, número de hijos, complicaciones en el nacimiento de sus hijos, número y lugar de donaciones anteriores;
- e) Historia familiar: síndrome de Down, otras cromosopatías, hemofilia, diabetes, infertilidad, etcétera; y
- f) Semiograma completo, que incluya examen macroscópico, microscópico, espermocritograma y bacteriológico, con la relación pormenorizada de la hora y circunstancias de la muestra.⁷

Se trata desde luego de asegurar las condiciones fenotípicas (para buscar semejanza con quien será el padre legal), impedir enfermedades y procurar la eficacia del tratamiento.

2.4. Para facilitar la práctica, que obligaba a puntuales concurrencias de la mujer y el donante, pues la vida útil de la capacidad procreadora es muy corta, pronto se incorporó la crioconservación de semen, ya de antes probada en animales, que les permitía tener

En 1889 Dickinson practicó en EUA la inseminación artificial con semen de donante. La inseminación alcanzó paulatinamente gran difusión internacional, siendo los Estados Unidos los verdaderos pioneros de estas técnicas, calculándose que en esta nación ya se han realizado alrededor de un cuarto de millón de inseminaciones.

En 1953 se dan a conocer inseminaciones artificiales con semen congelado.

En España hay bancos de semen desde 1978, y han nacido alrededor de dos mil niños por inseminación artificial con semen de donantes. Comisión del Congreso de los Diputados de España, marzo de 1986, p. 24. El dato estadístico actual supera los 50,000.

⁷ En España el Real Decreto 412 del 1º de marzo de 1996 incluye un protocolo básico de estudio de donantes.

a la mano el germen sin necesidad de emplear material fresco, para lo cual se desarrollaron los bancos de semen, con los cuales ya no se requiere un donante para cada caso, sino que al usuario se le hace beneficiario de una donación ya realizada al centro médico que presta el servicio, o por su intermedio.

Cabe incluso la selección del donante, en principio es lo que se hace cuando se busca que tenga las características fenotípicas de los padres, pero está allí la tentación de hacer otras selecciones, aun cuando en las legislaciones existentes la selección del donante y en su caso del semen se deja al centro médico.⁸

2.5. En cuanto a la relación jurídica que permita el empleo de gametos, pero también de embriones, dice la Ley:

Art. 5º.

1. La donación de gametos y preembriones para las finalidades autorizadas por esta Ley es un contrato gratuito, formal y secreto concertado entre el donante y el centro autorizado.

Texto con el cual se prescriben y luego desarrollan tres asuntos:

2.5.1. Se dice que la donación es un contrato gratuito, y para que no queden dudas, luego reitera:

2. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial.

Sin embargo, el pago, la remuneración, a veces disfrazada de indemnización, siempre está presente.

Se empieza por decir que si bien el contrato es gratuito, no tiene por qué costarle al donante (cuando esa es la característica esencial

⁸ El Artículo 6º-5 de la Ley 35/88 dispone: "La elección del donante es responsabilidad del equipo médico que aplica las técnicas de reproducción asistida. Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar". La ley española, como se verá, tiene por usuaria a la mujer y no a la pareja, por eso incurre en (para el autor) burdos errores cuando se refiere a la similitud fenotípica con la mujer y no con el hombre que es el suplantado en la inseminación con donante.

de la donación) y se termina recomendando el pago de una suma determinada en dinero o en especie. La afirmación más socorrida es sostener que al donante se le debe compensar o indemnizar por el tiempo perdido o servido y por los gastos de traslado, pero a continuación se agrega que, para no disminuir su condición con la demostración puntual y detallada de los gastos se les debe asignar una suma fija predeterminada, fórmula que además tiene la virtud de impedir la competencia entre los bancos con el ofrecimiento de cantidades mayores.

Se soslaya desde luego que la compensación por el tiempo empleado es la forma más común de pago por la prestación de servicios y que compensar por un traslado no cumplido es simplemente una remuneración.⁹

2.5.2. El secreto tiene varias formas:

De una parte le permite a la pareja fingir o simular que son los padres biológicos ante la sociedad y el propio hijo y, de otra, le ofrece al donante seguridad de que no se revelará su condición de padre biológico, presentación que tiene a su vez un doble contenido:

- a) En primer lugar los asuntos de filiación y con ellos la asunción de derechos y obligaciones propios de la paternidad, y
- b) Los asuntos médicos, biológicos, psicológicos y atinentes al desarrollo de la personalidad.

Inicialmente, y todavía en muchos países, sobre todo en aquellos en los cuales no existe legislación reguladora del empleo de

⁹ La Comisión nacional de reproducción humana asistida en su I Informe Anual, marzo 3 de 1999 propone pagar 5.000 pts. por donación de semen y 100.000 pts. por la de oocitos. Para lograr la "donación" de óvulos, que exige una mayor cantidad de citas en las que la donante debe someterse a manipulaciones médicas que conllevan algún traumatismo —de allí la mayor suma propuesta— se acostumbra ofrecerles a las pacientes de alguna intervención quirúrgica o usuarias de su propia FIV, rebajas en su tratamiento si aceptan la incentivación del folículo para la producción de óvulos que tendrán por destinataria otra mujer. Fórmula que puede conducir a que las donantes no tengan las mejores condiciones fenotípicas y genotípicas, pero que en todo caso violan la Ley porque la persona que acepta lo hace para lucrarse. En Alemania está prohibido cualquier pago y en el Reino Unido sólo se cancela el valor de los traslados debidamente demostrados.

las técnicas de reproducción humana asistida, el centro médico otorgaba el anonimato absoluto, esto es que, ni los participantes, ni los terceros, ni el hijo nacido tienen derecho a recibir información o a conocer las características o la identidad del donante y, por consiguiente las obligaciones frente a los hijos las asumen los usuarios o destinatarios.

El anonimato absoluto ha venido cediendo especialmente en el campo médico para conocer las características. Por fuera de la conveniencia de mantener el secreto del procedimiento y del donante frente a terceros o para los usuarios, en la cual tampoco creo; estimo que el conocimiento de la identidad del donante es un derecho fundamental del hijo ya mayor que lo reclame.¹⁰

2.5.3. En el campo de las obligaciones parentales el propósito del anonimato permanece radical y estricto. El donante no tendrá obligaciones para con el hijo, quien, en principio, no recibe ningún perjuicio porque se entienden asumidas por la pareja, en todo caso por el usuario, asunto que debe quedar expresamente definido en los consentimientos.

En la legislación española se prevé un contrato de donación escrito entre el donante y el centro y, de otra parte, consentimientos escritos de los usuarios. Unos y otros, donantes y usuarios deben suscribir otros protocolos y someterse a otros exámenes que les habiliten para ser "dadores" o destinatarios, pero se echa de menos

¹⁰ En España la Ley 35/88 dispone:

Artículo 5º

.....
5. La donación será anónima, custodiándose los datos de identidad del donante en el más estricto secreto.....

Los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad del donante, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. En tales casos se estará a lo dispuesto en el artículo 8, apartado 3. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso, publicidad de la identidad del donante.

en esta legislación un contrato de prestación de servicios entre el centro médico y los usuarios.¹¹

2.6. Se debe definir quién es el destinatario de las técnicas, parece una perogrullada pero no lo es. Inicialmente el tema parecía pacífico, se trataba de dar solución a la infertilidad de la pareja.¹² Posteriormente el asunto fue discutido, primero por las mujeres solas que, prevalidas del anonimato del donante, alegan un derecho a la maternidad y, puesto que en estos casos el consentimiento sólo lo firma la mujer las responsabilidades frente al hijo sólo las tendrá la madre, el hijo nacido en estas condiciones carecerá de padre responsable.¹³

2.6.1. Pero está también el asunto de otra clase de parejas:

a) De una parte, las de lesbianas que podrán acceder al empleo de las técnicas en la medida que puedan serlo las mujeres solas, y también las de homosexuales que pueden buscarla por intermedio de una madre sustituta,¹⁴ y

¹¹ No estimo bien definido el contrato de donación entre el tercero y el centro, por el que éste resulta ser donatario. El contrato debería tipificarse entre el tercero -donante- y el usuario -donatario- el centro sería depositario y el contrato sólo se perfeccionaría con la aceptación del donatario.

¹² Inicialmente la inseminación artificial, y luego la fecundación *in vitro*, se formulan como un remedio para las parejas casadas infecundas, en la exposición de motivos del proyecto de ley que se entrega al Congreso de los Diputados y luego se agrega a la actual ley 35 de 1988, sobre "Técnicas de reproducción humana", se lee: "Las técnicas de reproducción asistida han abierto expectativas y esperanzas en el tratamiento de la esterilidad cuando otros métodos son poco adecuados o ineficaces. Se calcula que en España hay unas 700,000 parejas estériles casadas en edad fértil (...) de las que un 40% podrían beneficiarse con la FIVTE y un 20% con la inseminación artificial".

¹³ En España el artículo 6º-1 de la Ley 35/88, acerca de las usuarias de las técnicas señala: "Toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente Ley, siempre que haya prestado su consentimiento a la utilización de aquéllas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Deberá tener 18 años al menos y plena capacidad de obrar".

¹⁴ Desde luego, no existe legislación que los tenga por destinatarios, pero cabe la aplicación puesto que en algunos países la maternidad por encargo no está prohibida. Existe así mismo la posibilidad de que tanto estas parejas, como las de lesbianas cuando

b) Las de las parejas que viven en condiciones análogas al matrimonio.¹⁵

2.6.2. Pero, además, los destinatarios deben cumplir algunos requisitos adicionales, médicos, psicológicos o sociales para determinar la estabilidad de la pareja y, de ser posible, fijen límites en cuanto a las condiciones físicas de la receptora.

2.7. La crioconservación de gametos y de embriones trajo consigo otras posibilidades, como la fecundación *post mortem* que tiene profundos nexos con la filiación, no sólo en cuanto a la herencia, sino frente a la condición temporal del hombre, pues ahora se ofrece como posibilidad de prolongar sus agentes vitales más allá de su propia existencia. El tema, como ocurre con muchos de los surgidos del empleo de las técnicas de reproducción asistida, desborda la finalidad médica de procurar solución a la infertilidad de la pareja, aun cuando inicialmente se presenta como fórmula para puntuales y extraordinarios casos: se dice, por ejemplo del hombre que debe someterse a una intervención quirúrgica que ponga en peligro su vida o su capacidad de reproducción, que entonces deja su semen congelado para ser usado en cualquiera de esos eventos, pero de allí a la megalomanía o egolatría de mantenerse vigente para la posteridad no hay más que un paso.¹⁶

no esté permitida la fecundación de mujeres solas, en ejercicio del derecho de igualdad lo soliciten, pues curiosamente estas parejas que alegan su derecho a ser diferentes pretenden, en ejercicio del derecho de igualdad, el acceso a las instituciones de las parejas de heterosexuales.

¹⁵ La Ley 35/88 en cuanto señala a toda mujer como usuaria de las técnicas de reproducción asistida, permite indirectamente el acceso a ellas de parejas no casadas, pero algunas legislaciones como la suiza, la sueca y la alemana reconocen expresamente el derecho a las parejas que conviven en formas o comportamientos análogos al matrimonio.

¹⁶ La Ley 35/88 en su artículo 9º con relación a la fecundación *post mortem* dispone:

1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

2.8. La fecundación *in vitro* –FIV– “que se obtiene en el laboratorio en una placa de cultivo, cuando el óvulo y el espermatozoide pueden encontrarse por el mecanismo natural” y luego se lleva o transfiere al útero, comparte con la inseminación la posibilidad de efectuarse con los gametos de la propia pareja, o la participación de terceros mediante la donación de semen, de óvulos o de ambos, incluso, como se verá, la dificultad para obtener donantes de oocitos, y la aún mayor para actuar con gametos frescos, pues la criopreservación de ovocitos no es aún aceptada pacíficamente, ha aupado la utilización de embriones de donantes, cuya congelación sí es admitida, aun cuando, desde luego, tal empleo sólo debe hacerse cuando no puedan emplearse los gametos del esposo o compañero, o los propios de la mujer receptora.

La presencia de terceros obliga a regular todo lo relacionado con los donantes de semen y de óvulos, como en la inseminación, pero también de embriones y detenerse en el asunto de su congelación.

2.8.1. La FIV trajo consigo también el asunto de las madres sustitutas, por encargo o subrogadas, por el que una mujer acepta gestar para otros un hijo, que fecundado *in vitro* se le transfiere.¹⁷

El alquiler de vientres está prohibido en todas las legislaciones europeas. En España el artículo 10 de la Ley 35/88 prescribe:

Artículo 10

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto al padre biológico conforme a las reglas generales.

¹⁷ En teoría las madres por alquiler se pueden dar también en la inseminación artificial, pero este encargo, que desde la perspectiva de la mujer gestante es una IAD no tiene la justificación o explicación que le cabe cuando la mujer que hace el encargo desea aportar su propio germen y superar las dificultades de gestación con la FIV y la madre portante.

La ley le da entonces prelación a la madre gestante y se olvida de la biológica y, aun cuando tal prelación es discutible, la fórmula legal tiene la importancia de que resulta eficaz para impedir los contratos. Quizás lo que más molesta y repugna en este asunto es el tratamiento contractual que ronda el tema, cuando se habla de cumplimiento de las obligaciones contractuales o se comercializa la función de procrear o gestar que se presenta como un servicio más.

Cuando el profesor Sarria terminó aquel primer repaso por la Ley, fruto del cual es el resumen que antecede, perplejo y alucinado comprobó que en su país, mientras él se dedicaba al estudio de la Constitución o de las nuevas teorías del Estado otros edificaban una nueva sociedad, pues ahora encontramos plena y cabalmente instaladas las técnicas de reproducción humana asistida, con 114 centros médicos que la prestan, de los cuales el 43% tienen bancos y en los cuales para agosto de 1998 había 25,000 embriones congelados, de ellos el 15% con más de 5 años de congelación, pero, desde luego que aquí, como en Alemania, existen también unos 75,000 hijos que tienen por padre a un donante, cifra que en los EUA, superó hace años el cuarto de millón. ¿Tantas preguntas por hacerse... acerca de la filiación... de las responsabilidades de la dignidad de la persona... del comienzo de la vida... de los derechos... a la maternidad, a la paternidad... pero también los del hijo, y los del embrión, del *nasciturus*... y el *concepturus*...? Desde que inició el estudio, cada vez que traspone una puerta se abren mil posibilidades y la madeja sigue creciendo. ¿Quién pondrá fin a esta loca carrera? Pero también algunas respuestas, no siempre buenas, pero que explican los resultados, por lo menos comprendió el porqué de su sorpresa. Cada vez que se entrega un resultado o se da cuenta de una posibilidad, la información es parcial y el oyente o lector sólo recibe el beneficio o la utilidad derivada, pero no la información completa.¹⁸

¹⁸ Es necesario superar lo que los prelados franceses llaman lógica del sentimiento –del sentimentalismo– que unilateralmente se busca y obtiene presentando por los medios de comunicación imágenes de bebés preciosos en brazos de unos padres sonrientes que emocionados confiesan el cambio experimentado por la FIV que les ha proporcionado la ansiada descendencia. Pero sin que tenga lugar un análisis objetivo del procedimiento. “Vie et mort sur commande”, p. 1126.

III. LOS EMBRIONES SOBRANTES

Ningún tema, sin embargo, más estremecedor que el de los embriones sobrantes:

3.1. *Embarazo normal.* Para la producción de un embrión se precisa: 1. Que el varón produzca semen en los testículos con las propiedades adecuadas para la fecundación. 2. Que la mujer produzca un óvulo maduro en uno de los aproximadamente 200,000 folículos de cualquiera de los dos ovarios. 3. Que un espermatozoide del semen se encuentre con el óvulo y lo fecunde.¹⁹

3.2. *Esterilidades.* Puede, sin embargo, ocurrir que, el embrión no pueda producirse *in vivo* por esterilidad masculina, femenina, mixta, psicológica o idiopática. Para las esterilidades masculinas y para algunas de las femeninas (vaginismo o malformaciones), se acude a la inseminación artificial y para las esterilidades femeninas y mixtas a la fecundación *in vitro*.

3.3 *Procedimiento.* “En cada ciclo menstrual normalmente, y dependiendo de la estimulación de la FSH hipofisiaria, sólo madura un óvulo en el folículo de Graaf. Aproximadamente el día 14 del ciclo femenino se produce un pico secretor de LH, que hace que continúe la meiosis del ovocito contenido en el folículo de Graaf, hasta la metafase de la segunda división meiotica. Esta madurez se alcanza a las 24 horas del pico secretor de L.H; en ese momento el folículo se abre, y el óvulo, rodeado de las células foliculares (cúmulo oóforo) es recogido por las fimbrias y se sitúa en la región ampular de la trompa.

“La recogida del óvulo para la FIV-TE ha de realizarse cuando aumenta la secreción de LH y el óvulo ha alcanzado cierta madurez, pero antes de que entre en la trompa de Falopio, donde no se podrá localizar o recoger.

¹⁹ Este es un resumen simplificado, pues el procedimiento de un embarazo normal exige el cumplimiento de capacidades en los órganos reproductores del hombre y la mujer y capacidades funcionales o biológicas en los espermatozoides o en los óvulos, para una descripción más puntual de este proceso y de las esterilidades que lo impiden, véase Informe de la Comisión Especial del Congreso de los Diputados, p. 20 y ss.

“Para que la fecundación sea posible, el espermatozoide tiene que sufrir una serie de cambios, principalmente la capacitación y la reacción acrosomial. *In vivo* esto ocurre durante el recorrido de los espermios por el tracto genital femenino hasta la ampolla tubárica, donde suele producirse la fecundación, *in vitro* puede conseguirse la capacitación de los espermatozoides y alcanzar concentraciones altas de éstos, ocurriendo la penetración en pocos minutos.

“El huevo fecundado comienza una serie de divisiones mitóticas y se transforma en mórula (hasta el estadio de 12-16 células), lo que suele corresponder con su entrada en la cavidad uterina. En el interior del embrión se forma una cavidad con contenido líquido, denominándose ese estadio blastocito. Éste se adhiere al endometrio y comienza a invadir los tejidos maternos: es la implantación. El embrión permanece libre en la cavidad uterina, finalizando la implantación entre el día 12-14 de la fecundación.”

“El conocimiento de estas secuencias es necesario para determinar el momento en el que el equipo médico debe transferir el embrión obtenido en el laboratorio al útero de la paciente”.²⁰

3.4. En cada ciclo natural sólo se produce la maduración de un único óvulo. Así en los primeros intentos de FIV se recogía este óvulo para fecundarlo *in vitro*, pero las tasas de embarazo eran muy bajas. Se comprobó que transfiriendo más embriones a la madre existían más posibilidades de embarazo y por ello se estimulan los ovarios con clomifeno, ganodotropinas o ambos para lograr varias ovulaciones en un solo ciclo... Así se consigue recoger por laparoscopia a veces más de 10 óvulos, siendo lo habitual recoger entre 6 y 9... No obstante como el riesgo de gemelaridad es alto con la transferencia de más de tres embriones, hay centros que congelan los restantes para implantarlos en un ciclo siguiente.

El método seguido para el nacimiento de los tres primeros “niños probeta” fue, no obstante, a partir de la recogida de ovocitos en un ciclo espontáneo. En la actualidad también hay equipos médicos que proponen este método, *alcanzando tasas de embarazos*

²⁰ María Luisa VEGA, Javier VEGA y Pelegrin MARTÍNEZ. *Reproducción asistida en la Comunidad Europea*, p. 53.

por embrión transferido similares al ciclo FIV inducido, particularmente en parejas infértiles bien seleccionadas

3.5. Pero sea como fuere, pues sería inútil tratar de inducirle al centro médico correspondiente el cambio o modificación de un procedimiento, que de acuerdo con su criterio o experiencia se ha mostrado exitoso, lo cierto es que cualquiera de estos tratamientos, con implantación de uno o de tres embriones, no produce excedentes o embriones sobrantes, que sólo vienen cuando con criterios de "eficacia" sustentados en argumentos económicos y de bienestar, con apoyo de la crio-conservación, se dispone que para repetir el ciclo en caso de fracaso del primer intento de implantación y evitarle a la pareja los costos y a la mujer las molestias, traumas o incomodidades de una nueva manipulación (incentivación del folículo y laparoscopia), deben tomarse seis o más óvulos, fecundarlos todos, implantar tres y dejar los restantes crio-conservados, para implantarlos luego, si la primera anidación fracasa.

De soslayo, casi que a hurtadillas, prendida a la obtención del éxito, mirada como eficacia, se logra la maduración e incentivación del folículo para obtener más óvulos, luego embriones, para a continuación y sin que con ello se modifique, ni mejore la técnica, únicamente para permitir la repetición, se logran más embriones, que se guardan congelados para una segunda implantación, mas cuando la primera anidación es un éxito, porque se logra el embarazo, *los embriones congelados sobran*.

A continuación, con aquel paso ya dado, vendrán las soluciones para la *debida utilización* de los excedentes, algunas de las cuales, como ha ocurrido en todos los otros estadios de este proceso, vendrán revestidas de dignidad y altruismo, que permitan aceptar el procedimiento. Se dirá entonces que servirán para un futuro embarazo de la propia madre gestante, o que pueden ser donados para *solucionar* el drama de otra pareja (en España también de una mujer sola), y desde luego, para investigaciones autorizadas.

3.6. Tenemos pues ya instaladas, la crio-conservación, la donación y la investigación de embriones, cuando, antes que procurar solución para los embriones sobrantes, debiéramos darnos un sistema y una legislación que, en lugar de auapar la formación de em-

briones innecesarios, evite la creación de cigotos sobrantes. Sin descuidar la técnica, por el contrario, mejorándola, y sin limitar la eficacia, porque la implantación de un solo óvulo (para aquellos centros que consideran que con un control y una vigilancia estricta se logran índices sobresalientes), o de tres o más (para aquellos que estiman necesaria la multiplicidad para asegurar el embarazo), no impiden la repetición del ciclo. Esto es, que lo que debe limitarse o impedirse es la fecundación de óvulos que no se implanten o corran el riesgo de no implantarse. En palabras sencillas y concretas *que sólo se fecunden los óvulos que se van a implantar*.

Como se propuso en el Consejo de Europa en la preparación de unos principios preliminares en el campo de la fecundación *in vitro* y manipulación de embriones, informe final de las sesiones de Estrasburgo del 9 al 12 de octubre de 1984: "se limitará en forma estricta el número de embriones obtenidos por FIV y transferidos al número necesario para conseguir el éxito de la procreación, y si es posible, serán transferidos todos los embriones obtenidos". Así mismo el comité *ad hoc* de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas (CAHBI) del Consejo de Europa, en su proyecto de resolución núm. R87-Estrasburgo 3 de oct. /88 en su principio 8.1 establece que: "sólo será fecundado el número mínimo de óvulos necesarios para asegurar el éxito de la procreación".²¹ "Otros problemas como la crio-conservación de embriones o la donación son tratados en el documento sobre principios de la procreación artificial humana (Consejo de Europa) y en la resolución sobre la FIV. El Parlamento Europeo pide que sean fecundados *in vitro* únicamente los óvulos que puedan ser implantados, expresa la preocupación por el "derroche de embriones" que la FIV puede implicar y considera que *se puede acudir a la congelación de embriones solamente para salvar la vida de los mismos*, cuando por cualquier razón sobrevenida a la fecundación, sea imposible la inmediata implantación en el útero... desde luego que de persistir la enfermedad o la muerte de la mujer *se debe permitir una excepcional donación de embriones*.²²

²¹ M. VEGA, J. VEGA y P. MARTÍNEZ *Reproducción asistida en la Comunidad Europea*, pp. 104 y 105.

²² M. VEGA, *op cit.*, pp. 212-216.

Desde luego que en contra de esta posición podrán argüirse los costos y el nuevo sometimiento de la mujer a las molestias de otra manipulación orgánica (que es más leve cuando la repetición se hace con el óvulo madurado en forma natural), pero que en ningún caso puede contrastarse o parangonarse con los elementos complejos, discutibles o francamente rechazables que la nueva técnica incorpora, como lo es la conclusión a la que inexorablemente se llega de que los embriones sobrantes deben echarse por el vertedero, y ésta no es sólo una referencia simplemente tremenda o catastrófica porque el hecho ya ocurrió en el Reino Unido²³ y amenaza con ocurrir en otras partes. Sin ir muy lejos, en España, el gobierno de la Generalitat de Cataluña ofrece 1000 embriones para la *adopción*²⁴ y, por fuera de la curiosa o tal vez mejor comercial forma del ofrecimiento, lastima el tratamiento por el que se someten a los ritos del mercado seres que creíamos fuera del comercio (Así luego se diga que no se cobra, la forma es la misma: se ofrecen "saltos" de un potro o de un perro, o cachorros). Golpea el tratamiento por la disminución o mengua de la dignidad, pues estos embriones son aún más que sobrantes desechables, no son sólo excedentes, sino que ya nadie los reclama o dice necesitarlos, escapan incluso al movimiento ordinario del centro que se ocupa de su formación, por eso se ofrecen. Cuando miro el aviso en el diario no puedo menos que pensar en los letreros que se colocan al borde de las carreteras por los que se ofrecen o aceptan bienes innecesarios, "se reciben escombros" por ejemplo; pero, por fuera de estas cavilaciones, lo que está claro es que las reservas superan las necesidades de la industria y debe buscarse un destino, y entonces se piensa en la adopción.

El aviso publicado en los medios de comunicación es de por sí suficientemente elocuente:

"La consejería de sanidad de la Generalitat de Cataluña impulsará una campaña para que las parejas con problemas de fertilidad puedan adoptar uno de los 1,000 embriones congelados que en Cataluña han superado el plazo de 5 años que fija la Ley para su mantenimiento.

²³ Comisión Nacional... Informe Anual.

²⁴ Diario *El Mundo*, 27 de enero de 1998, p. 12.

La Generalitat pretende solucionar así el problema que supone decidir qué hacer con estos embriones una vez pasado el plazo. La Ley de Reproducción Asistida de 1988 no establecía ninguna medida determinada. De esta forma los embriones pasan a estar fuera del marco legal, aunque continúan siendo un material genético idóneo y en condiciones óptimas para ser implantados.

A la espera de que el Congreso modifique la Ley, los embriones permanecen congelados a 196° bajo cero."²⁵

Es curiosa o paradójica la manera como en este asunto de la reproducción humana asistida, los argumentos van y luego regresan para ser aplicados a otros temas. Es aleccionadora la comparación que se busca con otras instituciones para determinados propósitos y luego se abandona cuando no está en el orden de sus intereses. Es lo que ocurre con *la adopción*, siempre presente cuando se habla de parejas infecundas que se esgrime como solución para la maternidad y paternidad frustradas, pero también como remedio para el niño desamparado, sin embargo, en cuanto se antagoniza con la procreación asistida se argumentará que algunos querrán su propia descendencia y debe ser propósito de los gobernantes procurarles los medios, y a la medicina remediar la disminución; es desde luego una muy buena razón para la aplicación de las técnicas de la reproducción asistida, pero no obstante tal argumentación, que deja de lado consideraciones sociales acerca del socorro y atención debidas a miles de niños abandonados, ahora, aceptada la razón expuesta (que es subjetiva y egoísta pero admisible en el plano del querer individual), se propone la adopción de embriones, esto es, seres formados por el encuentro germinal de gametos de personas diferentes, es decir, que no se les procura su propia descendencia. No se trata de poner una pica en Flandes a favor de la adopción de niños, debe aclararse, aun cuando merecida, porque la decisión de adoptar (como lo es también la aceptación por el marido de la inseminación de su mujer con semen de donante), es un gesto de desprendimiento, amor y entrega, que no se encuentra en algunas de las alternativas de las técnicas de la repro-

²⁵ El informe de la Comisión Nacional de Reproducción Asistida deja chiquita esta preocupación, pues el número de los embriones es ya de 25,000, de ellos más de 3,000 fuera del término máximo de congelación previsto en la ley 35/88 y sigue creciendo.

ducción asistida en las que generalmente se patentiza el egoísmo y el voluntarismo de tener un hijo que se muestre como propio a toda costa, como este que busca la anidación en otro vientre de embriones formados por otros padres. La mayor paradoja es que ahora se nos presenta esta otra adopción como solución para los embriones sobrantes, a la par con la de colmar las aspiraciones de procreación de otra pareja, cuando el real y radical remedio es impedir que se formen más embriones que los que han de transferirse, con un ordenamiento legal que impida su creación a la vez que mande se aniden en cada ciclo todos los óvulos fecundados.

Desde luego, esta decisión trae consigo la conclusión de que debe mejorarse la técnica, para que el control y seguimiento de la ovulación, transferencia y embarazo sean eficaces; o para que lo sea la implantación de un grupo de embriones si se prefiere incentivar la ovulación, sin que se precise otro intento. O bien, si es del caso con el sometimiento a la repetición del ciclo completo, con la correspondiente molestia para la mujer que se someta al estricto control para obtener el óvulo maduro que se desprenda naturalmente o con la aceptación de una nueva manipulación orgánica para incentivar los folículos y obtener un nuevo grupo de tres o cuatro embriones, que se fecundarán e implantarán todos, pero que permitirán la repetición y un número mayor de embarazos, sin la producción de embriones innecesarios o sobrantes.

Yo no me he referido a las facilidades para el centro médico que presta el servicio, porque generalmente no se arguye como razón para la congelación de embriones, pero, aun cuando las hay y puede además completarse aceptando que, si se disminuye el tiempo, se limitan las molestias e incomodidades y se abarata el tratamiento, la práctica mejora, es indudable, pero, ¿a qué precio? El de tener luego unos embriones sobrantes que, así se afirme pueden ser utilizados por la misma o por otra pareja, terminarán siendo ofrecidos públicamente o arrojados en un vertedero, es un costo que la sociedad no debe pagar por aquel bienestar, y cuya disposición no puede dejarse a la libre voluntad de una pareja generalmente mal informada, porque como ocurre con demasiada frecuencia en este procedimiento, no obstante señalarse criterios de amplia información, ésta sólo se limita a la indispensable para darle vía al tratamiento y, entonces, ni los donantes de espermatozoides

saben que su semen puede luego ser empleado para fecundar hijos sin padre; ni los de embriones, que éstos pueden finalmente ser destruidos si no ocurre *la eventual* ocasión para la que se crearon; sólo que para aliviar este peso, los científicos, algunos claro, ahora nos inventaron el pre-embrion.

Sobre el tema A. Rodríguez Luño y R. López Mondéjar:²⁶ manifiestan:

Lo visto hasta ahora permite vislumbrar que la FIVTE es una técnica costosa, requiere la dedicación de un equipo médico y científico altamente especializado y comporta un notable gasto económico. La necesidad de aumentar la probabilidad de la implantación y de los inicios del embarazo es vivamente sentida por el equipo médico, por varias razones fácilmente imaginables. Por eso los diversos equipos médicos suelen adoptar la praxis de transferir simultáneamente al útero materno varios embriones, conservando además otros embriones congelados en reserva. Se evita de esta manera tener que repetir, en caso de fracaso, la laparoscopia de recogida del óvulo... y disminuye el riesgo para la paciente derivado del uso de la anestesia. Así se manifiesta Lópata en relación a este problema: "el beneficio del transferimiento de múltiples embriones consiste en la mayor probabilidad de conseguir un embarazo. El destino de los embriones sobrantes *spure embryos* es el dilema moral".²⁷

3.7 La mayor dificultad reside en la diferente óptica con la que se mira el asunto, de una parte quienes se preocupan por principios éticos y miran por el control en el empleo de estas técnicas y de otra quienes suponen que la ciencia (y en su caso la técnica) no debe limitarse, o en todo caso que, en aras del conocimiento pueden, y acaso deben, sacrificarse derechos y nociones para ellos desde luego insignificantes frente a supuestos logros que se anuncian como beneficio para la humanidad, y que en muchas veces no sólo no lo son, sino que apenas son pasos hacia otras fronteras que desde luego también se anuncian como conquistas.

²⁶ A. RODRÍGUEZ LUÑO y R. LÓPEZ MONDÉJAR, *La fecundación in vitro*, p. 44.

²⁷ LÓPATA A, *Fertility and Sterility*.

A este último espacio corresponden las afirmaciones de muchos científicos que ponen por norte el adelanto científico a cualquier precio y colocan a los opositores, eventuales o puntuales opositores a que se adopte una práctica, el anatema de retrógrados, oscurantistas o confesionales, se empieza por afirmar que el semen no es más que una sustancia química y se termina negándole protección al embrión.

A. Rodríguez Luño y R. López citan esta especie de diálogo, que ilustra esta actitud:

Un ejemplo concreto, el Dr. Conti, de la Monash University (Australia) pregunta: ¿Tenemos derecho a partir en dos un embrión humano para obtener dos embriones rigurosamente iguales, uno de los cuales será estudiado –y después destruido– con el fin de controlar que el que se implantará no tenga malformaciones? La respuesta es de Edwards (R. G. Edwards del Physiological Laboratory de Cambridge), quien conjuntamente con P.C. Steptoe experimentaron en la fecundación *in vitro* desde 1965 hasta cuando el día 25 de julio de 1978 dieron al mundo el siguiente aviso: “queremos hacer público que una de nuestras pacientes, una mujer casada de 30 años de edad, ha dado a luz felizmente por cesárea, el día 25 de julio de 1978, a una niña sana, normal, con un peso de 2,700 gramos”. Steptoe P. C., Edwards R. G., “Birth after the Reimplantation of a Human Embryo”, *The Lancet* (1978, p. 366), partirlo en dos y utilizar una mitad para estudiar la otra no me crea ningún problema. Estoy dispuestísimo a estudiar un embrión vivo con el fin de garantizar el nacimiento normal de otro. Así como estoy dispuesto a utilizar un embrión de reserva, si esto me permite descubrir los signos que indican el peligro de dar vida a un cáncer o a otras desgracias.²⁸ Curiosamente, el mismo Dr. Robert Edwards define al embrión como: “un microscópico ser humano con un precocísimo estadio de desarrollo”.²⁹ El tema del progreso científico y de los controles éticos que pueda o deba tener es asunto inacabable en la historia de la humanidad y más específicamente en el desarrollo de adopción o adaptación de las técnicas de reproducción humana asistida.

²⁸ A. RODRÍGUEZ... *Fecundación in vitro*, p. 49.

²⁹ EDWARDS R. y STEPTOE P.: *A mother of life*, p. 101.

La vemos en cada uno de los pasos:

- a) Obtención del semen;
- b) Donación del semen;
- c) Selección del donante o del gameto;
- d) Extensión de estas técnicas a mujeres solas o a parejas de homosexuales o lesbianas;
- e) Congelación de semen, de óvulos o de embriones;
- f) Donación de óvulos y de embriones;
- g) Investigación con embriones humanos;
- h) Clonación... etcétera.

Como lo dijo el Papa Juan Pablo II en su discurso a los participantes en el 81o. Congreso de la Sociedad Italiana de Medicina Interna:

Si las técnicas permiten al hombre tener en sus manos su propio destino (lo exponen) a la tentación de transgredir los límites de un razonable dominio de la naturaleza.

Pero con las técnicas ya instaladas e incorporadas a la sociedad, con regulaciones más permisivas o más amplias (y en otras, por desgracia, sin legislación), se nos propone ahora un dilema inexistente, una nueva batalla de la ciencia, a nombre de la reproducción humana asistida, para curar la infertilidad de la pareja, cuando la confrontación en este escenario, no existe o al menos puede evitarse.

Mas no es que quiera evitarse o eludirse porque no existan argumentos o elementos de juicio suficientes, para anteponer al supuesto progreso científico, que desde luego existen y se presentarán, lo que ahora se dice es que no es el escenario, o al menos no debería serlo, o que, al menos, convengamos los términos o las razones por las que aquí se plantea que, debe quedar claro, no es para aliviar la infertilidad de la pareja, o la esterilidad humana, o impedir las enfermedades hereditarias, ni siquiera para mejorar la técnica o hacerla más eficaz, sino simple y llanamente para procurarse embriones sobrantes para alimentar la industria que explota estas técnicas de la reproducción humana, o para facilitar la investigación.

En efecto, está demostrado que la fecundación *in vitro* puede lograrse con la maduración natural del óvulo que la mujer produce, que luego se fecunda en el laboratorio y se transfiere. Así se lograron los tres primeros "niños probeta" y muchos más y, actualmente está demostrado que si se hace un estricto y vigilado control de la ovulación, recolección y transferencia se pueden alcanzar índices de eficacia similares a los que se logra incentivando el folículo para lograr múltiples óvulos que se fecundan e implantan, pero que si se desea un porcentaje mayor (parejas/embarazos), la práctica puede repetirse. Mas como para algunos (o muchos) sigue siendo más amplio el índice si se implantan dos o más, pues ya tenemos ensayada la técnica para incentivar el folículo y luego fecundar dos o más óvulos, los mismos que luego se anidan en el vientre de la madre gestante, y si se quiere aún más eficacia, pues se repite el ciclo, incentivando de nuevo el folículo y produciendo el número de embriones que se van a implantar. La propuesta subsiguiente, o a tono con la facilidad de mantener congelados los embriones, gira en torno a la idea de que, para no someter a la mujer a una nueva manipulación orgánica, se tomen desde la primera vez los óvulos que puedan llegar a necesitarse para una segunda o acaso tercera implantación si fracasa la anterior; pero si se mira con objetividad esta propuesta, debe concluirse que tal matiz o agregado no se precisa para la fecundación *in vitro*, ni para la eficacia de la técnica, vale decir, que no se agrega nada al propósito terapéutico de su aplicación y que por lo tanto en este escenario el procedimiento puede concluirse sin crearse u obtenerse embriones excedentes o sobrantes, en una palabra, que el limitar el tratamiento o asistencia en la reproducción a la formación de los embriones que se van a implantar no limita la ciencia puesta al servicio de procurar tratamiento a la pareja infecunda. Aun cuando, desde luego, la terminación del tratamiento propuesto, que es además aceptado en varias legislaciones o propuestas legislativas, deja a la ciencia sin las "cobayas" idóneas para la investigación y a otros muchos más sin elementos simplemente útiles para el fomento de sus industrias. Desplazada pues la discusión del falso teatro en el que se plantea la discusión de los límites que deba darse o no a la ciencia, quienes dicen defender la ciencia y el progreso no podrán alegar que el empleo que luego se da a los em-

briones sobrantes viene marcado por la necesidad de darles un destino útil, pues creados, no pudiendo tener por destinatarios los aportantes de los gametos (porque ya son padres) debe dárseles un fin, la adopción, y en su defecto que otro destino más noble que el de procurar el progreso, el bienestar o la salud de la humanidad; deberán pues aceptar que el apéndice del tratamiento propuesto, y aplicado en algunos países, tiene como propósito principal la creación de embriones sobrantes, no la mejora del tratamiento (pues los mismos resultados se adquieren sin la congelación), sino la formación y mantenimiento de embriones que faciliten la industria y sirvan para la investigación.

A. Rodríguez Luño y R. López Mondéjar; traen la siguiente cita:³⁰

Edwards escribió: "Si se usa la estimulación ovárica se pueden obtener *spare embryos* para estudios embriológicos" ("Test-tube babies 1981", en *Nature*, núm. 293, 1981, p. 256). En una publicación posterior es aún más explícito: "Pronto la estimulación ovárica permitirá tener tres, cuatro o más embriones: dos serán transferidos a la madre y los otros dos podrán ser estudiados *in vitro*. No hay duda de que en un próximo futuro podrán ser desarrollados hasta el estado de post-implantación "The case for studying human embryos and their constituent tissues *in vitro*", en Edwards, R. G. y Purdy, M. M., (eds.), *Human conception in vitro*, Nueva York, 1982, p. 371).

Se basa pues en datos concretos y pruebas bien documentadas E. Screccia cuando escribe: "al examinar la bibliografía sobre el tema se tienen (sic) la impresión de que el verdadero objetivo internacional es precisamente este: La experimentación; la curación de la infertilidad es quizás un pretexto o un momento de la voluntad de experimentar con el embrión humano sin remordimientos jurídicos".³¹

Despojados pues de esa mascarilla podrán presentarse como benefactores de la humanidad quienes a todo precio pretendan con-

³⁰ *La Fecundación in vitro*, p. 49.

³¹ "Piccolo, infinitesimo uomo", en *Avvenire* (Milán), 17-VII-84, p. 16.

tinuar con sus experimentos científicos, pero ahora no sólo desprovistos de aquella presentación, sino claramente determinados como manipuladores de una opinión; prevalidos entonces de la bondad de sus propósitos podrán dar luz verde a sus tesis de que para el bien de la humanidad, para su bienestar, su salud, su mejor presencia o dotación, una mayor longevidad, menos enfermedades y mejor vida es preciso formar estos embriones y lograr una legislación que les permita crear embriones sólo con fines de investigación, pues lo que ahora se formula no es la creación de embriones con fines investigativos, sino como utilización con esos fines de los que ya existen y sobran.

Para mayor claridad del debate cuanto mejor que quienes sólo tienen el propósito de investigar lo planteen en esos términos, aun cuando la claridad acerca de los reales fines y la revelación de la mascarada deben curarnos y servirnos de apoyo para no aceptar por buenas todas las razones que se dan, solo por llevar el sello de que son principios o conclusiones científicas.

Bajo este planteamiento no faltará quien señale que quienes limiten la aplicación de las técnicas impedirán el impulso de la ciencia, pero ello no es así porque, quienes las promueven, siempre podrán pedir una ley u ordenamiento que les permita la fecundación *in vitro* para fines investigativos, escenario en el cual podrán confrontarse los ideales de progreso anunciados y medir así, si tal avance amerita la creación de embriones, pero, desde luego, no como fórmula de empleo alternativo o supletorio, sino como *ratio* única.

Acabamos así con la falsa actitud de defensa de la dignidad, cuando se ordena, como lo hace la Ley Española de Reproducción Humana Asistida,³² considerar infracción muy grave "Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana", cuando previamente en el artículo quinto permite la investigación con preembriones cuya formación admite mediante el tratamiento que facilita los embriones sobrantes. No es un asunto moral sino ético, no es la defensa de la vida, ni de la dignidad del hombre, ya de por sí argumentos fundacionales y suficientes, sino el más elemental de los procedimientos: *no podemos definirnos*

³² Ley 35 de 1988. Art. 20-B)-a.

como contrarios a la fecundación in vitro con fines distintos a la procreación y al tiempo permitir la creación de embriones sobrantes —que no se requieren para la eficacia de la procreación— para los cuales sí aceptamos esos otros destinos.

3.8. Pero, desde luego, la creación de embriones sobrantes es rechazable además por el menosprecio de la dignidad. Lo que hasta aquí hemos querido dejar claro es qué tan palmar es la dificultad de lograr una autorización para la creación de embriones con fines de investigación, que aun sus propios propugnadores se buscan un camino falso por el que se posibilite la producción de estos embriones, con el mensaje ya señalado de que de una parte se prohíbe la fertilización para fines distintos de la reproducción humana, pero se procura que en la procreación asistida se produzcan en exceso para acceder en esa forma a otros fines y con total desinterés por el resultado ya probado de que deban destruirse.

Como lo dice el profesor Marciano Vidal:

Expresamos abiertamente nuestra postura ética contraria a la producción de embriones "sobrantes". Hacemos nuestra la alternativa que ofrecen los Obispos de Gran Bretaña a las recomendaciones 13 y 14 del informe Warnock:

No debieran existir embriones sobrantes, comprendemos los motivos que han llevado a la Comisión a aceptar la teoría y la práctica actualmente casi que universales de producir embriones en número mayor del que se requiere clínicamente para la transferencia inmediata a la matriz. Pero estos motivos no son suficientes para justificar el menosprecio de la dignidad humana y de los derechos que tal práctica conlleva inevitablemente.

(*Respuesta de los Obispos de Gran Bretaña al Informe Warnock*, p. 399).

Al manifestar esta exigencia ética ideal pedimos a los profesionales que aceleren el perfeccionamiento de las técnicas empleadas y que, en todo caso, sacrifiquen el afán de éxito inmediato en aras de la dignidad humana.³³

³³ Marciano Vidal, *Bioética-Estudios de bioética racional*, p. 143.

Ese perfeccionamiento ya está próximo, estadísticas que se citan por los doctores Vega y Martínez, cuyo resultado se ha traído a este trabajo, sitúan procedimientos simples con transferencia de un solo embrión, con una eficacia similar a las prácticas con implantación de dos o más embriones, pero desde luego será imposible que la transferencia de uno o más embriones produzca siempre un embarazo, circunstancia que inducirá a la repetición, que bien puede cumplirse con embriones frescos: lo difícil será lograr que deje de ofrecerse y cumplirse una producción en exceso como hasta ahora se viene haciendo. Se precisará de una norma clara y terminante que prohíba y sancione la producción de embriones en exceso de los que se van a implantar. La norma se fundamentará desde luego en que la producción excedente de embriones no se requiere para la eficacia de las técnicas de reproducción humana asistida y también en el respeto a la dignidad humana, pero he insistido en lo primero, sin olvidar que es más importante lo segundo, para impedir se sostenga que cualquier otro destino, distinto a la procreación, viene como alternativa para unos embriones, que existiendo, no son utilizados por los aportantes de los gametos, ni han sido recibidos en adopción, y puesto que su único destino sería su destrucción, aplicarlos en investigaciones para el bien de la humanidad sería una de aquellas propuestas imposibles de rechazar. Pues no, no habrá embriones "sobrantes", porque la técnica de fecundación *in vitro* no los precisa y, si los argumentos de progreso, ciencia, bienestar y humanidad son suficientes, lo deberán ser para lograr se permita la creación de embriones con ese destino, para lo cual incluso, la ciencia, o mejor quienes la invocan para señalar que en su nombre nadie debe anteponerse al progreso, ya han preparado el camino con la creación de un ser nuevo, el pre-embrión, del cual dicen no tiene las condiciones de humano y por tanto no es sujeto de los mismos derechos de la persona, ni siquiera del embrión y puede por tanto congelarse indefinidamente o por un tiempo determinado, descongelarse luego con fines reproductivos o investigativos, o echarse por el vertedero.

3.8. Por años, cientos de años, la humanidad entera guiada por los científicos, entendió que el óvulo fecundado por el espermatozoide daba lugar al embrión, pero a partir de la posibilidad de

mantenerlos congelados, de golpe, en forma paralela al interés por hacer más fluido el camino para la repetición del proceso de fecundación *in vitro*, pero también de tener elementos orgánicos aptos para la investigación científica –viene a definirse que el embrión no "nace", no existe, sino cuando se anida en la mucosa cervical o endometrio(?), o cuando aparece la cresta neural. Con todo y ser un descubrimiento tan importante aún no se precisa el momento maravilloso en el que pasa a tener protección. Se dice que: "hacia el día 14 aparece la cresta neural", o que entre los días 12 y 14 se anida el blastocito, pero lo cierto es que, a instancias de este importante hallazgo se anticipa que hasta el día 14 no hay vida o condición humana y puede por tanto actuarse sobre esa materia con fines distintos a la procreación. Nace pues la figura del pre-embrión, pero no para dar vida sino para permitir su muerte o destrucción.

¿Qué es lo que ha ocurrido, cuál fue el hecho trascendente, el nuevo elemento que cambia la condición de la materia, que le da vida y la hace protegida?

Pues no, no ha ocurrido nada adicional, no hay un hecho nuevo, ni un elemento externo que la modifique, se trata de la misma materia que, en la evolución ordenada por su naturaleza presenta signos o manifestaciones posteriores que no inducen o permiten una nueva denominación, que no amerita un tratamiento diferente, ni una mayor protección, pues todo lo más que ha ocurrido es el paso del tiempo y con él, el cumplimiento de los pasos de un proceso evolutivo ya señalado o diseñado que luego le hará feto y después niño.³⁴

³⁴ "La vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso de la cual, una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte".

"De las consideraciones anteriores se deduce que si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para la vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma, por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus* en cuanto este encierra un valor fundamental –la vida humana– garantizado en el artículo 15 de la Constitución constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional." Tribunal Constitucional, sentencia 11 de abril de 1985.

¿Cuándo comienza la vida humana? “hay consenso en que... como fenómeno biológico y genético el desarrollo es un proceso continuo. Por tanto no podemos establecer claramente un antes y un después”.³⁵ El profesor Jérôme Lejeune, agrega:³⁶

¿Cuándo comienza el ser humano? Querría dar a esta pregunta la respuesta más exacta que la ciencia puede proporcionar en el momento actual. La moderna biología enseña que los progenitores están unidos a sus descendientes por un ligamen material continuo, ya que precisamente desde el momento de la fecundación de la célula femenina (el óvulo) por parte de la célula masculina (el espermatozoide) surge un nuevo miembro de la especie. La vida tiene una historia muy larga, pero cada uno de los individuos tiene un inicio bien determinado: el momento de la concepción (refiriéndose a la dotación cromosómica, explica Lejeune): ...cada segmento está cuidadosamente enrollado y empaquetado como una cinta magnética en un “minicasette”. Cuando se funden los dos gametos se dispone ya de toda la información genética necesaria y suficiente para expresar todas las condiciones innatas del nuevo individuo... Y del mismo modo que la introducción de un minicasette en un magnetofón permite reproducir una sinfonía, así el nuevo ser comienza a expresarse en el mismo instante en el cual ha sido concebido... Cada nuevo ser concebido recibe una combinación completamente original que no se ha producido antes y que nunca más se volverá a producir. Todos los datos necesarios para expedir su carnet de identidad están ya disponibles. Aceptar que después de la fecundación un nuevo ser humano ha comenzado a existir no es ya una cuestión de gusto u opinión, no es una hipótesis metafísica, sino una experiencia experimental.

A su vez, Fernando Monge en *Persona humana y procreación artificial*, pp. 45 y 46, cita al profesor Caffaro, quien afirma que:

³⁵ Profesor Rubio, catedrático de la U. de Oviedo ante la Comisión Especial del Congreso de los Diputados, sesión del 23 de octubre de 1985.

³⁶ Profesor Jérôme Lejeune, en distintas conferencias, en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1o. de octubre de 1993: *Dejadlos vivir*, José López Navarro, p. 17 y luego ante una Comisión del Gobierno de los EUA.

los científicos serios con los que he tenido la oportunidad de hablar reconocen en seguida que desde el momento de la fecundación estamos ante un individuo de la especie humana.³⁷

y agrega

Además, mi opinión es que, desde un punto de vista filosófico, no se puede dar un individuo humano que no sea una persona.³⁸

Opinión compartida por A. Serra, quien nos dice que:

³⁷ “...resulta todavía adecuado el sistema del código civil que se refiere al momento de la concepción, sentando desde ese momento un principio de *factor legis*, que no conoce “espacios en blanco” de acuerdo con un proceso evolutivo que no termina con el nacimiento... pensamos que sería conveniente emplear una terminología que recordase el carácter de persona *in fieri*, que tiene el *naciturus*, cuando menos añadir el adjetivo humano que recuerde la protección especial que la Constitución le asigna, allí donde no resulte suficiente el respeto a la vida y a la naturaleza humanas”.

³⁸ En el mismo sentido se pronuncian la mayoría de los autores consultados entre otros, por fuera de los ya citados: Lledo Yagüe, *La ley sobre las técnicas de reproducción asistida*, ADC, 1988, pp. 1241 y ss. y en Informe ante la Comisión Especial; Rivero Hernández F., “Aspectos Jurídicos Privados de la ley 35/88”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* y ante el II Congreso Mundial Vasco; López Mortalla N., Ruiz Retegui, *Manipulación del patrimonio genético*, pp. 341-349; López García “Comienzo de la vida humana”, *Revista de Medicina de la Universidad de Navarra*, 1985, p. 227; Marco Bach J., “Fecundación *in vitro* y transferencia de embriones”, *Cuadernos de Bioética*, 1990, pp. 25-39; Hess P., “Quel Statut pour ‘L’embryon Humain’”, *Medicine et Hygiene*, 1989, pp. 446-448 y Pardo A., “Avances en embriología y estatuto del embrión humano”, *Cuadernos de Bioética*, 1990, pp. 3, 25-28, quien en forma palmar y categórica concluye: “El estudio del desarrollo embrionario permite afirmar que:

En el proceso reproductivo hay una continuidad genética desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta la muerte del hombre adulto. La presunción científica, es por tanto, que el embrión desde los primeros estadios es un individuo de la especie humana, un hombre.

La implantación del embrión sucede entre los días séptimo y décimo del desarrollo embrionario, y sucede sin ningún cambio que permita llamar humano al embrión después de implantado y no humano antes de su implantación.

En el día 14 del desarrollo embrionario no tiene lugar ningún cambio de especial importancia.”

Puesto que la octogénesis, es decir la construcción del sujeto en su forma específica e individual se realiza a través de una aparente lenta fonogénesis, durante la cual se va modelando su organismo, sería anticientífico e ilógico fijar puntos a lo largo de la curva del desarrollo de sujeto, antes de los cuales él no sería o sería menos hombre.³⁹

Razonamientos que llevaron a A. Rodríguez Luño y R. López Mondéjar a concluir:

Por todo lo que hemos dicho, parece evidente que el nuevo ser, ya desde el instante de la fecundación, es un individuo bien definido. Desde ese momento empieza su ciclo vital, desplegándose en el tiempo sin alterar mínimamente la identidad inicial. Como afirmaba Lejeune, aceptar que después de la fecundación existe un nuevo ser humano es hoy día una evidencia experimental.

En ese despliegue —ontogénesis—, el hombre se va formando a través de una serie de fases, en la que la siguiente no elimina la anterior, sino que la presupone; se sitúa sobre ella asimilándola. Y todo ello según la particular forma de auto posesión constituida por el genotipo del cigoto... Con razón afirma Serra que: "...por la ley biológica que impone el desarrollo gradual de un ser humano, como el de cualquier otro ser viviente, el pequeño conjunto de células embrionales derivado de la segmentación del cigoto después de la fusión de dos gametos humanos pertenece ya a determinado hombre, y no es menos 'ser humano' que la enorme masa de células diferenciadas y ordenadamente dispuestas para formar tejidos y órganos, de un feto de dos meses, así como el feto no es 'menos ser humano' que un nonato".⁴⁰

Por la implantación y el desarrollo de la placenta en una fase ulterior, el embrión dispone de un medio adecuado que garantiza el aporte de sustancias nutritivas y respiración celular. Pero esto no es nada esencial en cuanto a la potencialidad y la predetermi-

³⁹ A. SERRA: *La realidad biológica*, p. 117.

⁴⁰ A. RODRÍGUEZ LUÑO y R. LÓPEZ MONDÉJAR, *La fecundación in vitro*, p. 96.

nación del desarrollo, *según el plan establecido en la fecundación*. Suponer que el embrión no vive propiciamente hasta la implantación, resulta tan pintoresco como sería suponer que el feto no vive hasta que respira aire atmosférico. Más claro, cuando impiden el desarrollo embrionario evitando la implantación, lo que hacen es lo mismo que impedir el desarrollo del recién nacido por falta de oxígeno y nutrición.

No implantar los embriones es interrumpir el proceso que, sin ese impedimento conduciría al nacimiento de un hijo y crearlos con el conocimiento de que es probable que no se aniden es permitir la formación de embriones con un fin diferente a la procreación y, aceptarla ahora cuando se sabe que exceden las posibilidades de adopción es una extrema ligereza. Quien ahora se entera de que en Francia se echaron 5,000 embriones por el vertedero⁴¹ o lean el anuncio de la Generalitat de Cataluña anunciando u ofreciendo 1,000 embriones para su adopción y, sin embargo, sostenga que deben fecundarse más óvulos de los requeridos para cada tratamiento de fecundación asistida, no podrá luego sostener que se opone a la fecundación con fines distintos a la procreación, pues está visto que la facilita. Otra duda flota en el ambiente, si ya existen 25,000 embriones sobrantes, el 15% de los cuales supera el término de congelación, cómo puede un centro médico garantizarle a los usuarios que los embriones que finalmente no requieran para su tratamiento serán destinados a la adopción, si como ya ocurre en Cataluña en donde se ofrecen más de 1,000 embriones que nadie quiere, cómo puede alguien decirle a una paciente que cuando se le fecundan óvulos en exceso de los que se le van a implantar serán usados para darlos en adopción, si ya está claro que ese no es un destino probable. Si por el contrario la información no es completa y sólo se les entera de que con ello se busca facilitar un nuevo ciclo sin reconocerles que en el caso de éxito sobrarán, se cae en la insinceridad, el abuso y una pasmosa indiferencia ante el futuro del embrión, esto es de la vida de un ser humano, pues como lo afirma Lombardi:

⁴¹ En el Reino Unido, tal y como lo relata la Comisión Nacional de Reproducción Asistida, ocurrió algo similar que condujo a la prohibición.

El embrión no es un ser humano en potencia, sino un ser humano con potencialidad. El modo como el embrión es un ser humano consciente, es un modo diverso a como el mármol es una estatua en potencia. Del mármol el escultor puede sacar cientos de formas y figuras distintas. En cambio del óvulo fecundado sólo saldrá un hombre.... el cigoto es activo hasta el punto que el organismo materno sólo se limita a proporcionarle los elementos de que él no puede proveerse por sí mismo. Mientras que en el mármol la forma actuante es extrínseca en el embrión es intrínseca. La potencia del embrión es más que una potencia pasiva, es una potencia activa, el embrión tiene en sí el poder de hacerse pasar de la potencia al acto.⁴²

3.9. Todo el enunciado de la creación de embriones en "serie" no es ético y daña la dignidad humana cuando rebaja su condición a un tráfico industrial, que se ve aumentado en cuanto para hacerlo más asequible o aceptable se le viste con un ropaje que no le pertenece o se disminuye o mengua la condición de *los objetos* del tráfico. Es así como se releva el altruismo de la hermana que dona el óvulo (cuando en la realidad práctica los donantes generalmente son extraños), se habla de *donación*, esto es acto gratuito (cuando en realidad se paga), se arguye participación en la solución de un problema ajeno (cuando el donante ignora el destino final de su donación, que puede ser para fecundar una mujer sola fecunda, cuando no para una pareja lesbiana), y en fin, se dice donar un embrión y disminuimos su condición de ser viviente al de cosa, o bien para facilitarla, creamos la condición de pre-embrión, todo ello a nombre de la eficacia, contada o medida en números o proporciones, cuando debía hacerse en calidad. Esto es, fecundar sólo los óvulos que se van a anidar y lograr con ellos el embarazo, es más, fecundar un solo óvulo y anidar un solo embrión, con el que sea posible alcanzar la procreación. Los excedentes no son eficacia, y lo que como tal se nos vende, no es más que la forma de ocultar "las chapuzas" de los ensayos e incentivar la industria. Mírese si no el camino ya recorrido:

⁴² LOMBARDI VALLARDI, Luigi, "Manipolazioni genetiche e diritto", *Revista de Diritto Civile*, p. 8.

- a) Se toma el único óvulo maduro, se fecunda y se anida, como el resultado proporcional o porcentual inicialmente es muy pobre, se concluye que el deficiente resultado es por anidarse un solo embrión;
- b) Se estimula pues el folículo, se obtienen más óvulos, se fecundan varios y se transfieren varios; después de muchos ensayos se concluye que para mayor eficacia en cada ocasión deben anidarse tres y excepcionalmente cuatro embriones; pero como, aun cuando la proporción aumenta, ni el índice es alto, ni el embarazo es seguro, atendiendo siempre razones de eficacia se concluye que deben hacerse varios intentos con grupos de tres o cuatro embriones. Si se mira bien, se verá que no puede predicarse eficacia cuando lo único que se hace es reproducir los intentos y, para mayor decepción o desilusión, debe reiniciarse el proceso, estimulando el folículo, con las molestias, dolores e incomodidades que ese procedimiento genera que, acaso, produzca también desinterés en continuarlo;
- c) La ciencia, sin embargo, viene a salvar el proceso. En efecto, con una sola punción obtenemos todos los óvulos, los fecundamos, formamos dos o tres grupos de tres o cuatro embriones, anidamos el primer grupo y los otros los dejamos en crio-conservación a la espera del buen resultado, o mejor del mal resultado, porque si el primer intento fracasa se acudirá entonces a los otros grupos. ¿Hemos mejorado la técnica? Sólo en cuanto le evitamos a la mujer el tener que acudir de nuevo al procedimiento de incentivación (tal vez una laparoscopia), pero no en cuanto al mejoramiento de la transferencia o de la reproducción que sólo aumenta por la repetición del acto, que ahora además se facilita por tener embriones de reserva, pero... ¿a qué precio?, ¿cuánto nos ha costado este pequeño paso?
- d) Pero ocurre que un porcentaje de tratamientos, 10 o 12%, no requiere de un segundo intento, se produce el embarazo con el primero y, entonces... ¿qué hacer con la reserva? Pues sigue siendo reserva, se deja en depósito por si la pareja quiere luego otro hijo (recuérdese que la reproducción asistida no soluciona la esterilidad y si se quiere otro hijo debe repetirse el tratamiento) o bien, por si el hijo fallece tener otro de recambio o, de nuevo la eficacia, donarlo como solución para la infecundi-

dad de otra pareja, pero por fuera de que es una solución coyuntural, que aplaza la solución real del asunto, como cuando se dice que se pueden tener por más tiempo crio-conservados, podemos realmente exhibir como éxito de la ciencia o de la técnica el procedimiento que sólo busca una proporción mayor con apoyo en la repetición, con desinterés completo por los problemas sociales, culturales e individuales que ese procedimiento va creando?

En España se adoptó el siguiente procedimiento:

De acuerdo con el artículo 5o. se pueden crio-conservar los "preembriones", y de conformidad con el artículo 11, numerales 3 y 4, el centro podrá disponer de los embriones sobrantes de donantes y pasados dos años de los que no haya hecho uso la pareja para una nueva fecundación. Se cerraba así pues el círculo y el tratamiento y su eficacia quedaban completos:

- a) La pareja otorga el consentimiento para el tratamiento, se estimula el folículo y se madura un número plural de ovocitos, preferiblemente nueve, si el centro atiende el criterio de que en cada ciclo se deben implantar tres; se fecundan entonces con espermatozoides del marido o compañero, aun cuando también es posible fecundar óvulos de donante con espermatozoides del marido o de un donante, o bien ovocitos de la mujer con gametos masculinos de donante, casos estos en los cuales debe entenderse, de acuerdo con el artículo 11-3 y 4 de la ley 35/88, que los embriones sobrantes son de donante.
- b) Se implantan los embriones que a juicio médico sean más convenientes para la eficacia del tratamiento y los restantes se dejan o mantienen crio-conservados, si el ciclo fracasa se reinicia con los embriones congelados hasta producir un embarazo o agotar la reserva, en cuyo caso el centro y la pareja decidirán si empiezan un nuevo tratamiento con la fecundación de un grupo adicional de ovocitos. Pero si la implantación es un éxito los embriones crio-conservados son sobrantes.
- c) La solución para la eficacia de la técnica resultaba ideal con lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 11 de la ley 35/88, concediéndole al centro facultad de disposición sobre

los embriones que la pareja no utilice en el término de dos años y desde su condición de sobrantes en los embriones con participación de donantes. Los embriones podrían ser utilizados para dos propósitos ya anunciados: donarlos a otras parejas infecundas o para investigaciones y/o experimentaciones y, desde luego, para ambos propósitos se arguyen suficientes argumentos de eficacia y altruismo, se trata de remediar la falta de procreación y de impedir su destrucción.

- d) Ocurrió sin embargo que, el procedimiento tropezó con un obstáculo, el centro no puede disponer de los embriones como lo señala el artículo 11 de la ley 35/88, mientras que, como lo ordena el artículo 5o. de la misma ley, no obre un consentimiento escrito, para mayor complejidad y dificultad, la ley 35 que señaló un término de crio-consevación de 5 años, no dijo qué debía hacerse con los embriones que superaran aquel término.
- e) El Real Decreto 413 de 1996 dispuso, en la misma línea con el artículo 5o. de la ley, pero con mayor claridad, que los embriones congelados no pueden usarse para la fecundación de otra mujer distinta a la de la pareja (puede ser de una mujer sola) *sino con el consentimiento o conformidad del hombre y la mujer* en la donación, de igual manera se prohíbe la destinación para la investigación si no se cuenta con igual conformidad y, tampoco dijo, creo que el alcance del decreto no lo permite, qué debe hacerse con los embriones que superan el "término legal" de congelación. Tenemos pues ahora embriones sobrantes legales y embriones sobrantes ilegales.

La tragedia ronda por todos estos centros, el número de embriones sobrantes sigue creciendo y los técnicos y los científicos reclaman una solución, pero al tiempo no suspenden la producción de embriones. Se presentan como creadores de vida y ahora deben hablar de muerte. No ofendamos los oídos de los científicos, no incomodemos sus conciencias, no traigamos tribulaciones a estos benefactores que niegan el derecho de los embriones antes de 14 días y les llaman "pre-embriónes", pero cuando los descongelan y anidan por arte de birlibirloque, ¿será la ciencia?, son vida, vida humana, pero que guardados allí, por años incluso, no la tienen, hablemos entonces de destrucción.

f) Pero la solución está allí, ha estado siempre allí, se trata de lograr unos consentimientos y ya está, se podrán entonces destinar como se había pensado para otras parejas o para la investigación. ¿Por qué entonces se acumulan estos saldos? Así como al hacer la ley las personas se juntaron para hablar de vida y donación, y nadie mencionó la palabra maldita o se acallaron las voces de quienes advirtieron el riesgo, y no se trató el tema de la posible destrucción de embriones, tal vez para no darles argumentos a quienes se opusieron a la congelación de embriones, así mismo se olvidó que el motor de todo este procedimiento es el egoísmo y no el amor.

A las parejas se les instruye que los embriones congelados son para ellos, para continuar el tratamiento, o para un segundo hijo, o un tercero, o para reemplazar el hijo fallecido; actuando con ese perfil (se quiere un hijo a toda costa) y con ese norte, los centros médicos se encontraron con unos destinatarios despreocupados y sin ningún interés por dar una respuesta, tienen un depósito y nada les urge para disponer de él.

g) La Comisión Nacional de Reproducción Asistida estudió el asunto y entendió con razón que hay aquí un problema prioritario:

“Tal ambigüedad legal ha dado lugar a que los bancos no se hayan decidido a tomar ninguna medida sobre los embriones crioconservados, incluso aunque hayan superado los plazos de conservación previstos: en ausencia de consentimiento de los padres, a los que hasta ahora no se les ha solicitado el mismo en la mayoría de los centros, los embriones crioconservados no han sido destinados a otras parejas para su propia reproducción, medida que, en todo caso, se considera que no sería suficiente para absorber todos los existentes; tampoco ha sido contemplada la posibilidad de la destrucción del resto, tanto porque no se cuenta con un apoyo explícito en este sentido en la ley, como por las implicaciones éticas de tal solución, que ya se pusieron de manifiesto en el Reino Unido cuando las autoridades competentes impusieron tal medida a los centros británicos en aplicación de la ley vigente en aquel país.

La falta de claridad legal ha sido determinante, en todo caso, de la ausencia de decisiones respecto de los embriones congelados.

Se ha llamado también la atención sobre la frecuencia con la que las parejas de las que provienen los embriones congelados se desentienden de ellos o, incluso, se niegan a manifestar sus deseos. Se da también un número importante de casos en los que las parejas ni siquiera son localizables para ser consultadas sobre el particular.

Ese conjunto de razones ha sido determinante para provocar la situación que se citaba en la introducción de este informe, conforme a cuya descripción el número creciente de embriones congelados y de los que dentro de ellos, superan los plazos legales establecidos, constituye un importante problema, tanto para quienes intervienen en estas técnicas, y los centros y servicios en los que se realizan, como para el conjunto de la sociedad”.⁴³

h) Para solucionar el problema descrito, la Comisión en las conclusiones resume:

La manera más eficaz de afrontarlo es la adopción de una serie de medidas, alguna de las cuales precisa modificación legal, mientras que otras pueden ser aplicadas sin necesidad de cambiar las normas, en las que en todo caso el denominador común es promover el compromiso de los padres en las distintas fases del desarrollo y conservación de los embriones para adoptar las medidas adecuadas en cada caso y momento.

Además del compromiso de utilización de los embriones por parte de las parejas progenitoras, se considera que se debe estimular la donación de aquellos que no vayan a ser utilizados por las propias parejas, de manera que se reduzca de la forma más amplia posible el número de embriones “sobrantes”.

Dentro de las medidas legales a promover, se estima que en el momento actual no está tampoco justificada desde el punto de vista científico la limitación del plazo de congelación de los embri-

⁴³ Comisión Nacional de Reproducción Asistida. I Informe anual, 3 de marzo de 1999, pp. 17 y 18.

nes a cinco años, proponiéndose que éste se amplíe. La forma de ampliación que se considera mayoritariamente más adecuada es el establecimiento de un plazo en relación con la vida reproductiva de la madre, estableciendo ésta en promedio con arreglo a lo que se considera el término de la vida fértil, alrededor de los 50 años.

Desde el punto de vista legal se estima en todo caso que es preciso también concretar qué hacer con los embriones que finalmente alcancen los plazos máximos establecidos sin haber sido utilizados de otra forma. En ausencia de esa concreción legal es previsible que los centros continúen manteniendo sus cautelas en evitación de posibles demandas por sus actuaciones. Esa actitud contribuiría a mantener el problema del número creciente de embriones congelados conservados.

Entre las soluciones que deben contemplarse de manera expresa, la Comisión considera mayoritariamente que debe incluirse como última medida su destrucción. Otra posible solución para esos casos sería su utilización para la investigación, con preferencia sobre la destrucción. Esta posibilidad, que tiene importantes repercusiones éticas, y que es contemplada por la ley en condiciones muy concretas, no ha sido, sin embargo, debatida con suficiente amplitud por la Comisión, por no encontrarse entre sus prioridades iniciales, por lo que no se formula una recomendación expresa al respecto, que queda pendiente de su estudio más amplio para un pronunciamiento posterior de la Comisión.⁴⁴

i) El estudio o análisis de lo dicho y propuesto por la Comisión es cuando menos desesperanzador:

1. Resulta inaceptable que la Comisión simplemente aplaze el estudio de una solución para la hipotética utilización de los embriones en la investigación.

2. El aumento o ampliación del término no es suficiente, incluso puede llevar a una agudización del problema.

3. La Comisión concluye que se producirán embriones cuyo destino finalmente será la destrucción, esto es, que están fatalmente predestinados a perecer.

⁴⁴ Comisión Nacional de Reproducción Asistida, I Informe Anual, 3 de marzo de 1999. "Conclusiones", pp. iii y iv.

4. Las llamadas acciones previas, que la Comisión denomina "árbol de decisiones" o consentimientos de la pareja, son un esfuerzo por mantener la producción de embriones sobrantes, reduciendo pero no eliminando la posibilidad de destruir embriones, resulta paradójico que un procedimiento que se anuncia como "dador de vida" termine destruyéndola.

5. Lastima que se mantenga el enmascaramiento del propósito permanente de este procedimiento, cuando primero se anuncia que la producción de embriones para ser congelados es necesaria para la eficacia del tratamiento y, luego se arguye que, para no destruir los embriones se debe autorizar se destinen a la investigación, cuando desde la óptica del embrión esa no es más que otra forma de destrucción.

6. La Comisión no estudió la más importante de las soluciones como es la de prohibir los embriones sobrantes.

j) En efecto. La comisión se limita a una serie de decisiones que deben plasmarse desde el perfeccionamiento del consentimiento:

1. Limitar por ley el número de embriones. Mas la Comisión en lugar de señalar pautas numéricas fijas como, por ejemplo, que en vez de nueve sólo sean seis los óvulos fecundados, con lo cual el número de excedentes después de la primera implantación se reduciría drásticamente, optó por proponer una alusión genérica orientativa, como la utilizada por la ley para el número de embriones que deban implantarse: "...el número de embriones considerado científicamente como el más adecuado", y es así como tenemos centros que estiman que basta con uno, dos, tres o más. Para el caso si el centro considera que lo más adecuado es la fecundación de 12 óvulos pues 12 fecundará.

2. Antes de iniciar el tratamiento se le informará a la pareja de las hipótesis que pueden presentarse, se le dirá que se fecundarán nueve embriones (por ejemplo), que se implantarán tres, que si no hay embarazo se utilizarán los restantes que se mantendrán crio-conservados para subsiguientes implantaciones, pero que si se logra el embarazo los embriones congelados sobrantes, servirán para:

- a) Implantarse en la mujer de la pareja si no hay nacimiento viable;
- b) Otro hijo para la pareja;
- c) Donación;
- d) Investigación, y
- e) Destrucción. Si se cumple el término previsto por la ley para mantener la congelación.

3. La pareja deberá decidir al tiempo de la congelación, qué concretará antes del término que la ley señala para mantener la crio-conservación, o en el que la ley prefije, por ejemplo dos años contados desde el nacimiento, si utilizará el embrión para aumentar su descendencia, y de una vez, el consentimiento en la donación para el supuesto de que no lo utilice y, otorgará la autorización para el empleo en la investigación si no hay destinataria o receptora.

4. Si la pareja no acepta el compromiso de tomar para sí, y otorgar los consentimientos previos que precaven la donación o el destino para la investigación, el centro se abstendría de iniciar el tratamiento o lo limitaría a la fecundación de los ovocitos que se van a implantar en una sola vez.

La propuesta de la Comisión tiene la oportuna y feliz condición de salvar el procedimiento de la congelación de embriones y la utilización de los sobrantes en otras parejas mediante la donación, y también salvarlos para la experimentación y, desde luego, debe contar con el beneplácito de los centros involucrados que ven peligrar su industria, con la prohibición de la congelación, pero también con la destrucción de los embriones. Con vergüenza, pero esa es la realidad del día, yo pregunto ¿cuánto valen los embriones que se mantienen congelados?

La vida humana no tiene precio, yo no se lo doy, pero si por un ovocito la Comisión ha señalado 100,000 pts. y por el gameto masculino 5,000 pts., y el centro ha guardado los embriones en algunos casos por más de cinco años, podemos hablar de un millón, ¿25,000 millones de pesetas? A los embriones sobrantes les resultó un defensor inesperado porque deberá salvarse la inversión y para los que ya existen debe procurarse una donación, pero de ninguna manera permitir que bajo el pretexto de no impedir los adelantos científicos sigamos produciendo embriones humanos,

cuando en la producción masiva de embriones no está en juego ningún principio científico, ni siquiera la técnica, pues sólo se busca aliviar el dolor y disminuir las molestias de las mujeres que se sometan al tratamiento que, sin la fecundación múltiple deberían repetir el procedimiento de obtención y maduración de ovocitos, que con todo y ser un bien perseguible no lo es tanto como la protección de los embriones.

Porque aun cuando con la fórmula propuesta se disminuyan los embriones sobrantes siempre los habrá, algunos inclusive con el sino de estar destinados a la experimentación o a la destrucción, tanto que la fórmula misma señala como última instancia su destrucción. Estos embriones se producirán:

- a) En los casos de fecundación *in vitro* de mujeres solas (generalmente es inseminación pero puede darse la FIV), porque de acuerdo con el artículo 12 a. 2o. del Real Decreto 413/96 para la donación se requiere el consentimiento del varón y de la mujer. (12 a. 2o.: “No se utilizarán con fines de fecundación *in vitro* en otra mujer distinta a la de la pareja cuando... 2o.) El varón y la mujer no hayan manifestado su consentimiento”).
- b) Muchos centros mantendrán un número alto de fecundación. Si el centro considera conveniente la fecundación de nueve y anida tres, pues ante el éxito del primer intento, sobrarán seis.
- c) Siempre será posible la retractación en los consentimientos.
- d) La pareja o uno de ellos fallece, desaparece o se ausenta sin domiciliación antes del cumplimiento del término que tiene para decidir acerca del propio uso, o ya fecundados los ovocitos antes de la implantación.
- e) La pareja que acudió a una fecundación *in vitro* con la utilización de sus propios gametos, o uno de ellos, supera la edad que de acuerdo con el Real Decreto 412/96 deben tener los donantes de semen o de óvulos o no llena otro cualquiera de los requisitos de estudio obligatorio de los donantes.

El tema, bajo la óptica de la dignidad del hombre, no ofrece dudas, nunca las suscitó. Ahora cuando los hechos los acercan a esa verdad, y tienen un ejemplo real y palpable, multiplicado por 25,000, el asunto es obvio, sólo tiene una solución: *sólo se fecun-*

darán los ovocitos que luego se anidarán en esa misma ocasión a la mujer de la pareja destinataria.

Cuando el profesor Sarria terminó la lectura de sus argumentos, dio un repaso a las medidas de algunos países y a las recomendaciones del Consejo de Europa y otras instituciones internacionales, respiró tranquilo, ahora podía dedicarse al estudio de otros asuntos.

En los días y semanas siguientes, el doctor Seed anunció que estaban dadas las condiciones para efectuar la clonación de células humanas, poco después que la oveja Dolly el primer ser viviente nacido por clonación envejecía prematuramente y, luego, que la Comisión creada por la Casa Blanca para investigaciones aconsejaba la utilización de fondos en experimentación o investigación con embriones humanos, *empleando los embriones sobrantes en las técnicas de reproducción asistida.*

EL DERECHO COMO MEDIACIÓN, EN LA REALIZACIÓN DE LA PERSONA, SEGÚN MOUNIER

José María SECO MARTÍNEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Realismo y positivismo en el Derecho*.
III. *El Derecho como mediación necesaria*.

I. INTRODUCCIÓN

Situar en una primera aproximación el problema del derecho en el universo personalista de Emmanuel Mounier constituye una tarea, desde luego, nada fácil. En realidad, Mounier no dedicó con atención merecida una reflexión específica al derecho y a sus diversas manifestaciones e implicaciones.¹ Empero, sí deviene posible advertir las líneas en esencia básicas y perspectivas de su personalismo en todo lo que hace al fenómeno jurídico.

Podríamos llamar personalista “a toda doctrina, a toda civilización que afirma la primacía de la persona humana sobre las necesidades materiales y sobre los mecanismos colectivos que sustentan su desarrollo”.² Así es, si se sitúa todo cuanto es producido por el hombre-persona en el marco de las perspectivas abiertas del ser personal, se puede convenir que el primer acto del ser personal, en tanto que sujeto de provocación y creación recíprocas, consiste, pues, en

* De su tesis doctoral presentada en la Universidad de Sevilla *Persona, Política y Derecho en Emmanuel Mounier*. Preparado, con autorización del autor, por Jesús Antonio de la Torre Rangel

¹ Tales como la idea de Estado, de democracia, pluralismo, garantías, descentralización y estructuras jurídico-políticas en general.

² MOUNIER, E., *Manifiesto al servicio del personalismo*, en *Obras*, vol. I, Ed. Sigüeme, Salamanca, 1998, p. 583.

suscitar con otros una sociedad de personas, cuyas estructuras, costumbres, sentimientos y, finalmente, instituciones, estén decididamente marcadas por su naturaleza de personas. Una "sociedad cuyas costumbres solamente comenzamos a entrever y a esbozar".³

De acuerdo con este entendimiento y siempre sobre la base de la sublimación indubitada del humano personal, sobre todo cuanto produce el movimiento que le hace ser en el contexto de sus relaciones varias con el mundo y los otros, deviene plausible poder alcanzar el verdadero significado de esencia de la compleja relación que se establece a modo de movimiento generativo concreto entre el ser personal y el ser específico de sus productos. Relación dialéctica que involucra a ambos términos en una vicisitud compleja que se decide sustanciar por medio de la asignación decidida de la primacía al humano-persona sobre aquéllos y en la reducción esencial de los mismos a la condición de meros medios. O lo que es lo mismo, se trata de redescubrir entre el ser-personal y cuantas se consideran estructuras, entre el ser-persona y el derecho y demás instituciones en general su esencial relación autor-producto⁴ y fines-medios, a fin de poder ubicar conceptualmente el derecho y demás estructuras recipiendarias del fruto de la acción humana, entre aquellas formas que se podrían denominar específicamente como "mediaciones-rationales",⁵ esto es, entre aquellos instrumentos "apropiados a las libertades eficaces", posibilitantes esenciales del máximo desarrollo, en cualquier nivel y en todo lugar, de la iniciativa, la responsabilidad, y la descentralización,⁶ así como de una mayor orientación a través de la realidad, que el hombre forja por sí y para sí mismo en el ansia desbordada de encarnar su acción en el mundo.

Entre el ser-persona y las llamadas por el pensador grenoblés mediaciones racionales se instauran, por tanto, las bases para un entramado necesario de profundas relaciones.⁷ La revolución personalista y comunitaria que Mounier propugnara, no ha de encaminarse tan sólo a la conversión decidida del corazón de los

³ MOUNIER, E., *El personalismo*, Ed. Acción Cultural Cristiana. Madrid, 1990, p. 21.

⁴ MOUNIER, E., *ibid.*, p. 59.

⁵ MOUNIER, E., *El personalismo*, *op. cit.*, p. 25.

⁶ MOUNIER, E., *Manifiesto al servicio del personalismo*, en O., *op. cit.*

⁷ Cfr. MOUNIER E., *El personalismo*, *op. cit.*, pp. 20-22, 48 y 49.

hombres, sino que ha de orientarse también e indispensablemente al cambio simultáneo de las instituciones, puesto que no se ha de esperar a que la revolución espiritual esté concluida en el seno mismo de los corazones para acometer las revoluciones institucionales necesarias que puedan, al menos, ahorrar "la catástrofe en los mecanismos exteriores e imponer una cierta disciplina institucional a los individuos desfallecientes".⁸ Es por esto que ni mera transformación de la interioridad de la conciencia del ser-personal, que permanece atenazado por el influjo tiránico de las instituciones impersonales, ni simple reforma de las estructuras que deje a un lado la necesidad perentoria de crear hombres verdaderamente nuevos, pues "no hay para el hombre vida del alma separada de la vida del cuerpo, ni reforma moral sin una adaptación técnica, ni revolución espiritual sin revolución material".⁹

Ahora bien, preparar el advenimiento plausible de instituciones nuevas no comporta la remodelación sistémica de las instituciones por la sola reforma espiritual de las personas. La inapreciable realidad personal no se sostiene ajena en ningún caso al ámbito propio en que ésta se desenvuelve. Resulta claro que el yo personal se hallará constantemente condicionado, que no necesariamente determinado, por las realidades institucionales de diversa índole que le circundan y especifican, mas tampoco acaecerá un cambio esencial de la persona por la mera transformación que se opera en algunas instituciones. El hombre es ante todo una realidad que, aunque inmersa en el entramado lógico de las estructuras, no se agota o disuelve en ellas. En suma, "los individuos deben ser reformados en y con las instituciones y las instituciones en y con los individuos. Transformación simultánea, desarrollo simultáneo de su vida personal; de ahí la doble revolución que constantemente aflora en la obra de Mounier: la de las instituciones y la permanente, esto es la del interior del hombre que impida que la promesa contenida en la revolución social quede baldía".¹⁰

⁸ MOUNIER, E., *Manifiesto al servicio del personalismo*, en *op. cit.*, I, p. 540.

⁹ MOUNIER, E., *Qu'est-ce que le personalisme?*, en *Oeuvres III*, Ed. du Seuil, Paris, 1963, p. 217.

¹⁰ VELA, F., *Persona, poder, educación*, Ed. San Esteban, Salamanca, 1989, pp. 198-199.

II. DERECHO Y FUERZA

De conformidad con este primer planteamiento consistente en situar la génesis del derecho y demás instituciones en el contexto específico de las estructuras que vitalizan la convivencia ordenada del humano y la viviente riqueza de sus actividades, esto es, entre las llamadas mediaciones racionales, el derecho, desde una estricta perspectiva personalista, no es más que el producto necesario de la fuerza.¹¹ Así es, siendo el sujeto personal un ser encarnado, esto es, un ser situado, inserto, embarcado y comprometido radicalmente con el mundo y los hombres, “la persona toma conciencia de sí misma no en un éxtasis, sino en una lucha de fuerzas. La fuerza es uno de sus principales atributos”.¹² No existe, por tanto, “sociedad, orden o derecho si no nace de una lucha de fuerzas, si no expresa una relación de fuerzas, si no vive sostenido por una fuerza”.¹³ Mas no se trata de una fuerza bruta privativa tan sólo del poder o de la agresividad, en que el hombre mismo renuncia a su propia personidad en su afán desbordado de imitar la confrontación material, antes bien, la fuerza humana por esencia total, a su vez interior y material, espiritual y manifiesta, ideológica y de lucha.

El derecho que se concibe, de este modo, “como un ensayo siempre precario de racionalizar la fuerza e inclinarla al campo del amor”,¹⁴ no constituye sino el producto continuado de una lucha instalada de fuerzas constantes, *id est*, de la acción política, a quien corresponde efectivamente la creación del derecho, de sus normas e instituciones. Entender lo contrario sólo conducirá a “la

¹¹ Resulta en este punto bastante visible la influencia nada desdeñable en los planteamientos del joven Mounier de los postulados básicos de otros franceses legendarios, tales como H. Bergson, Ch. Péguy y de Proudhon, pero, sobre todo, de este último que en una de sus obras más imponentes *La guerre et la paix* justificaba brillantemente el origen del derecho en la idea de fuerza.

¹² MOUNIER, E., *El personalismo*, op. cit., p. 37. Cfr. a su vez con Mounier E., “Éloge de la force”, en *Esprit*, núm. 5, febrero de 1933; con FRAISSE, P., “La violence nécessaire”, en *Bulletin des amis d'Emmanuel Mounier*, núm. 32, octubre 1968; y con SOREL, G., *Scritti politici e filosofici*, Turín, Einaudi, 1975.

¹³ MOUNIER, E., *El personalismo*, op. cit., p. 38.

¹⁴ *Ibidem*.

hipocresía: se está contra ‘la lucha de clases’, como si hubiera algún progreso social sin lucha; se está ‘contra la violencia’, como si no se cometieran de la mañana a la noche actos de violencia ignorante de sí, como si no participáramos por gestos interpuestos en los crímenes difusos de la humanidad. La utopía de un estado de reposo y de armonía, ‘reino de la abundancia’, ‘reino del derecho’, ‘reino de la libertad’ (...), es la aspiración de una tarea infinita y sin término; no le permitamos debilitarse en un ‘sueño pueril’”.¹⁵

2. Racionalismo y positivismo en el Derecho

Empero, el lugar del Derecho en la filosofía personalista de nuestro autor tan sólo se descubre con meridiana claridad si se relaciona con el hombre y con el universo personal en que éste se desenvuelve.

Fue en el siglo XVIII cuando se concibió, por vez primera, que la única vía plausible para escapar efectivamente al fragor de las pasiones inherentes a las sociedades irracionales pasaba necesariamente por la creación de un nuevo tipo de sociedad, fundada exclusivamente sobre el acuerdo de los espíritus en un pensamiento impersonal y sobre el acuerdo de las conductas en un orden jurídico formal.¹⁶ Se dio, de este modo, entrada a la fuerza de la razón y al rigor objetivo del juridicismo formal con el propósito de conformar un orden social distinto que, en base a un pensamiento general válido para todos y en un todo orgánico fundado en un contrato social, posibilitara conducir por buen camino a los hombres hacia grados nuevos de convivencia universal. De este modo “se creyó marchar hacia la paz universal mediante la instrucción obligatoria, la organización industrial o el reino del derecho”.¹⁷ Tanto es así, que la llamada sociedad racional o “razonable” de los ilustrados, sustentada tan sólo por medio de una confianza demiúrgica en el imperio de la razón científica, se estructuraba en dos momentos bien diferenciados, a saber: de una parte, en “una

¹⁵ MOUNIER, E., *El personalismo*, op. cit., p. 38.

¹⁶ *Ibidem*, p. 25.

¹⁷ *Ibidem*.

sociedad de inteligencias”;¹⁸ y de otra, en una “sociedad jurídico contractual”.¹⁹

En la primera rige la serenidad de un pensamiento impersonal, como única vía posible fundadora y constitutiva de lo real, que pretendiendo la unanimidad de los individuos y la paz entre las naciones, acabó por fosilizar la viviente riqueza del existente personal, reconduciéndola hacia una serie diversa de esquemas en que los datos primarios del pensamiento, el *hic* y el *nunc* de la percepción inmediata, y las realidades transpersonales e interpersonales, en lugar de universalizarse o fundarse en una forma más allá de la realidad, son simplemente eludidas y sustituidas por un modo impersonal de puros objetos y de puras funciones.

En la segunda, prevalece la desigualdad en poder porque aquellos teóricos de las luces que establecen el contrato, no sólo “no miran a las personas, a las modalidades de su compromiso, a la evolución de su voluntad, sino que ni tan siquiera contemplan el contenido del contrato que les vincula”.²⁰

Empero, la experiencia histórica se encargó de demostrar que los principios racional positivistas y los del cientifismo material no prosperarían, que el saber objetivo no vuelca los corazones, que el derecho formal o positivo puede dar cobijo a desórdenes diversos, que el exceso de organización y la ideología, aun cuando repudian el absolutismo personal, pueden conducir, como la pasión, a la policía, a la crueldad y a la guerra, y ello, porque se sustentan sobre una idea de universalidad centrada exclusivamente en el olvido de la persona.²¹ Así es, la razón científica objetivadora a quien tanto hemos de agradecer su dación generosa al incremento del bienestar general, no nos descubre, en modo alguno, el valor mnemónico de la dimensión personal. Es más, “al considerar el universo y el hombre desde el único punto de vista de la determinación objetiva”, la ciencia deviene en “un disolvente de las realidades personales”.²²

¹⁸ MOUNIER, E., *Manifiesto al servicio del personalismo*, en O., *op. cit.*, p. 640.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibid.*, p. 539.

²¹ MOUNIER, E., *El personalismo*, *op. cit.*, p. 25.

²² *Ibid.*, p. 50.

La búsqueda de un lenguaje matemático, objetivo y verificable con base en criterios de certeza adaptables a posibilidades reales de experimentación comporta la deshumanización abierta de los saberes del espíritu pretendidamente científicos. Para la ciencia, donde únicamente existe realidad objetiva, sólo hay un tipo de verdad: el de las ciencias naturales experimentales; sólo existe un tipo de realidad: la que constituye el material de las ciencias naturales. No hay dialéctica sujeto-objeto, sino tan sólo realidad objetiva: la subjetividad, la historia, la cultura, todo debe reducirse a ciencia positiva. La realidad no constituye más que una simple concatenación de objetos expuestos tan sólo al contraste experimental de la hipótesis científica.

El afán, por tanto, de cientifizar las ciencias humanas, y consiguiendo el Derecho, ha degenerado en un esencialismo sin existencia, despreocupado de cuantos avatares acaecen en el ámbito concreto de la realidad personal cotidiana y concreta del humano, o lo que es lo mismo, la singularidad existente e irrepetible del sujeto personal. Ciencia y Derecho²³ desde un punto de vista deóntico se sostienen, pues, con los mismos atributos.²⁴ Por tanto, las no pocas implicaciones existentes entre el orden jurídico y la llamada sociedad razonable no obedecen en absoluto a la inercia de un fenómeno meramente accidental, toda vez que el Derecho se encuadra dentro de ese nivel específico del humano que se sabe constituido por la savia formal de la razón objetiva, siempre inadecuada respecto a la idea de continuidad —que parcializa la unidad irreductible del ser personal por medio de un proceso matemático discursivo de reflexión— y que se sitúa inmediatamente por debajo de ese otro nivel superior en que el sujeto humano deviene presencia activa y sin fondo,²⁵ esto es, persona por mediación del amor.²⁶

²³ Y en general instituciones y demás mediaciones racionales.

²⁴ De hecho, para nuestro filósofo, el Derecho se define, entre otras cosas, como el hecho de establecer roles y funciones, por conformar reglas, por generalizar tipos, por imponer estereotipos, por ordenar y dar seguridad, por insertar estructuras repetitivas, etc. V. *Ibid.*, p. 51, pp. 25 y 26, p. 24, pp. 73 y 74.

²⁵ *Ibid.*, p. 29.

²⁶ *Ibid.*, p. 22.

3. *El Derecho como mediación necesaria*

En este orden de ideas, ciencia y Derecho no constituyen más que meras mediaciones racionales. Es evidente, que la filosofía personalista de Mounier no se decanta por una sociedad comunitaria angelical, desposeída de los medios racionales necesarios para una articulación ordenada de la convivencia, la iniciativa y la defensa institucional de las libertades individuales. Pero tampoco es menos cierto, que no deja de asumir una actitud de cautela respecto de las ambigüedades y cuantos se consideran límites de la llamada sociedad racional,²⁷ fundada exclusivamente sobre “valores pretendidamente humanos, deshumanizados porque se hallan despersonalizados”.²⁸ Es por esto necesario tomar conciencia a un tiempo tanto de “la necesidad absoluta de estas mediaciones” como de su manifiesta “insuficiencia para asegurar una plena comunidad personal”.²⁹ Así las cosas, mientras que la ciencia formal y razón objetiva se conciben como soportes indispensables de la idea de intersubjetividad, el derecho deviene en mediador racional necesario que “frena el egoísmo biológico, garantiza la existencia de cada uno, asegura en la jungla de los instintos y de las fuerzas el mínimo de orden y de seguridad que permitirá los primeros injertos del universo personal”.³⁰ El Derecho así considerado deviene para nuestra filosofía³¹ simultáneamente esencial e insuficiente para una constitución progresiva de grados superiores de convivencia interpersonal. Perspectiva esta desde la cual, se contestan con la misma contundencia tanto las tesis anárquicas acerca de la abolición necesaria del Derecho y del Estado,³² como la clásica

²⁷ Cfr. VELA, F., *Persona, poder y educación*, op. cit., pp. 184-187.

²⁸ MOUNIER, E., *Manifeste au service du personalisme*, O. fran, op. cit., p. 539.

²⁹ MOUNIER, E., *El personalismo*, op. cit., pp. 25 y 26.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ De hecho, posiblemente sea “la única filosofía contemporánea que conceda un espacio al orden del Derecho, entendido éste como una mediación entre la fuerza y el amor”. DOMENACH, J. M., *Emmanuel Mounier*, París, Editions du Seuil, 1972, p. 88.

³² Habida consideración de que el Estado no es más que “la objetivación fuerte y concentrada del Derecho, que nace espontáneamente de la vida de los grupos organizados... Y el Derecho es el garante institucional de la persona. El Estado es para el hombre, no el hombre para el Estado”. *Ibid.*, p. 73.

ilusión de la sociedad racional de creer marchar, mediante el poder del Derecho, hacia la felicidad humana y la paz universal.³³

Para una filosofía decididamente personal como la de nuestro pensador, el Derecho no oscurece forzosamente la viviente riqueza del ser-persona o del ser-en-comunión, ni contrapone maniqueístamente Derecho y amor.³⁴

La existencia decidida de fuerzas egoístas e instintos biológicos perversos que obstruyen definitivamente la realización de la idea de vida personal requiere con carácter imprescindible de la consagración efectiva de un orden mínimo que asegure la protección del humano y de su universo social. Se deberá, por tanto, promover cuanto sea necesario para garantizar la esencia misma del humano personal, del ser persona, y del ser en comunidad, que deben ser protegidos de cuantos se consideran abusos de poder,³⁵ así como de las implicaciones habituales del ser-individuo. Es desde la base misma de este entendimiento específico donde surge justamente y con fuerza la idea indubitada de la necesidad del Derecho.

Mounier, fundamenta de esta forma su concepción acerca del carácter necesario del Derecho y de cuantas se consideran sus estructuras. Ello no obstante, pese a su necesidad, su insuficiencia se nos descubre manifiesta. Es soporte, pero también resistencia. Rechazarlo a causa de su ambivalencia radical es querer eludir la condición humana, toda vez, que sobre la misma se asienta y se forma: “los sueños anárquicos, por emocionantes que sean a veces, oscilan entre la impotencia, el catastrofismo y el conformismo ingenuo”.³⁶ Es así que el Estado, en tanto “objetivación fuerte y concentrada del Derecho”, no constituye, en modo alguno, una comunidad espiritual, o lo que es lo mismo, una persona colectiva, antes bien, es un instrumento al servicio de las sociedades, y por medio de ellas, contra ellas si así fuere necesario, en la culminación efectiva de su deseo de servir al humano

³³ Cfr., *Ibid.*, p. 25.

³⁴ V., *Ibid.*, pp. 37-38.

³⁵ “Todo poder no regulado tiende al abuso”. *Ibid.*, p. 73.

³⁶ *Ibid.*, p. 24.

personal. Instrumento, pues, artificial y subordinado, aun cuando necesario.

Ahora bien, pese a su indudable necesidad en lo que hace al establecimiento y propagación del universo personal, esto es, en la construcción de una sociedad de personas, su insuficiencia se revela a Mounier y demás personalistas de su entorno radicalmente manifiesta.

En todo caso, sólo el ser personal, y siempre desde una estructura de universo de personas, ha de constituir el criterio que ha de inspirar la creación del Derecho. Sólo su protección ha de operar la acción legislativa y sólo su dignidad ha de presidir la correcta aplicación del Derecho. De no ser así, "en lugar de liberar al hombre, se da origen a un nuevo estado de naturaleza, reino de 'masas', reino de la 'maquinaria' y de sus directores, de los cuales es juguete la persona. El totalitarismo ha elegido bien su nombre: un mundo de personas no se totaliza".³⁷

Así las cosas y de conformidad con este planteamiento resulta a todas luces visible no ya el hecho apodíctico de la necesidad del Derecho, sino también aquel decididamente expresivo de su notoria insuficiencia y, por ende, de su patente y constitutiva parcialidad en lo que constituye el afrontamiento de una de las tareas más vivas de la humanidad, cual es la de propiciar íntegramente la necesaria personalización de la conciencia del humano y de la vida social.

En definitiva, el mundo humano del Derecho, dada su humanidad, no constituye otra cosa que un cúmulo más de límites propios inherentes a la condición misma de la finitud humana que se despliega y realiza en sí misma a lo largo de la historia. El Derecho se ha hecho por y para los hombres y, como cualesquiera otras experiencias del hombre, lleva consigo los rasgos propios de lo finito humano. El Derecho, pues, se configura como cualquier otra realidad humana que establece todo un sistema de ordenación de necesidades. Es por esto, que toda instancia perfeccionista que pretenda prevalerse en sus propósitos de realización del recurso a decisiones y mandatos jurídicamente vinculantes corre el riesgo siempre denostado de degenerar en el ansia febril de un movimien-

³⁷ *Ibid.*, p. 27.

to de totalización y/o absolutización y, por consiguiente, en una experiencia trágica para la esencia misma del ser-persona. En fin, para la filosofía personalista de nuestro autor desaparece efectivamente tan funesta posibilidad al proclamar abiertamente tanto la no neutralidad del fenómeno Derecho y de su objetivación firme y concentrada, el Estado, como de la indefectible exigencia de su carácter no totalitario. La perfección, por tanto, discurre más allá de los límites de toda su fuerza.

REFLEXIONES SOBRE LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL (Hacia un Tribunal Constitucional)

Ricardo J. SEPÚLVEDA I.

SUMARIO: *Planteamiento I. Actualidad de la Justicia Constitucional; II. La Justicia Constitucional Orgánica; III. La Controversia Constitucional y sus alcances; IV. Hacia un Tribunal Constitucional.*

*"Las decisiones del Tribunal
Constitucional contienen,
sin duda, un momento
de configuración creadora."*

K. Hesse

PLANTEAMIENTO

A partir de las reformas de 1994 se han presentado al pleno de la Suprema Corte de Justicia un gran número de demandas de controversia constitucional, demostrando con ello que la *infrecuencia* con la que se le estigmatizó no se dio, sino todo lo contrario.¹ La ampliación de los supuestos de procedencia, así como el diligente trabajo de la Suprema Corte de Justicia, han revivido este medio de control constitucional.² Sin embargo, cualquier proceso de cre-

¹ En algunos artículos que se escribieron a raíz de las reformas del 31 de diciembre de 1994, se señaló, como un presagio negativo de la controversia constitucional, que no se acudiría a ella por falta de conocimiento y de costumbre, quizá basándose en la experiencia de años anteriores. *Cfr.* al respecto los artículos que se publicaron pocos meses después de que se promulgó la reforma en la Revista de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Panamericana, *Ars Iuris*, núm. 13, 1995.

² Antes de la reforma constitucional mencionada se habían presentado este tipo de demandas, *a cuenta gotas*, al decir del maestro Héctor Fix Zamudio la única relevante

cimiento corre el riesgo de torcerse, y en el caso de esta figura nos parece que resulta conveniente subrayar su carácter de medio de justicia constitucional, alejándolo de los asuntos de mera legalidad; esto con el objeto de subrayar la vocación de la Suprema Corte de Justicia como tribunal de constitucionalidad.

Nuestra preocupación no es en vano, ni meramente teórica, sino que deriva de la tendencia que ha tomado esta intervención de la Suprema Corte de Justicia, y tiene como base la equivocada procedencia que se le ha dado a algunos asuntos que, en nuestra opinión, debieron haberse desechado, por no abordar problemas de constitucionalidad federal, o bien los alcances de algunas de las sentencias en las que nuestro máximo tribunal aborda inconsecuentemente ámbitos de mera legalidad.

Tenemos como base o fuente de desarrollo nuestra Constitución, en su artículo 105 principalmente, la ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105, el Derecho comparado, y los conceptos que la doctrina nos ofrece para estructurar de la mejor manera posible un sistema integral de justicia constitucional.

No haría falta advertirlo, pero si se desvirtúa el carácter de medio de control constitucional de la controversia, entonces se debilitará el sistema entero de justicia constitucional, quedando nuevamente reducido a un control indirecto a través del juicio de garantías, o con la efímera eficacia de la acción de inconstitucionalidad o del juicio político. La connotación del Estado moderno conlleva, hoy por hoy, la existencia de un tribunal constitucional. Para esto es necesario hacer una diferenciación de lo que es la interpretación constitucional de la interpretación legal.

I. ACTUALIDAD DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Para abordar este tema hemos elegido una primera premisa: destacar la importancia de la justicia constitucional, y dar algunos toques que nos permitan conocer cuál es el rumbo que ha ido to-

fue la denominada *caso Oaxaca*, que versaba sobre la inconstitucionalidad de la ley local de esa entidad sobre monumentos arqueológicos, en 1932. Fix Zamudio, Héctor, *La justicia constitucional, en estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917, en su septuagésimo quinto aniversario*, UNAM, 1992, p. 135.

mando. El objetivo es situarnos en el contexto general para después analizar, con todos los elementos, la figura de la controversia constitucional.

Comenzamos adhiriéndonos plenamente al maestro Héctor Fix Zamudio en preferir el término justicia constitucional a cualquier otro, por favorecer a su verdadera finalidad: la justicia en el ejercicio del poder,³ con todo lo que esto significa: respeto a la supremacía constitucional, equilibrio entre los órganos de poder, sancionar la invasión de esferas, defensa de los derechos humanos fundamentales, etcétera; y no solamente el apego a la letra de la Constitución, o a la voluntad del constituyente, que es a lo que invitan términos como control y defensa constitucional.

Efectivamente la justicia constitucional se ha desarrollado de una manera imprevisible en la segunda mitad de este siglo, convirtiéndose en el tema fundamental del Derecho constitucional. La razón está a la vista: buscamos sistemas que nos garanticen un ejercicio racionalizado del poder, y unos medios para reparar las situaciones anómalas o irregulares. El Estado, el poder, había demostrado su inmadurez y su descontrol, y el control judicial no era mecanismo idóneo.

En este intenso desarrollo, se han originado diversas figuras de control constitucional, con sus variantes, la mayor parte de ellas se orientan a la defensa de los derechos humanos,⁴ pero el crecimiento ha abarcado todas las ramas de la justicia constitucional, pudiendo diferenciarse, con claridad, en la práctica, tres: *jurisdicción constitucional de la libertad*; *jurisdicción constitucional or-*

³ Corresponde a Mirkiné Guetzevich haber aportado el concepto de *racionalización del poder* entendiéndolo por ello el ejercicio del poder conforme a los principios lógicos y no solamente jurídicos, queriendo con ello limitar, conforme a su finalidad, el ejercicio de la autoridad. Citado por FIX ZAMUDIO, Héctor y COSSIO, José Ramón, en *El poder judicial en el ordenamiento constitucional*, Fondo de Cultura Económica, México 1996, p. 23.

⁴ FIX ZAMUDIO, Héctor, *Alcances y perspectivas de la protección de los derechos humanos en Latinoamérica*, ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Colombia 1998. "La protección procesal y jurídica de los derechos humanos ha evolucionado de manera considerable en los últimos años y se ha transformado en un sistema sumamente complejo" (en vías de publicarse).

*gánica; y jurisdicción constitucional transnacional.*⁵ De estas tres ramificaciones no podría hacerse una jerarquización, la justicia constitucional es un sistema, y por lo tanto todos los medios —o figuras— son complementarios.⁶

Este impulso de la justicia constitucional tiene su explicación en la crisis por la que atraviesa el Estado, fundamentalmente en su justificación, entendida no como causa eficiente, sino como causa final, es decir, su verdadera orientación a un régimen de justicia social. En este sentido el concepto de justicia constitucional se ha flexibilizado, se ha hinchado, pudiendo abarcar no solamente un concepto jurídico, sino práctico. Así Erardo Denninger distingue lo que es justicia constitucional jurídica, y justicia constitucional considerada como seguridad interior y exterior. La connotación jurídica se refiere a la protección del orden fundamental libre y democrático, y a la existencia y seguridad de la Federación o de un Land, con sus elementos integrantes.⁷ La inclusión de términos tales como orden fundamental (en vez de Constitución), libre (aplicado a un orden social), democrático (con la ambigüedad de su significado), la seguridad de la Federación, etcétera, nos muestra cómo la justicia constitucional se identifica prácticamente con la vigencia de la Constitución, pero desde el punto de vista no sólo del texto formal, sino de su mismo contenido, es decir, siguiendo las explicaciones de Habermas, de los valores que encierra.⁸ Esto nos habla, desde nuestro particular parecer, de una redefinición del concepto de Constitución que, aunque esquivemos entrar de lleno al tema, ha ido perdiendo paulatinamente su formalismo metodológico para hacer prevalecer su carácter de directriz política.

⁵ FIX ZAMUDIO, Héctor y COSSIO, D., José Ramón, *op. cit.*, p. 24. La clasificación le corresponde al tratadista italiano Mauro Capelletti.

⁶ En este sentido cabría dar la siguiente definición de justicia constitucional: *es la función de dirimir los conflictos derivados de la aplicación de normas constitucionales*, más que unos medios, se trata de una función.

⁷ DENINGER, Erardo, "Democracia militante y defensa de la Constitución", en *Manual de Derecho Constitucional*, varios autores, Madrid, 1996, Civitas, p. 467.

⁸ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez, sobre el Derecho y el Estado de derecho democrático, en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 318.

De lo anterior podemos derivar una conclusión interesante para el tema que nos atañe: la interpretación constitucional goza de una particularidad derivada de su concepto y de su finalidad, que la aleja claramente de la interpretación de una ley: ¿queremos decir que la Constitución no es, por lo tanto, una ley?: ¡no!, lo que queremos decir es que es una ley fundamental —como decía Kelsen—, y su carácter de fundamental no se identifica con su supremacía, que es una nota formal, ni con su rigidez —que es un método de equilibrio político— sino que la hace ser fundamento formal y valorativo de las demás normas jurídicas. Entendiendo las cosas de esta forma, la interpretación constitucional, o más aún la justicia constitucional se ennoblece y se convierte en piedra de toque del orden social; de aquí mismo partimos para distinguir entre tribunal constitucional y tribunal legal y, finalmente, para abogar por construir sistemas de control constitucional a la medida de las necesidades.

Con este antecedente y habiéndonos referido a la clasificación de medios de justicia constitucional, podemos acercarnos al análisis de uno de esos medios de control, como lo es la controversia constitucional.

II. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL ORGÁNICA

Citando al maestro Fix Zamudio, podemos definir a la justicia constitucional orgánica, *como aquella dirigida a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que consagran las atribuciones de los diversos órganos de poder*,⁹ es una de las funciones propias del control constitucional y deriva, como lo dice un autor español, Juan José González Rivas, del contenido mismo de la Constitución, que establece ámbitos de competencia y facultades. Si no existiera este medio de control la supremacía constitucional quedaría a merced de la capacidad de autocontrol de los órganos constituidos.¹⁰ Para Habermas este autocontrol no es suficiente y se justifica, *con cierta plausibilidad*

⁹ FIX ZAMUDIO, Héctor, COSSIO D., José Ramón, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰ GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *La justicia constitucional en el Derecho comparado y español*, Madrid, 1990, p. 173.

recurriendo a una necesidad de técnica constitucional, a saber, la necesidad de dirimir conflictos entre órganos estatales que están llamados a cooperar.¹¹

La jurisdicción constitucional orgánica representa los medios jurídicos para restablecer la vigencia y aplicabilidad de la llamada "parte orgánica" de la Constitución, a diferencia de la jurisdicción constitucional de la libertad, que se enfoca a los derechos fundamentales, o, alguna vez llamados, garantías individuales. Sin embargo, como lo explica claramente Luis Favoreu, refiriéndose al caso de Francia, los órganos e instituciones creadas para proteger la parte orgánica pueden transformarse, sobre todo cuando hay ausencia de otros medios de control, en un órgano de jurisdicción constitucional de la libertad.¹² Esto tiene su explicación en la unidad del texto constitucional, como es bien sabido, y ha sido cada vez más explicado, las diferencias entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución se hacen más tenues, y esto va a favor de que la Constitución tiene una unidad orgánica como *norma fundamental* del Estado.

De este punto concreto se derivan interesantes reflexiones. En el surgimiento del constitucionalismo, que nació bajo el amparo del más ferviente liberalismo, se ha considerado que los derechos fundamentales —como ámbitos de determinación del individuo, en los que el Estado (Leviatán) no puede penetrar— son *el núcleo esencial del sistema político de la democracia constitucional*.¹³ Sin perder este cimiento fundamental del constitucionalismo, hemos seguido una evolución, fluctuando entre el Estado benefactor, el Estado autoritario, el Estado intervencionista, y ahora el Estado social de derecho, en los cuales la conceptualización de los derechos fundamentales ha sufrido adaptaciones; así nos encontramos con la otrora explicación de las tres generaciones de los derechos humanos, en los cuales se manifiesta una distinta significación del concepto de *constitucionalidad*.

¹¹ HABERMAS, Jürgen, *op. cit.* p. 313.

¹² FAVOREU, Luis, se refiere al Consejo Constitucional Francés, citado por Fix Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 27.

¹³ LOWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Ariel Demos, Barcelona, 1982, p. 390.

A nuestro parecer el verdadero avance se ha dado por el enlace cada vez más fuerte entre Constitución y derechos fundamentales, pero no solamente como si se tratara de una relación entre recipiente y contenido, en una connotación hilemórfica, sino en lo que tienen de común, especialmente en su relación de medio a fin, o si se quiere de *conditio sine qua non*. La Constitución sólo se entiende orientada al servicio de las libertades y de la dignidad humana, esa es la quintaesencia del constitucionalismo,¹⁴ la constitucionalidad de la Constitución. Bajo este razonamiento, sí se podría privilegiar a los medios de justicia constitucional de la libertad, respecto a la justicia constitucional orgánica. Sin embargo, como hemos ya señalado, la interrelación que existe entre unos y otros no nos permite teóricamente aceptar ninguna jerarquía, porque sería una distinción arbitraria o artificial.

La jurisdicción constitucional orgánica participa de la misma justificación que cualquier otro medio de justicia constitucional, y su fundamentación práctica se basa en el hecho de que pueden darse, como se dan, conflictos entre los órganos de poder. Estos conflictos se generan desde el momento en que las funciones de poder se distribuyen y se crean ámbitos de competencia. Estamos de acuerdo con que resulta problemático encontrar un sistema de control constitucional frente al principio de división de órganos de poder, porque al dar la facultad a cualquier órgano de intervenir en ámbitos de competencia, se le está dando facultades constitucionales, y se rompe con esto el principio de igualdad y equilibrio entre los órganos constituidos. Estamos frente a la problemática de distinguir el lindero entre lo político y lo jurídico: el prolongado temor de politizar a cualquier órgano judicial. Al respecto encontramos una cita muy adecuada, de un reconocido autor alemán, Hans-Rudolf Horn, que nos puede salvar del escollo: "la objeción principal en contra de una auténtica justicia constitucional se funda en la idea de que se lesiona tanto a la separación entre derecho

¹⁴ Sin quitarle ni un ápice a lo dicho, ni menoscabar la fuerza de lo aseverado es necesario completar el concepto hablando de la vertiente solidaria que debe comprender la protección jurídica, es decir el Derecho debe concebir a la persona como "asociada" y por lo tanto con obligaciones de solidaridad. Éste es el concepto que manejan Giacomo Perticomme y Mauro Capelletti.

y política como a la división de poderes, consagrada en todas las constituciones modernas".¹⁵ Especialmente a la justicia constitucional orgánica se le aplica esta objeción: en el momento de dilucidar un conflicto de competencia, el órgano encargado se sitúa en una posición superior, respecto a los órganos en conflicto, máxime si sus decisiones son de carácter general. De aquí la resistencia a crear tribunales constitucionales, distintos de los tribunales superiores.

No obstante lo anterior, tanto la experiencia positiva de los actuales tribunales constitucionales, como la misma necesidad de la justicia constitucional, nos llevan a buscar una actualización del principio de división de órganos de poder: "en el desarrollo constitucional más reciente... crece la convicción de que la teoría sobre la separación estricta entre los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, necesita ser actualizada",¹⁶ esta necesidad de flexibilizar el principio de división de órganos de poder ya había sido advertida por el mismo Montesquieu, subrayada enfáticamente por Duguit, y ha sido ampliamente reconocida por nuestro más alto tribunal.¹⁷ Esto significa que, a pesar de que se vulnera el principio mencionado, es preferible privilegiar la justicia constitucional.

La segunda objeción, que se refiere a la confusión entre política y Derecho, entendiendo que cada una se rige por sus propias leyes y reglas prácticas, ha perdido fuerza frente a la aplastante evidencia de que se trata de ámbitos indisolubles, y que precisamente se captan en la Constitución. Nos atrevemos a decir que lo constitucional es una conjunción de lo político y lo jurídico, otorgando al término *político* un significado mucho más acorde con las tenden-

¹⁵ HANS-RUDOLF, Horn, *La justicia constitucional alemana*, UNAM, 1993, P. 53.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ El criterio mencionado ha sido plasmado en algunas tesis recientes: *cfr*: Séptima Época. Segunda Sala. Semanario Judicial de la Federación, t. 151-156, Tercera Parte, p. 117.

"División de poderes, sistema constitucional de carácter flexible: La división de poderes que consagra nuestra Constitución Federal no constituye un sistema rígido e inflexible, sino que admite excepciones expresamente señaladas en la propia Carta Magna, mediante las cuales permite que el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, o el Poder Judicial ejerzan funciones que, en términos generales, corresponden a la esfera de atribuciones de otro poder..."

cias democráticas e igualitarias del Estado social de derecho, y no partidistas, maquiavélicas o de cualquier forma restrictivas.

Dos aclaraciones se hacen sumamente necesarias, aunque serán objeto de posteriores análisis. La primera es que como no se puede derogar el principio de división de órganos de poder, la intervención del órgano de control constitucional no puede ir, nunca, más allá de lo meramente constitucional, entendiéndose que no puede intervenir en el control técnico o en el control de legalidad. La segunda es que parece más conveniente crear un órgano *ad hoc* de justicia constitucional, y no simplemente otorgar facultades de justicia constitucional orgánica al tribunal superior del Estado, por tratarse de una función específicamente distinta.

Para finalizar este subtítulo es menester mencionar que existen diversas instituciones de control constitucional orgánico, y sin un afán de clasificaciones exhaustivas, podemos referirnos fundamentalmente a las acciones de inconstitucionalidad y a las controversias constitucionales (art. 105 Constitucional). Dentro de aquellas, en el Derecho comparado, existen las acciones de inconstitucionalidad promovidas por órganos legitimados o las acciones populares de inconstitucionalidad, y dentro de las controversias constitucionales se pueden encontrar mecanismos para resolver conflictos entre diversos niveles de poder (órganos federales, locales o municipales), o bien hacer distinciones según la materia (fiscal, de límites territoriales, etcétera).

En este brevísimo ensayo nos queremos referir preferentemente a la controversia constitucional (art. 105, I Constitucional), aun cuando desde un cierto ángulo las acciones de inconstitucionalidad también son una controversia entre órganos de poder. La justicia constitucional orgánica, para concluir, es una especie dentro del género, y tiene por finalidad resolver los conflictos de atribuciones o la inconstitucionalidad de las leyes, siendo las resoluciones, normalmente, de carácter general.

III. LA CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL

Como lo mencionamos al inicio de este trabajo, nuestro propósito es definir los alcances de la controversia constitucional, bus-

cando con ello fortalecer el carácter de tribunal constitucional de la Suprema Corte de Justicia, y evitar la degeneración de la controversia constitucional en un instrumento de vejación del sistema federal, o en un mero medio de control de legalidad.

En cuanto a los antecedentes de la controversia constitucional, claramente se ha advertido su origen en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787.¹⁸ En nuestro texto constitucional su linaje data de 1917, en la que se introdujo en el artículo 105 la facultad de la Suprema Corte para dirimir los conflictos entre Estados, o entre los poderes de un mismo Estado, respecto a la *constitucionalidad de sus actos*, o aquellos en que la Federación fuese parte. La inclusión de este artículo, así lo delata el debate parlamentario, se debió a la necesidad de regular la intervención de la Federación en las entidades federativas, pues la discusión en el seno del constituyente se refirió a quién debía ser el competente: el Senado de la República o la Suprema Corte de Justicia. El proyecto del primer jefe cedió, y terminó por distinguirse que el Senado era el competente tratándose de los conflictos políticos, y la Suprema Corte de Justicia en materia de constitucionalidad.¹⁹ Es oportuno advertir que no obstante lo laudable de su intención original, los resultados fueron paupérrimos: la controversia constitucional cayó prácticamente en desuso, y en su lugar los órganos federales acudían a la figura de la *desaparición de poderes* establecida en la fracción V del artículo 76 constitucional, esto, evidentemente, como lo juzga el maestro Fix Zamudio, fue “en perjuicio de los estados, con lo cual se favorece la centralización”.²⁰ Estábamos recogiendo una figura adecuada para la defensa del federalismo, pero al menos hasta 1994, nuestro sistema claudicó a favor del centralismo.

¹⁸ Esta disposición se encuentra en su artículo 3, sección II, inciso I, en la que se atribuye a la Suprema Corte la resolución de: los conflictos que se generen entre dos estados; de aquellas controversias en la que la Federación fuese parte.

¹⁹ Cfr. *Diario de Debates*, 22 de enero de 1917.

²⁰ FIX ZAMUDIO, “La justicia constitucional”, en *Estudios jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917, en su septuagésimo quinto aniversario*, UNAM, 1992, p. 135.

Efectivamente, atravesamos por una etapa de desuso de la controversia constitucional,²¹ y por eso se hace más apremiante profundizar en su naturaleza. Esta figura la tomamos de la doctrina constitucional, de hecho hay muchas variantes en el modo de establecerla a nivel constitucional; además, hasta ahora, contamos con poca experiencia, y los tratadistas mexicanos la han puesto constantemente en entredicho, especialmente en su modo de reglamentación.²² Todo esto nos lleva a comenzar por analizar su sentido, la razón de su existencia propia, antes de abordar algunas problemáticas concretas.

Iniciando por el concepto, tomaremos el del maestro Fix Zamudio, a quien hemos citado preferentemente: “Son aquellas controversias de carácter jurídico que pueden surgir entre los integrantes de la Unión...”²³ y les llama también *litigios constitucionales*²⁴ con lo que lisa y llanamente lo que especifica a una controversia constitucional es una disparidad de pareceres en la aplicación de la Constitución. Preferimos no utilizar el término conflicto de *intereses*, porque en realidad no hay más que un mismo interés: la aplicación de la Constitución. Es un conflicto, es decir, tal como lo define el diccionario Porrúa: *presencia de deseos o tendencias opuestas*. Lo característico de la controversia viene dado, a nuestro parecer, por su materia, y por las partes que intervienen, pero

²¹ En la evolución de la controversia constitucional se pueden observar tres etapas fundamentales: 1917-1990, en la que se promovieron 55 controversias; 1990-1994 en la que se cambió la interpretación constitucional dando cabida al municipio para incluirlo en los supuestos del artículo 105; y 1994 a la fecha en la que ha acaecido un resurgimiento de la controversia constitucional, a partir de la reforma constitucional al artículo 105, y la expedición de su ley reglamentaria. En este esquema puede abundarse en el texto *La defensa jurisdiccional del municipio y las controversias constitucionales*, de HERNÁNDEZ CHONG CUY y MARÍA AMPARO, editado por la Universidad Panamericana, Guadalajara, Jalisco, 1997.

²² El análisis que hace Elisur Arteaga Nava en su texto de Derecho constitucional, es especialmente puntilloso y considera precipitada y errónea la reforma al artículo 105 llevada a cabo en 1994. Cfr. ARTEAGA NAVA Elisur, *Derecho constitucional*, Harla Oxford University Press, México, 1998, p. 798.

²³ FIX ZAMUDIO, Héctor, *La defensa de la Constitución*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1988.

²⁴ FIX ZAMUDIO, *La justicia constitucional, en estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917, en su septuagésimo quinto aniversario*, UNAM, 1992, p. 135.

antes de referirnos a ellas, quisiéramos detenernos en la finalidad o el sentido de esta figura.

Siguiendo el discurso del maestro Fix Zamudio, la controversia es una institución procesal, que tiene por objeto garantizar el equilibrio entre las facultades de la Federación y las de las entidades federativas,²⁵ lo que significa que fundamentalmente el conflicto es entre Federación y estados, y su materia, la distribución de competencias, según el principio excluyente del artículo 124 constitucional. Esta finalidad no incluye, sin embargo, los conflictos entre los órganos de un mismo nivel de poder, que están previstos en el artículo 105. En la doctrina de Carl Schmitt se da una respuesta a esta interrogante, estableciendo los dos vectores de las controversias constitucionales; por un lado, como un medio de defensa del federalismo, resolviendo conflictos entre la Federación y las entidades federativas, y por otro como un medio de defensa de la Constitución en general, resolviendo cualquier conflicto jurídico constitucional, en vista a dejar sin efecto cualquier acto inconstitucional.²⁶

La sentencia, tratándose de una controversia, dice Elisur Arteaga, no tiene como finalidad sancionar a los autores de las invasiones o de los actos inconstitucionales, ni la acción se *endereza* contra las partes sino contra el acto, “se persigue que se declare su nulidad a través del expediente de invocar, fundar y probar causales de invalidez”.²⁷

Como podemos apreciarlo, por las opiniones transcritas, el sentido de la controversia es hacer respetar la Constitución por parte de los órganos de autoridad, logrando con ello el equilibrio que debe haber —como principio constitucional— entre los órganos federales y locales o entre los órganos de un mismo nivel de autoridad.

Una vez sentado lo anterior podemos ahondar un poco en el aspecto de la materia y de las partes.

En cuanto a la materia, la controversia sólo puede referirse a cuestiones de “constitucionalidad”, con lo que ésta viene a ser su

²⁵ *Idem.* p. 134

²⁶ FIX ZAMUDIO, Héctor, *La Constitución y su defensa*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 50.

²⁷ ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, Harla Oxford University Press, México, 1998, p. 796.

diferencia específica. Son conflictos derivados de la aplicación directa de la Constitución. A posta incluimos el término *directa* porque de otra forma en todo asunto podría entenderse que se está aplicando la Constitución, que viene a ser la fuente de todas las leyes ordinarias. Además de lo anterior, la constitucionalidad se refiere solamente a la Constitución general, no así a las constituciones locales, las cuales pueden prever medios de control constitucional, inclusive la misma controversia, tal como sucede en algunos países europeos o latinoamericanos, de sistema federal.

Este punto que parece tan obvio presenta algunas problemáticas: que la controversia se circunscriba a cuestiones estrictamente constitucionales se deriva del enunciado del mismo artículo 105, I) que habla de controversias “constitucionales”, y aunque solamente en los incisos *h)*, *i)*, *j)* y *k)* hace la mención expresa sobre la constitucionalidad de sus actos, eso no quiere decir que en los demás supuestos pueda ampliarse a otras materias no constitucionales, sencillamente porque entonces dejaría de ser un medio de control o de justicia constitucional.

En esta misma línea de discurso hay que advertir que la Suprema Corte de Justicia, sólo puede conocer de los conflictos de constitucionalidad, y dentro de éstos, con un alcance limitado, sin poder ir más allá de la problemática constitucional. La razón de esto deriva de que si no fuera así, la materia constitucional daría pie para intervenir en los problemas de legalidad. Esto no quiere decir, sin embargo, que si una resolución de la corte declara inconstitucional, por ejemplo, una ley local, esa sentencia afectará la validez de los actos jurídicos de aplicación de la ley, pero la Suprema Corte se ceñirá en su análisis al problema constitucional.

Una clara dificultad, que la advierte el maestro Elisur Arteaga, es la inclusión en los supuestos de procedencia, de los conflictos entre los municipios de diversos estados, o inclusive los conflictos entre un municipio y un estado. Normalmente estos conflictos tienen un problema de constitucionalidad muy secundario y tangencial, pues derivan de la aplicación de la Constitución local, no de la general, y deberían resolverse por sus órganos internos, respetando de esta manera el sistema federal. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia, siguiendo una línea de interpretación iniciada en 1992, según lo dijimos líneas arriba, y con el fin de defender al

municipio ha entrado al estudio y resolución de estos asuntos. Su fundamento es claro, la Constitución prevé los supuestos, y cuando surgen los conflictos, aunque directamente versen sobre la aplicación de legislación local, se apoyan en lo dispuesto por los arts. 115 y 116 constitucionales.

No obstante que es necesario defender la autonomía municipal, hay que tener cuidado para evitar que por esta interpretación y a través de la controversia, la Suprema Corte de Justicia termine calificando la constitucionalidad local de las leyes de los estados.

El otro camino para delimitar los alcances de la controversia lo son las partes involucradas. En el concepto que dimos sobre controversia, quedó claro que es un medio de protección jurídica de la Constitución, y que sólo puede ser intentada por los órganos expresamente señalados. Los demás órganos no mencionados no tienen legitimación procesal, no por el hecho de tener o no personalidad jurídica, pues no se trata de un juicio, sino porque estamos frente a un mecanismo de protección constitucional.

Antes de la reforma de 1994, la Constitución establecía que la controversia constitucional se aplicaría a los conflictos entre estados, o entre estados y Federación, pero no admitía a los municipios, ni preveía los conflictos entre órganos federales. Esto cambió con la reforma de 1994. Desde nuestro punto de vista es una modificación acertada, puesto que los órganos que aplican con más frecuencia la Constitución —directamente— son los órganos federales, y en esta aplicación no siempre invaden esferas de competencia locales. Antes de la reforma el único medio de control constitucional orgánico era —si cabe decirlo— el juicio político.

Algunos autores opinan que la controversia no cabe tratándose de conflictos entre órganos de poder centrales, puesto que el tribunal que los resuelva terminará ubicándose por encima de los otros dos órganos, con lo que se rompería el principio de división y equilibrio de órganos de poder. A este respecto ya dimos nuestro parecer en contra, líneas atrás, al hablar de la justicia constitucional orgánica.

Un aspecto más, referente a las partes, que nos parece oportuno tratar, es el que señala Elisur Arteaga, citando a su vez al maestro Herrera y Lasso. Una de las diferencias que se señalan entre la

controversia constitucional y la acción de inconstitucionalidad, es que en la primera debe haber un *agraviado*. Esto merece una precisión. Según este parecer para que un órgano pueda acceder a la controversia debe tener interés jurídico, pero lo que hay que precisar es qué significa en este caso interés jurídico. Por un lado resulta obvio que es un conflicto entre partes, y que por lo tanto sólo las partes involucradas pueden intervenir, pero si interpretamos estrictamente el concepto de interés jurídico, no bastaría con estar involucrado, sino que tendría que probarse una lesión en la esfera competencial. De esta forma, citando el ejemplo que pone Arteaga Nava, si un congreso local reformara la Constitución local estableciendo la reelección parlamentaria, no obstante su abierta inconstitucionalidad, en contra del artículo 116, fracción II, al no haber parte afectada, no procedería la controversia. Esto nos parece una interpretación errónea, porque olvida el sentido cabal, completo, de la controversia. Si la finalidad de la controversia fuera solamente el equilibrio entre los órganos entonces no procedería la controversia salvo cuando hubiera interés jurídico directo, pero toda vez que la controversia pretende el respeto a la Constitución, como un medio de jurisdicción constitucional orgánica, nos parece que el interés puede ser indirecto —o difuso— y denominarse, como también lo expone Arteaga Nava, “interés constitucional”.²⁸ Si nos pidieran un ejemplo, utilizaríamos el mismo, frente a esa reforma constitucional, cabría acción de controversia intentada por dos posibles demandantes: el Ejecutivo local o la Federación.

Una vez expuesto lo anterior nos gustaría entrar al análisis de algunos aspectos de mayor detalle sobre la controversia. Reiteramos que nuestro propósito no es hacer un análisis de índole procesal, sino de fondo, por lo que sólo descenderemos a aquellos aspectos que nos den luces respecto a las peculiaridades de nuestra controversia constitucional, dejando para otra oportunidad la discusión sobre cuestiones sin duda interesantes, como podrían ser los plazos poco adecuados, la incongruencia de que en algunos casos la sentencia sólo produce efectos particulares, el contenido del término electoral, etcétera.

²⁸ De hecho en la Ley Reglamentaria del Artículo 105, en los requisitos de la demanda, se habla de conceptos de violación no de agravios.

Para este efecto nos vamos a servir del proceso que siguieron dos controversias constitucionales recientes, y que por su materia pusieron en ejercicio los conceptos que nos interesa tratar.

Por no ser del caso no descenderemos a detalles innecesarios,²⁹ sino que haremos una descripción del caso, pues en sus aspectos generales es donde se encuentran los bemoles o postillas de la figura que estamos analizando.

Supuesto:

Se presenta ante la Suprema Corte de Justicia una demanda de controversia constitucional por parte del Tribunal Superior de Justicia de un Estado, en contra del congreso local, por haber iniciado un procedimiento de juicio político en contra de los magistrados de la sala penal del Supremo Tribunal de Justicia del Estado. El juicio político se instauró por denuncia de un particular afectado en contra de los magistrados, acusándolos de haber emitido una resolución negando una orden de aprehensión, haciendo una incorrecta valoración de las pruebas y violando el principio de inmediatez procesal.

Por acuerdo económico se emitió resolución de procedencia e incoación de juicio político. Esencialmente esos eran los términos de los casos planteados. Como conceptos de invalidez se señalaron los siguientes:

- a) Invasión de esfera competencial, por parte del congreso local y violación a los principios de división de órganos de poder e independencia del órgano judicial.
- b) Incompetencia del congreso local para conocer de las resoluciones del tribunal de segunda instancia, violando la prohibición constitucional de la tercera instancia.

El demandado contestó argumentando que se daban los supuestos para incoar un juicio político, toda vez que el congreso local es competente para conocer de este tipo de procedimiento, que los

²⁹ Para mayor abundamiento puede consultarse el Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, t. VIII, septiembre de 1998. Controversia Constitucional 19/97.

funcionarios judiciales son sujetos de presunta responsabilidad política, y que la resolución de procedencia no invadía la independencia del órgano judicial por estar prevista en la Constitución.

Expuestos tan escuetamente los términos de la litis, lo interesante de la misma fue que *puso el dedo en la llaga*, enfrentándonos a muchos de los planteamientos que en este corto ensayo hemos comentado; los presentamos esquemáticamente:

1. ¿Siendo un conflicto por aplicación de leyes y de Constitución local, se puede considerar una cuestión constitucional?
2. ¿Tratándose de un juicio de naturaleza política, cabe un control judicial, no es esto confundir el plano político con el jurídico?
3. Hay un verdadero conflicto entre órganos, o se trata de un conflicto entre un órgano —el Legislativo— y un(os) funcionarios, en su carácter de titulares?
4. ¿Qué amplitud se le debe dar al principio de división de órganos de poder, permitiendo o no que el congreso local pueda conocer de actos judiciales?

Aunque cada uno de estos puntos daría pie a profundizaciones interminables, vamos a señalar nuestro punto de vista, procurando sobre todo mantener congruencia con los principios que deben regir a la controversia constitucional, y que hemos esbozado en el curso de este trabajo.

Primero: Consideramos que sí se trata de una cuestión de constitucionalidad general, puesto que dentro de los conceptos de invalidez se señala la violación al artículo 116 de la Constitución general, que establece la división rígida de funciones y de órganos de poder. Es una disposición que aún cuando está recogida en la Constitución general obliga a los órganos locales. Sin embargo, este punto es el único al que se debe avocar la Corte, sin necesidad de descender a si hubo o no una valoración equivocada de las pruebas por parte de los magistrados responsables. Es decir no le compete analizar la responsabilidad oficial o política de los magistrados, porque en ese caso se saldría del ámbito estrictamente constitucional.

Segundo: En el transcurso del estudio de este asunto, las partes arguyeron que se trataba de un ámbito político y vedado, por lo tanto, para el control judicial. Las resoluciones del gran jurado son inatacables, y por lo tanto no puede conocer de ellas la Suprema Corte de Justicia. Como ya lo mencionamos, el ámbito político es inseparable del ámbito jurídico, por lo que no se puede establecer esa causal de improcedencia. Refiriéndonos a que las resoluciones del órgano legislativo, cuando actúa como gran jurado, son inatacables por disposición inconstitucional, no deja lugar a dudas, no procede la controversia constitucional. Sin embargo si se trata de un juicio político local, y existe una disposición que considera inatacable sus resoluciones, éstas serán efectivamente inatacables, siempre y cuando no atenten contra la Constitución general, pues ningún ordenamiento puede colocarse por encima de la Constitución o eximirse de su aplicabilidad.

Tercero: Nos parece que aquí está el *talón de Aquiles* de la demanda. La controversia constitucional se refiere a conflicto entre órganos, no entre titulares de los órganos. La doctrina del Derecho público, especialmente administrativo, nos permite distinguir entre titular y órgano, el órgano es creado por ley y se compone de una esfera de competencia, el titular es un individuo que es designado y que actúa en representación del órgano. En el caso planteado, no se generó ningún conflicto entre órganos, toda vez que el congreso local actuó conforme a la Constitución local y general. El congreso local no estaba siguiendo un juicio político al Supremo Tribunal de Justicia sino a determinados magistrados.

Cuarto: Como la misma Suprema Corte de Justicia lo mencionó en la sentencia, el principio de división de órganos de poder es un principio flexible, que tiene excepciones establecidas en la misma Constitución. De esta manera un órgano puede revisar los actos de otro órgano si así lo autoriza la Constitución.

La Suprema Corte de Justicia se consideró competente, entró a la materia del juicio político y resolvió que por no afectarse los valores colectivos, no se trataba de violaciones graves a la Constitución y que los magistrados no eran sujetos de responsabilidad

política. Como se puede apreciar descendió más allá de la estricta cuestión constitucional. No le dio mayor relevancia a la distinción entre lo político y lo jurídico, ni a la rigidez del principio de división de órganos de poder.

Este ejemplo nos es útil para advertir los constantes riesgos de canalizar a través de la controversia constitucional todo tipo de cuestiones, y desvirtuar con ello la naturaleza que tiene de medio de justicia constitucional orgánica, y la necesidad, por ende, de proteger su vocación y su sentido. Por otro lado, hemos de reconocer, basados en el Derecho comparado, que no es extraño encontrar una complejidad en la delimitación para las sentencias de un tribunal constitucional, que muchas veces puede ir más allá de la órbita constitucional, y en otras plegarse indebidamente, sin entrar a cuestiones en donde resulta indispensable su intervención. Esta situación, en Alemania, nos la describe Hans-Rudolf Horn con las siguientes palabras:

No es de extrañar que existan sentencias constitucionales, las cuales se puede sostener, con razón, que representan intervenciones indebidas en la esfera tanto del legislador, como de las autoridades competentes y también de tribunales especializados. Llama también la atención que el Alto Tribunal suela descuidar, de una manera creciente, los aspectos de la seguridad jurídica o del orden común necesarios para realizar valores importantes de la democracia o de la justicia social. Así, por ejemplo, destaca el derecho a las manifestaciones públicas de masas, y subestima la protección contra actos violentos. Establece retroactivamente principios tendientes a enmendar la situación de familias con niños mediante medidas del derecho tributario, sin tomar en cuenta la exigencia de la claridad de las normas, y abandonado el principio antes observado, de que normas tributarias no podrán tener efectos retroactivos. Desconoce, asimismo, el derecho del niño recién nacido a un apellido, al decretar que la sucesión de los apellidos paternal y maternal será asentada al azar, cuando los padres no se pongan de acuerdo sobre el apellido familiar, ignorando la norma legal que otorgó el primer lugar al padre.³⁰

³⁰ RUDOLF HORN, Hans, *op. cit.* p. 54.

Es una especie de mal menor, tolerable, frente a las claras ventajas que significa la existencia de una justicia constitucional. También deriva de la peculiar naturaleza que tiene esta función —la de control constitucional— y que en opinión de los autores no es realmente una función judicial, sino una función de jurisdicción.

Respecto a este último punto conviene detenernos brevemente: basándose en la clásica distinción entre *auctóritas* y *potestas*, se distingue a la función judicial como parte de la *auctóritas* (el saber socialmente reconocido) más que de la *potestas* (el poder socialmente reconocido), porque la función del juez es un acto del intelecto, y no de la voluntad: esto quiere decir que el juez al emitir un juicio debe hacerlo conforme al procedimiento intelectual, discurriendo según los principios de la lógica, y limitando su actuación a aplicar una ley ya existente, de aquí que siempre se haya sostenido que el órgano judicial no es un poder. En la opinión de D. Emilio Rabasa, el órgano judicial no es un poder, “porque los tribunales no resuelven lo que quieren en nombre del pueblo, sino lo que deben en nombre de la ley; y porque la voluntad libre, que es la esencia del órgano de poder, sería la degeneración y la corrupción del órgano de la justicia”.³¹ Los tribunales constitucionales actúan formal y metodológicamente como un órgano judicial, su composición es la de un tribunal, sin embargo, sus actuaciones están impregnadas de la discrecionalidad y la libertad propias de un legislador constitucional. Por este motivo es por el que se les llega a denominar *legisladores sustitutos*, cuestión a todas luces contraproducente. La conclusión de esta opinión, es que los tribunales constitucionales son una clara manifestación de la crisis por la que atraviesa el Estado, en donde se ha requerido de una nueva forma de control —la justicia constitucional— ante la debacle de los métodos anteriores.

Resulta muy difícil el equilibrio en el control de la constitucionalidad, frente a la función de control de legalidad, así como es casi imperceptible la distinción entre Constitución y Ley. A pesar de esto, estamos ciertos de que la evolución política moderna nos lleva apresuradamente hacia una nueva forma de distribución de las

³¹ RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, México, Porrúa, 1990, p. 188.

las funciones de poder, y hacia una justicia constitucional menos formalista y más legitimada.

En este subtítulo hemos repasado algunos lugares de la geografía constitucional de la controversia, tratando de conocer más a fondo la figura, y destacando sus tendencias actuales. Éste era el primer propósito, ahora nos queda la tarea de conectarlo con el atributo de tribunal constitucional que le corresponde a la Suprema Corte de Justicia.

IV. HACIA UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el debate constitucional actual se reconoce que la Suprema Corte de Justicia, gracias a las reformas de 1994, se ha transformado en un Tribunal Constitucional, sin embargo, debido a que sigue siendo el órgano capital —cabeza, superior— del órgano judicial, se duda de la absoluta veracidad de esta afirmación. En su análisis sobre la acción de inconstitucionalidad, Joaquín Brage Camazano, introduce el tema, cuestionando la categoría de tribunal constitucional atribuible a la Suprema Corte de Justicia. En su recopilación de doctrina mexicana, encuentra un sentir favorable, pero a la vez reconoce, siguiendo la misma opinión de los tratadistas mexicanos, que la situación actual resulta aún ambigua, y que, aunque la Suprema Corte de Justicia está más cerca de ser un tribunal constitucional que un órgano jurisdiccional supremo de naturaleza casacional, mientras no lo sea en el sentido más estricto del término, *su funcionamiento será inevitablemente disfuncional*.³²

La Suprema Corte de Justicia tiene, después de un proceso paulatino de reformas constitucionales, especialmente las de 1988, 1994 y 1999, las competencias propias de un tribunal constitucional. Una de ellas es precisamente la “controversia constitucional”. *La clave para considerar a un tribunal como auténtico tribunal constitucional no está, no puede estar, en su integración formal en el poder judicial... sino más bien en su carácter de ór-*

³² BRAGE CAMAZANO Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, UNAM, capítulo I, pp. 15-48.

*gano constitucional ad hoc y especializado en el conocimiento de los asuntos jurídico-constitucionales.*³³

Los argumentos de los párrafos anteriores nos llevan a una conclusión obligada; dado que hemos llegado a que la Suprema Corte de Justicia tenga la función de tribunal constitucional mexicano, con los bemoles o alteraciones mencionados, lo propio es fortalecer esta tendencia y depurar la naturaleza constitucional de la Suprema Corte de Justicia.

Antes de referirnos a algunos de los medios que podrían contribuir a esta finalidad, nos gustaría traer a colación algunos de los argumentos vertidos en las disputas sobre la conveniencia de los tribunales constitucionales. Al respecto nos basaremos en lo expuesto por Felipe González, en su estudio sobre los tribunales constitucionales en Latinoamérica.³⁴ Apoyándose en la exposición que hace Max Weber sobre la crisis endémica del órgano judicial, llega a la conclusión que los tribunales constitucionales presentan ventajas y desventajas, de los dos lados hay argumentos importantes, sin embargo, la prevalencia de los derechos humanos zanja cualquier dubitación especulativa: si los tribunales constitucionales han servido para una mejor protección de la persona humana, entonces han dado su fruto y cualquier discusión ulterior es inocua y superflua.

Cuando la labor judicial de un país ha dado muy pocas muestras de ser eficaz en la protección de los derechos humanos —como por desgracia ha sucedido en la mayoría de los países de la región—, aun si se estimaran ciertos los riesgos de un tribunal constitucional parece apropiado emprender su creación.³⁵

Ésta ha sido la conclusión final, no en balde se ha dado una proliferación de estos tribunales en todo el orbe.

Advertido lo anterior, corresponde preguntarnos cómo podemos fortalecer la vocación de tribunal constitucional de la Suprema

³³ *Idem*, p. 40.

³⁴ GONZÁLEZ, Felipe, "Tribunales constitucionales y derechos humanos en Latinoamérica", en *La justicia constitucional comparada*, UNAM 1993, pp. 30 y ss.

³⁵ *Idem*, p. 39.

Corte de Justicia. Un camino viene dado por la ubicación formal y la creación de un tribunal único de casación, como lo proponen algunos de nuestros tratadistas,³⁶ pero otro camino, por el que queremos postularnos es el de pulir y decantar las actuales funciones que tiene como tribunal constitucional. Efectivamente, la Suprema Corte de Justicia actúa como tribunal constitucional cada vez que resuelve una controversia constitucional o que dicta una resolución recayendo sobre una acción de inconstitucionalidad. Si se favorece la conciencia jurídica de los abogados, litigantes, académicos, de los miembros de la judicatura, y del pueblo en general, mostrándoles que las vías de control constitucional son efectivas, se prestigiará notablemente el carácter de tribunal constitucional de nuestra Suprema Corte de Justicia.

Es un hecho que a partir de la reforma de 1994 se ha incrementado muy positivamente el litigio "constitucional", tanto en el número de asuntos planteados, como en la variedad de materias sobre las que versan. Los datos demuestran un crecimiento en cantidad y calidad, y esto ha llevado, como lo advertían los especialistas, a que nuestro más alto tribunal esté dando prioridad a sus tareas de interpretación constitucional, por encima de sus otras funciones; el temor a que se origine un rezago es lo que llevó a proponer la reforma constitucional por la que la Corte puede, mediante acuerdos generales, reducir el tipo de asuntos de su conocimiento. El problema, desde nuestro ángulo, no es realmente el rezago o los conflictos entre órganos, sino la autenticidad constitucional que debe corresponderle a la Suprema Corte de Justicia.

Aun cuando las líneas anteriores suenan muy positivas y alentadoras, y lo son, no podemos dejar de advertir que enfrentamos una resistencia hacia adoptar un sistema de control constitucional sin *asegures*, transparente y completo. Esta dificultad proviene de nuestros antecedentes histórico-constitucionales. Durante más de un siglo nuestro único medio de control constitucional ha sido el Amparo,³⁷ una institución monumental de la que ha perdido el

³⁶ SOBERANES, José Luis, *Nueva justicia constitucional*, UNAM, Crónica Legislativa, Órgano de información de la LVI Legislatura de la H. Cámara de Diputados, 1996.

³⁷ Con notable vehemencia D. Felipe Tena Ramírez advertía, está la parcialidad de nuestro control constitucional: *Salvo el caso del art. 105. restringido a los conflictos*

respeto a los derechos fundamentales, y por lo mismo el Estado de derecho en México. La plausible eficacia de este medio desalentó, el desarrollo de otros instrumentos de control constitucional con efectos *erga omnes*, porque hasta cierto punto, contrariaban la fórmula Otero. Esto sin duda es uno de los antecedentes, el otro que se podría señalar, y que resulta ominoso, es la poca facticidad que ha tenido nuestra Constitución durante este siglo. Si una Constitución es, como dice Lowenstein, sólo semántica —nominal—, no ha lugar a que se desarrolle un sistema de justicia constitucional. Pero si, como por fortuna está sucediendo, empezamos una etapa de existencia constitucional, entonces debemos ajustar las instituciones, como sucede cuando se da una inmovilidad física prolongada, después se necesita una etapa de rehabilitación paulatina y creciente. Así sucede en nuestro sistema constitucional, el primer paso es poner en movimiento la Constitución, cuidando el rumbo que toman las instituciones y haciendo los ajustes necesarios.

Consideramos que la controversia constitucional se encuentra inmersa en este contexto de revitalización constitucional, y es necesario cuidar que no se desvirtúe y que contribuya verdaderamente a institucionalizar un sistema de justicia constitucional orgánica, en el entendido que la justicia constitucional es finalmente una.

constitucionales entre los poderes de un mismo Estado, la defensa de la Constitución sólo puede hacerse en México en el juicio de amparo; la defensa así lograda es primordialmente del individuo y sólo indirecta, secundaria y limitadamente de la Constitución.
TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México 1989, p. 519.

LA CORRUPCIÓN DEL DESGANO (...de las relaciones, buenas y malas, entre jueces federales y locales...)

Daniel SOLORIO RAMÍREZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Lo que hoy ocurre en la justicia local.* III. *El federalismo judicial.* IV. *El influjo centralista del amparo.* V. *La corrupción en la familia judicial.* VI. *El desplazamiento de los jueces locales.* VII. *La indefensión del Ministerio Público de los estados.* VIII. *Los nuevos excesos y la nueva subordinación.* IX. *Pero el orden federal sí es celoso de sus potestades constitucionales.* X. *Un nuevo desdén a los jueces estatales.* XI. *Y de la justicia constitucional ni hablemos.* XII. *Un taladro de luz en medio de la oscuridad.* XIII. *Una lamentable confusión en los conceptos.* XIV. *Una precisión personal.*

I. INTRODUCCIÓN

Que la corrupción en la administración de justicia es un asunto de primera magnitud, ni quien lo dude. Que el público mexicano desconfía de la justicia que procuramos los abogados e imparten los tribunales, ni se diga. La ola de protestas, que generó el fallo de la Suprema Corte en el caso del *anatocismo*, es sólo una muestra de la poca confianza que tenemos en nuestros jueces y lo poco que entendemos su trabajo. Por doquiera hubo denuestos, reproches y admoniciones a los autores del fallo, sin siquiera haberlo leído, ¿a quién le importan las razones jurídicas cuando ganar a toda costa es lo que importa? Todos sabíamos de antemano que cualquiera que fuese la resolución, la Corte sería recriminada. Y es que los mexicanos, incluyendo abogados, juristas, profesores de Derecho, no hemos logrado un acuerdo nacional en cuanto a lo que esperamos de nuestros jueces; generalmente tenemos de ellos una mala, injusta y muy poco razonada opinión. Influenciados en

un extremo por el menosprecio del barón de Montesquieu, quien dijo de ellos que son "...*autómatas, ... seres inanimados, ... las bocas que pronuncian las palabras de la ley...*"¹ queremos jueces que se limiten a la aplicación de la ley a pie juntillas, justa o injusta. Influenciados en el otro extremo por la fuerte tradición judicialista surgida en los Estados Unidos de América a raíz de *Marbury vs. Madison*,² queremos jueces que apliquen la ley sólo cuando sea justa; jueces que asuman *la función de juzgar a la ley, y no sólo con base en la ley*. Lo único cierto es que no hemos definido el papel de nuestros jueces. La complejidad poco estudiada de nuestro sistema federal —muy declamado, poco practicado—, ha contribuido a que el poder judicial, ya federal, ya local, aparezca envuelto en una maraña accesible sólo a los iniciados.³ En tan

¹ "Del Espíritu de las Leyes" Porrúa, 1977, libro undécimo, cap. VI, pp. 106 y 108: "...de los tres poderes... el de juzgar es casi nulo... los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley..." Por lo visto conocía poco de los jueces este ilustre barón.

² *Marbury vs. Madison*, célebre ejecutoria redactada por John Marshall, implantó desde 1804 el principio de supremacía constitucional, pero no sólo eso. En nombre de dicho principio, y sin texto que le concediera facultad expresa, la Suprema Corte norteamericana se autoatribuyó la facultad de invalidar las leyes que a su juicio fuesen contrarias a la Constitución nacional. Desarrollos posteriores dieron a la Corte facultades casi omnímodas para decidir sobre la validez de las leyes. Boechat Rodríguez Leda, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano*, Editorial Pormaca, México, 1965.

³ Basten por ahora cuatro opiniones vertidas por ministros de la Suprema Corte de Justicia. Vicente Aguinaco Alemán, ministro presidente, en entrevista con Agustín Ambriz, reportero del semanario *Proceso*, núm. 1148 (1-XI-98), pp. 26, 27 y 30 dijo: "... En el aspecto político, los ministros de la Corte consideramos que ha sido muy fructífera nuestra labor. Habrá criterios discrepantes, nuestras actitudes podrán satisfacer a unos y a otros no, pero la labor del juzgador es ésta: *dar el derecho a quien lo tiene y negarlo a quien no lo tiene...*" Y preguntado específicamente sobre el papel de la Corte cuando resuelve conflictos eminentemente políticos, conflictos entre gobernantes, entre poderes públicos, Aguinaco agregó: "...lo que pasa es que el concepto de política es proteico, se escurre entre las manos. Entonces es sumamente arriesgado asumir una posición porque puede mal entenderse. Cada mente, cada grupo de la sociedad tiene un concepto diferente de lo que es la política. Entonces tratamos de evadir ese término que da lugar a controversias y a censuras que de acuerdo con el criterio de quien las expresa, aparecen como fundadas. Por eso procuramos no emplear ese término en nuestro lenguaje jurídi-

to que los jueces locales se reducen al modesto papel de aplicadores de la ley, abdicando inexplicablemente a las facultades que para el control constitucional les concede la Constitución, los jueces federales, en cambio, desempeñan no sólo la función de apli-

co... ningún poder u organismo gubernamental podría decir —lo que normalmente no ocurre— éstas son mis atribuciones y nadie me las puede disputar. En estos casos la Suprema Corte puede decir: *yo sí puedo hacerlo, y ésa es ya una atribución mayor. Por este hecho merece el nombre de poder judicial...* Si lo que busca el amparo es pacificar a la sociedad, el hecho de darle efectos generales, en vez de beneficiar podría perjudicar. El amparo es un instrumento quieto, tranquilo, que debe gozar de una independencia de criterio para que se resuelva. Si vamos a decir que en un pleito entre Juan y Luis, quien tiene la razón es Juan, pues entonces va a repercutir en toda la nación. Los ciudadanos que se encuentren en el caso concreto de Luis van a decir: Bueno yo qué vela tengo en ese entierro, si la legislación que le anularon a Luis a mí me conviene, me ha permitido hacer muchos contratos, negocios, esa ley no me daña, *me beneficia y tú me la declaras nula nada más porque el señor la impugnó. ¿Aquí se hizo justicia o se hizo una injusticia?* El asunto tiene muchos bemoles, no es fácil adoptar un juicio..."

José de Jesús Gudiño Pelayo, al explicar las razones de su voto en el caso del anatocismo, en una separata de la revista *Lex*, número 40, dijo: "...tratándose de contradicciones de tesis, las facultades de la Suprema Corte se circunscriben al análisis jurídico de los criterios que se encuentran en contradicción, para decidir el que debe prevalecer como jurisprudencia obligatoria, pero sin afectar las situaciones jurídicas concretas de los casos que dieron lugar a la contradicción... La Suprema Corte de Justicia no puede pronunciarse si son justas y convenientes las leyes, sino sólo respecto de la interpretación que de ellas debe prevalecer; ya que *siendo su origen la existencia de criterios opuestos, su objetivo fundamental es la certeza jurídica*. El presente trabajo es el resultado de un análisis jurídico, es decir, realizado desde las premisas exclusivamente jurídicas que marca la ley. No se buscaron argumentos en favor de una posición o de otra, sino que fue la propia interpretación jurídica de las normas la que fue determinando las conclusiones alcanzadas".

Juventino Castro y Castro, uno de los cuatro disidentes en el caso del anatocismo, ante el reportero de *La Jornada* (9-X-98) resumió su posición en cuanto al papel de la Suprema Corte: "...los ministros deben asumir el papel político que asigna la Constitución al máximo tribunal y defiende los tres votos particulares —en ocho de los temas que revisó la Corte sobre el anatocismo— en los que dejó de manifiesto su posición ante un sistema de leyes (bancarias y financieras) que están cargadas para un solo lado..." El ministro de la Corte reconoce que aun cuando él personalmente considera injustas las leyes bancarias que legalizaron el anatocismo, la Corte carece de facultades para declarar en su momento si una legislación es injusta o no... sería conveniente analizar la posibilidad de que la Corte pueda emitir un comentario (sic) sobre el contenido de leyes que apruebe el Congreso, o bien que se abra paso a una mayor participación ciudadana... Desgraciadamente, afirma, "...el que la sesión haya tenido que desarrollarse en privado

car leyes federales: *son además jueces de control constitucional, principalmente a través del juicio de amparo*, institución que ha centralizado casi totalmente la administración de justicia. Los jueces federales de alguna manera pueden equipararse a la Santí-

(la sesión en que fue aprobado el fallo sobre el anatocismo) quitó a la opinión pública la oportunidad no sólo de presenciar uno de los debates más importantes de la Corte en los últimos años, sino también de ser testigos de que en el desarrollo de la discusión, algunos ministros asumieran una posición diferente..." En su libro analiza el fallo de la Corte sobre el anatocismo, fundamenta sus tres votos particulares y analiza los motivos justicieros que inspiraron la aprobación de la Constitución de 1917; también cuestiona la presunta legalidad de la Ley de Instituciones de Crédito, la cual, cuando fue aprobada hace cuatro décadas, ni siquiera fue leída por los legisladores, quienes *se concretaron a aprobar una legislación que les envió el Ejecutivo y que contó con la aprobación de los banqueros...* Señala que el futuro presidente del máximo tribunal debe impulsar entre sus compañeros la idea de que el máximo tribunal es "un poder político" y debe comportarse como tal, para así estar en condiciones de actuar como una corte "de justicia", y no únicamente como corte de "legalidad"... Los ministros deben asumir que forman parte de un poder político y que deberán "hacer política" con la Constitución en la mano.... "A ellos no les gusta esa idea porque creen que hablo de hacer *polaca*, sobre quién será el futuro gobernador de un estado, o presidente. Pero —enfatisa— esa *polaca* a mí no me interesa. La política debe servir para que la Corte sirva a la nación, que influya junto con los otros dos poderes en la aplicación de leyes justas y equitativas para todos... lo que interesa a los individuos es *polaca*, lo que interesa a la nación es política..."

Genaro David Góngora Pimentel, presidente de la Suprema Corte a partir del 4 de enero de 1999, en su obra *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Porrúa, 1992, p. 18, dice: "...algunos de los funcionarios judiciales en cuyas manos está la resolución de los juicios de amparo siguen la doctrina que bien podríamos llamar: "doctrina fundada en las bases de los padres fundadores", bajo la cual los tribunales no dictan sentencias que no se encuentran apoyadas claramente en lo que pensaban los constituyentes, don Ignacio L. Vallarta y las jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se formaron en los primeros años de la vigencia de la Constitución de 1917. Para quienes siguen esta doctrina todo el derecho está contenido en las leyes escritas; los códigos son cuerpos de preceptos legales en que el legislador ha previsto todos los casos que puedan dar origen a una controversia. En su concepto, la misión del juez se reduce sencillamente a buscar el texto legal o bien el precedente jurisprudencial en donde la Suprema Corte resolvió un asunto jurídicamente similar, y encontrado, debe aplicarlo con rigurosa exactitud. No es necesario grande esfuerzo para demostrar que esa opinión está inmensamente alejada de la realidad. El derecho escrito y la jurisprudencia y los precedentes dictados son impotentes para encuadrar toda la vida social que constantemente se renueva. Los jueces que actualmente vivimos, no podemos leer la Constitución, ni la Ley de Amparo, ni la jurisprudencia que formó nuestro juicio más que como mexicanos actuales. Así como es imposible que el legislador prevea todos los casos que pueden pre-

sima Trinidad, esa convincente doctrina religiosa: *son tres jueces en uno. Son jueces civiles, son jueces penales*, y por si fuera poco son además *jueces constitucionales*. ¡Tres funciones distintas y un sólo juez verdadero! Sólo un genio acumularía todas las virtudes para desempeñar con eficacia, tantas y tan delicadas tareas. En medio de esta complejidad la autoridad de los jueces estatales languidece cada día, en tanto que los jueces federales aumentan constantemente su poder, desbordando peligrosamente sus límites constitucionales con grave deterioro del pacto federal. Si esa abdicación del federalismo fuera en beneficio de la buena justicia no

sentarse en las relaciones jurídicas de los hombres, sobre todo en la época actual en que son tan rápidos los cambios en las condiciones de vida, surgiendo constantemente nuevas formas de actividades que crean nuevos problemas sociales, tampoco es posible, ni conveniente aplicar para la solución de los nuevos problemas las viejas y anticuadas jurisprudencias, formadas en las condiciones de vida que dieron origen a su creación. No es posible ni conveniente, que el legislador constantemente esté ampliando y modificando la legislación (las frecuentes reformas legislativas y el exceso de legislación, son males gravísimos que deben evitarse), y las leyes más perfectas y previsoras en el momento de su promulgación, poco tiempo después, a consecuencia de lo vertiginoso de la vida actual son deficientes, y dejan fuera de su campo de acción a importantes sectores de la actividad humana. Ante esas deficiencias irremediables de toda legislación, el papel del juzgador crece en importancia. El juez, instrumento mecánico de aplicar la ley y en su caso la jurisprudencia, en el momento actual no tiene razón de ser y debe ceder paso al juez, "justicia viva", conforme al concepto aristotélico. El juez debe interpretar las leyes en forma que se adapten a las nuevas exigencias sociales. La rigidez de la ley extremada por su intérprete, puede llegar a ser un obstáculo para el progreso social en aquellas materias sujetas a un rápido desenvolvimiento, y que requieren una mayor correspondencia entre el hecho y la norma que debe regirlo. No debe excluirse la posibilidad de ir modificando el sentido de una ley, adaptándola a las nuevas exigencias sociales sin necesidad de nuevos actos legislativos, mediante un largo e inteligente proceso de interpretación de parte la autoridad judicial".

Germán Dehesa, uno de los humoristas más leídos del país, escribió en *La Crónica* (1-VII-99): "...Ignoro si en algún momento de la vida del México post-revolucionario haya existido un verdadero poder judicial libre, autónomo y desvinculado de la ruda tutela del ejecutivo, pero me temo que no. Todavía hace algunos meses, la decisión sobre el anatocismo y la actitud de la Suprema (y tremenda) Corte frente al porquerillero del Fobaproa, nos dieron indicio claro de que el judicial sigue siendo un conglomerado burocrático al servicio de los requerimientos legaloides del ejecutivo. Ahora ha quedado al frente de la Suprema Corte don Genaro Góngora (por nombre no queda). La tarea de don Ge Ge no es poca cosa: Conferirle al Poder Judicial su verdadera autonomía y dignidad. Ahí se lo encargo mucho..."

habría mayor problema. Pero no siempre es así. Continuemos pues.

II. LO QUE HOY OCURRE EN LA JUSTICIA LOCAL

Siendo el medio judicial altamente competitivo, genera enfrentamientos más allá de las cuestiones litigiosas que subyacen en los expedientes. Los jueces de los Estados tienen a su cargo una amplísima gama de asuntos que atañen a la vida, la libertad, la propiedad, la seguridad de las personas, *pero rara vez pueden decir la última palabra*. Por encima del juez común —órgano del poder judicial de las entidades federativas— se erige *la alta autoridad del juez federal*. Pocas decisiones de la justicia local quedan fuera del control federal, a pesar de la autonomía que nominalmente poseen los Estados de la federación. El juez estatal ordena un desahucio, un embargo de bienes o la aprehensión de un individuo, pero la orden sólo será cumplida si lo permiten los jueces federales. El amparo, instrumento originalmente ideado sólo para proteger garantías individuales, bien puede aniquilar cualquiera de esas órdenes *por simples diferencias de apreciación en cuanto a los elementos jurídicos del caso*. El juez ordinario declara formalmente preso a un individuo, éste acude al juez federal en la vía de amparo, y el auto de formal prisión puede ser invalidado bajo criterios federales, lo que no necesariamente implica que el juez local se haya equivocado, *sino sencillamente que el juez federal piensa distinto de aquél, en términos jurídicos*.

Un tribunal superior de justicia, máxima autoridad judicial de las entidades federativas, al conocer de una apelación ministerial ordena una aprehensión, revocando el auto en que un juez penal la negó, pero un juez federal puede cancelar esa orden, rejuzgando la decisión. Otro tribunal superior condena en apelación a un individuo en nombre del poder judicial del Estado, pero la condena subsistirá sólo si el poder judicial federal la estima correcta bajo criterios propios, que bien pueden ser distintos de los que sustentan los jueces estatales. Insisto: esto no implicará necesariamente un error o un abuso del juez local; bien podría tratarse de una simple apreciación distinta de los aspectos jurídicos del caso.

Estas vicisitudes ocurren en asuntos civiles, penales, mercantiles, cuyo conocimiento original corresponde a los tribunales de los Estados, pero también en toda otra clase de asuntos jurídicos. Los jueces federales se han convertido así, en la autoridad suprema, para bien o para mal. Hoy, a más de un siglo de que fue admitida la garantía de legalidad, y por ende la procedencia del amparo contra toda clase de actos judiciales, bien vale la pena hacer un alto y preguntarnos: ¿es eso lo que más conviene a la salud pública?, ¿se beneficia la justicia con ese estado de cosas? No digo que no; digo que es necesario buscar respuestas. El problema es que los jueces federales *controlan a todo mundo, pero a ellos no hay quien los controle*. Se actualizó entre nosotros la vieja máxima de la teoría del control constitucional: *¿quién custodia al custodio?*

¿Son los jueces federales, superiores jerárquicos de los jueces locales?, ¿es correcto que un juez de distrito, o un tribunal colegiado de circuito, puedan nulificar una resolución del tribunal superior de justicia de un Estado?, ¿se hallan éstos, subordinados a los jueces de la Federación? Contestemos estas preguntas en dos planos: en el plano conceptual no hay subordinación del juez local frente al federal; *se trata de jurisdicciones distintas, autónomas entre sí, subordinadas ambas a la jurisdicción constitucional*. Lo que ocurre es que los jueces federales en nuestro país no son sólo jueces de Derecho federal; son además jueces constitucionales, asumen en sus manos el poder de la Constitución. A través del juicio de amparo, institución de enorme raigambre nacional, hablan en nombre del ordenamiento supremo. Esto, que sólo debiera ser para bien, no siempre lo es. Como todas las cosas grandes e importantes *tiene su lado malo: ha generado el desplazamiento de la justicia local, su innecesariedad, su depreciación, su desaliento: la corrupción del desgano*.

III. EL FEDERALISMO JUDICIAL

El federalismo sigue siendo entre nosotros la cuestión batallona, difícil, que dividió a los mexicanos desde la consumación de nuestra independencia política frente a España. Impugnado por

unos y defendido por otros,⁴ pasó a ser un punto crucial de nuestra organización constitucional. En materia judicial la primera de nuestras constituciones, la de 1824, fue contundente: su artículo 160 dispuso textualmente:

El poder judicial de cada Estado se ejercerá por los tribunales que establezca o designe la Constitución; y todas las causas civiles o criminales que pertenezcan al conocimiento de estos tribunales, serán fenecidas en ellos hasta su última instancia y ejecución de la última sentencia.

Expresada claramente la voluntad constituyente de que los jueces estatales fueran los responsables finales de fallar en definitiva las causas civiles o penales, la realidad centralista del México profundo se fue imponiendo por encima de la norma constitucional. Los poderes centrales crecieron, se fortalecieron y avasallaron a los poderes locales. Echánove Trujillo dice: "...El creciente poderío del gobierno central mexicano tenía que chocar, ha chocado y sigue chocando con el viejo federalismo que legalmente rige, *federalismo que, hoy por hoy, se ha convertido en un fantasma...* Un ex presidente de México, Portes Gil, no tuvo empacho en confesar que el federalismo mexicano no era sino una gran mentira..."⁵

IV. EL INFLUJO CENTRALISTA DEL AMPARO

Nacido el amparo en el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, este documento constitucional que reimplantó el federalismo después de diez años de centralismo constitucional, no autorizó dicha acción federal contra actos judiciales. El amparo procedería únicamente contra los poderes Ejecutivo y Legislativo. *Así nació el amparo*: sería un instrumento para proteger la vida, la libertad, el patrimonio fundamental de las personas, pero no des-

⁴ Fray Servando Teresa de Mier y Miguel Ramos Arizpe fueron cabezas destacadas en el debate entre centralistas y federalistas durante los trabajos que condujeron a la aprobación del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, 1822, primer documento constitucional que implantó el federalismo como forma de organización política.

⁵ ECHÁNOVE TRUJILLO, Carlos A., "Sociología Mexicana", Porrúa, 1972, pág. 279.

plazaría a los jueces ordinarios. Pero con la Constitución de 1857 y el advenimiento de la garantía de legalidad, esa extraña y útil configuración jurídica que condenaron Vallarta, Rabasa y tantos otros,⁶ esta acción defensiva muy pronto cobró prestigio, ensanchó su autoridad, y por ende el poder de sus titulares, los jueces federales. Estos pasaron a ser los únicos protectores de la justicia, los únicos justicieros, los únicos libres, los únicos probos, los únicos confiables, pues a la cabeza tenían directamente a la Suprema Corte de Justicia, heredera de la Real Audiencia de nuestro pasado colonial. El amparo, instrumento que mucho prestigio ha dado a la justicia federal, fue dejando a la justicia local sin autoridad real, en el descrédito, en el desprestigio.

El Constituyente de 1857 ya no tuvo reticencia y admitió que los jueces federales, a través del amparo, se erigieran en revisores de todo acto de autoridad.⁷ Quedó por ahí alguna duda, pero la Suprema Corte se encargó de disiparla cuando en 1869 pronunció la *ejecutoria Miguel Vega vs. Tribunal Superior de Justicia de Sinaloa*.⁸ Ahí quedó fijado que el amparo procedería contra todo

⁶ BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*. Véase la polémica suscitada por la interpretación del adverbio "exactamente" contenido en el artículo 14 de la Constitución de 1857. Esta polémica concluyó con la admisión de la garantía de legalidad, contra la voluntad expresa de Vallarta, jurista y estadista visionario, que muy pronto advirtió el peligro para la soberanía de los Estados. La garantía de legalidad, dijo Vallarta, destruirá la esfera de autoridad que naturalmente corresponde a las entidades federativas en el sistema federal. En un México dominado por los caciques locales, los abogados de la época querían precisamente eso: que los tribunales estatales no tuvieran la última palabra. Minimizarlos y reducir su autoridad fue la consecuencia a largo plazo. Sólo en la Suprema Corte el pueblo depositaba su confianza, decían los defensores de la garantía de legalidad. *Errores constitucionales*, Miguel Mejía, UNAM, 1978.

⁷ El mejor trabajo en torno a la garantía de legalidad y sus inconvenientes, sus incongruencias, sus conflictos esenciales, fue escrito a principios del siglo XX por don Emilio Rabasa, para quien una mala redacción del artículo 14 había dado lugar a un reclamo de justicia que la Suprema Corte sencillamente no tendría capacidad para atender y desahogar. "La imposible tarea de la Corte..." dijo Rabasa en aquel célebre estudio, "El artículo 14". Hoy nos ocupamos muy poco de recuperar las enseñanzas de éste y otros grandes juristas. Mucho bien nos haría recordarlos.

⁸ Miguel Vega, juez de letras en Culiacán, pidió amparo contra un fallo del Tribunal Superior que no sólo revocó una sentencia absolutoria dictada por Vega; además lo destituyó del cargo de juez, y ordenó cancelar su patente para ejercer la profesión de abo-

acto de autoridad, incluyendo las autoridades judiciales de las entidades federativas. *Desoyendo los criterios de Vallarta, unos años después la misma Corte asumió a través del amparo la revisión total de la legalidad jurisdiccional.* En el fondo de los alegatos en apoyo a la garantía de legalidad estaba el predominio, el abuso y la manipulación de gobernadores y caciques sobre los poderes judiciales de los Estados. *El pueblo sólo tiene confianza en la Corte, se decía entonces.* Ella está colocada por encima de los cacicazgos y los atropellos; sólo la Corte y sus jueces imparten justicia limpia, libre de presiones. Estas ideas, que en mucho reflejaban la realidad nacional, tradujeron la necesidad política de transferir cada vez *más autoridad, y por ende más poder* a los jueces federales, en detrimento *de los jueces* de los Estados.

El Constituyente reunido en Querétaro para redactar la Constitución de 1917, trabajó con base en un proyecto de reformas presentado por Carranza, primer jefe del ejército constitucionalista. El barón de Cuatro Ciénegas se refirió a la garantía de legalidad y dijo que ya el pueblo se había acostumbrado a que la Suprema Corte resolviera en definitiva todos sus conflictos jurídicos. Sería "...impolítico..." quitarle al pueblo ese derecho, dijo Carranza en la exposición de motivos del proyecto que presentó a la asamblea.

El federalismo judicial, así, se fue abatiendo paulatinamente hasta quedar extinguido; desapareció sencillamente. La justicia estatal quedó en manos de la justicia federal, quizá para bien bajo aquellas circunstancias históricas. Pero a fines del siglo XX, hoy que el pluralismo es parte de la cotidianidad, se hace necesario revisar, reconsiderar, repensar todo el sistema para decidir si los jueces estatales deben continuar en la precaria condición en que hoy se encuentran. Por supuesto si ellos mismos no lo advierten,

gado. Rechazada la demanda por el juez de distrito de Culiacán, bajo el argumento de que el artículo 8º de la recién estrenada Ley de Amparo de 1869 vedaba dicha acción "...en negocios judiciales..." , Vega acudió en queja a la Suprema Corte. El alto tribunal declaró inconstitucional el citado artículo 8º y ordenó admitir a trámite la demanda. A partir de este fallo no hubo duda: el amparo procedería también contra actos de autoridad judicial. Aunque la Cámara de Diputados intentó enjuiciar a los ministros que aprobaron la ejecutoria, el criterio quedó firme.

si no les duele, las cosas irán de mal en peor para *la justicia, esa dama que tanto da de que hablar, y tan poco se deja alcanzar.*

V. LA CORRUPCIÓN EN LA FAMILIA JUDICIAL

Todos los que ejercemos la profesión jurídica sabemos que la justicia que imparten los Estados se haya inmersa en una gran pobreza, no tanto económica como de orden moral. Y no he de referirme a *la inmoralidad que resulta de la dádiva, de la componenda económica, del dinero entregado clandestinamente para inclinar las resoluciones.* Ésta tiene lugar no sólo en la justicia local, sino ante cualquier autoridad que tenga bajo su cargo asuntos trascendentes, incluyendo desde luego a los tribunales federales.⁹ No me refiero a ésta, sino a otra más grave: la corrupción que *pone en manos de los funcionarios judiciales de los Estados, asuntos no es definitiva, que no puede prevalecer, sino sucumbir ante una jurisdicción distinta, que habla en nombre de valores distintos.*

Si la interpretación y aplicación final de las leyes de los Estados, a pesar de la autonomía de que nominalmente se hayan investidos no está en manos de los jueces estatales, sino de los jueces federales, *aquéllos ineludiblemente son inferiores a éstos,* aunque no sea esa la intención original del Constituyente. Frente a los jueces federales, los estatales son inevitablemente menores, su autoridad se halla disminuida. Son aquéllos quienes en verdad deciden los asuntos de jurisdicción estatal. El centralismo judicial ha dejado a la justicia local en una *capitis deminutio,* en una minoría de edad que ha postrado a los jueces y deteriorado la calidad de la justicia que imparten. Ha generado *la corrupción del desgano.*

⁹ Tráiganse a la memoria las múltiples acusaciones que constantemente se formulan contra jueces federales. Justas unas, injustas otras, lo cierto es que ellos son merecedores de tanta confianza, o tanta desconfianza, como merecería cualquier juez local o cualquiera otro mexicano. Hoy lo federal no significa mayor probidad, ni mayor calidad profesional que lo local. Hoy los méritos tienen que buscarse en las personas; las hay honestas y deshonestas en todos lados. Esa es la naturaleza humana.

Y es que los jueces estatales se saben simples integradores de expedientes judiciales; actúan conscientes de que no tienen la última palabra, que su fallo será una simple opinión, que puede prevalecer o no según decida una instancia superior a la que ellos son totalmente ajenos. Será otra jurisdicción, la federal, quien decida todos los asuntos, aún los meramente locales, los domésticos. Esa jurisdicción pronunciará el fallo final, fijará la jurisprudencia, dirá *el significado real de las leyes locales*. Ellos, los jueces estatales, carecen de autoridad para decir el derecho; se limitan a maquilar expedientes judiciales.¹⁰

En este esquema en que el federalismo judicial desapareció hace muchos años,¹¹ en el momento mismo en que el amparo ensanchó sus controles, ¿por qué y cómo tener una justicia local de alta calidad?, ¿a quién le interesa reforzar las instancias jurisdiccionales de los Estados, si éstos no tienen la fuerza, ni el vigor que para ellos concibió originalmente el creador del federalismo? Cualquier abogado con mediana experiencia sabe que los asuntos que sus clientes le confían, no fenecen, salvo raras excepciones, ante la justicia local sino ante la federal. ¿Cuántas veces hemos pedido al magistrado del tribunal superior, al presidente de una junta de conciliación y arbitraje, al de un tribunal de lo contencioso administrativo, al juez ordinario civil o penal, que acelere su fallo aun sin estudiar minuciosamente el caso? ¿Cuántas veces hemos argumentado ante ellos que de cualquier manera el asunto no será resuelto ahí, sino ante los tribunales federales? Y lo grave es que ese argumento con mucha frecuencia es rigurosamente correcto.

¹⁰ Y esto no lo digo yo. Lo dijeron todos los presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de todos los Estados de la República, reunidos en Querétaro un 10 de noviembre de 1994: "...la justicia local de hecho se ha convertido en maquiladora de la justicia federal..., lo que a su vez ha significado un demérito y menosprecio de los poderes judiciales estatales... la justicia estatal se encuentra relegada, y sus empleados, jueces y magistrados muy mal remunerados, y en un nivel de dependencia". Memoria del XVIII Congreso de Tribunales Superiores de Justicia, 1994, p. 220.

¹¹ "Réquiem por el federalismo", Alfonso Noriega, revista fiscal de la Secretaría de Finanzas del gobierno de Baja California, 1976. En este trabajo, el maestro Noriega dijo que el federalismo "... se encuentra en plena agonía, en el concepto que dio Unamuno: la lucha entre los restos de vida que le quedan, y una muerte segura. Esa es la agonía..."

La poca importancia que nuestro sistema jurídico confiere al juez local, subordinado en todo momento al juez federal, ha hecho que *aquél caiga en el menosprecio público*. En la misma proporción, lo que pierde el juez estatal lo gana el federal. Conscientes o inconscientes de esta lamentable condición, entre los jueces locales impera esa peculiar forma de corrupción implicada en el desdén por la función propia, la ausencia del "...amor a la camiseta..." de que hablan los deportistas enamorados de sus tareas. *Ha generado la corrupción del desgano*. El que se sabe poco importante cuida poco su función. Por eso encontramos en los tribunales tantos funcionarios *interesados más en un cuidar su empleo que su función*, ¿que me equivoqué al revolver? no tienes problema; todavía "...falta lo que digan los dioses ...¡vete al amparo! los dioses dirán la última palabra..." suelen decir muy ufanos los jueces y magistrados estatales. Por eso nos interesamos poco en mejorar la calidad de la justicia que imparten los Estados. ¿No es tiempo acaso, de atender este problema?, ¿no lo merece la justicia local?

VI. EL DESPLAZAMIENTO DE LOS JUECES LOCALES

Refirámonos sólo a dos casos, uno jurisdiccional y otro de carácter orgánico, que palpablemente muestran la invasión total de las facultades de los jueces locales. Primero el jurisdiccional: recordemos aquella añeja jurisprudencia cuyas bondades hemos aprovechado tantas veces los litigantes, cuando se trata de combatir una orden de aprehensión:

Orden de aprehensión, pruebas en el amparo respecto de la. Cuando el amparo se promueve contra una orden de aprehensión, el quejoso puede presentar, ante el juez constitucional, las pruebas que estime pertinentes para demostrar la inconstitucionalidad del acto reclamado, aun cuando no las haya tenido a la vista la autoridad responsable, toda vez que no teniendo conocimiento el inculgado, en la generalidad de los casos, del procedimiento que se sigue en contra, sino al ser detenido, no tiene oportunidad ni defensa, si no es ante el juez que conozca del juicio de garantías. Quinta Época: (Apéndice 1975, Primera Sala, p. 441.)

Olvidando el contenido del artículo 78 de la Ley de Amparo, que ordena a los jueces federales *apreciar el acto reclamado tal como aparezca probado ante la responsable*, esta jurisprudencia autoriza que dentro de un juicio de amparo promovido contra una orden de aprehensión, el juez de distrito reciba todas las pruebas cuya recepción sólo corresponde originalmente al juez de lo penal, que supuestamente tiene bajo su cargo el control del proceso. En estos amparos en la realidad práctica *se ventilan auténticos procesos penales, desplazando la autoridad del juez estatal. Un proceso penal subsumido dentro de un proceso de amparo*. El juez federal asume el control de lo que originalmente sólo corresponde al juez estatal del orden penal. Insisto: *no juzgo la bondad de esta jurisprudencia concebida para proteger la libertad personal*; cuestiono los conflictos de estructura constitucional que genera, el desdén, la falta de consideración hacia el juez estatal; éste giró una orden de aprehensión con los elementos jurídicos que aportó el ministerio público del Estado, pero el juez de amparo será quien resuelva el fondo, sin audiencia del ministerio público, y con vista a material probatorio que el juez estatal ni siquiera llegará a conocer. Un asunto jurídico de naturaleza meramente local, queda totalmente bajo el control federal. El indiciado y su defensor *se arreglan con el juez federal. Al juez estatal ni quien lo recuerde*.

VII. LA INDEFENSIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LOS ESTADOS

Los intereses públicos cuya tutela está confiada al ministerio público de las entidades federativas, también sufren grave indefensión cuando los jueces federales toman control directo de los asuntos locales. Veamos un ejemplo cotidiano: el representante social logra una orden de aprehensión contra un individuo de esos que toman como botín de guerra la hacienda pública. Para defenderse el indiciado suele acudir al amparo federal. En estos casos el ministerio público del Estado queda en total indefensión, pues la ley no le permite intervenir en estos juicios de amparo. *Los intereses públicos bajo su custodia quedan así, sujetos a la buena*

voluntad del juez federal. Ni el ofendido ni el ministerio público acusador tienen ingerencia en estos juicios. ¿Es éste un correcto equilibrio entre jueces federales y locales? ¿Es éste el espíritu original del federalismo? Revisar el sistema es ya indispensable, digo yo.

José Ramón Cossío Díaz, jefe del Departamento de Derecho del ITAM dijo recientemente a Agustín Ambriz, reportero de la revista *Proceso* (núm. 1154, 13-XII-98).

... creo que debe haber un programa de apoyo a la justicia local, porque hace un importante trabajo, pero los jueces y magistrados tienen sueldos muy bajos, presupuestos muy pequeños. Hay un viejo problema: prácticamente todas las decisiones de la justicia local son revisadas por la justicia federal mediante el amparo directo... hay que restringir las modalidades de acceso de las decisiones locales a la justicia federal...

VIII. LOS NUEVOS EXCESOS Y LA NUEVA SUBORDINACIÓN

Examinemos otro caso, éste de carácter orgánico: en varios estados de la República los jueces de amparo han pronunciado fallos que inciden de manera directa, *ya no en actos que atañen a los intereses particulares de las personas, ni en sus garantías o derechos constitucionales como gobernados, sino en la composición de los órganos públicos locales*. El gobernador de Baja California y el Congreso local, verbigracia, intentaron remover de su cargo a un magistrado del Tribunal Superior de Justicia; el magistrado acudió al amparo y los jueces federales evitaron el atropello.¹² El magistrado permaneció en su cargo merced a un fallo de amparo y contra la voluntad expresa de los poderes locales. Al no ser éstos capaces de resolver los conflictos que genera su propia integración orgánica, los jueces federales vienen a poner orden al interior del poder local. Obsérvese: este fallo no guarda relación principal con los intereses privados de una persona, sino con la composición, con la integración orgánica del Tribunal Superior de

¹² Amparo en revisión 249/95, Sergio Peñuelas Romo vs. Congreso del Estado y otra autoridad, negado por el Juez Primero de Distrito con residencia en Mexicali, y finalmente concedido por el Primer Tribunal Colegiado del Décimoquinto Circuito.

Justicia de una entidad federativa. ¿Hasta allá tenían que llegar los alcances del amparo? ¿Procede dicha acción en favor de los funcionarios públicos, *para defender su investidura y su permanencia en el cargo*? No omitiré mi criterio personal: *desde luego no procede el amparo en estos casos*. El amparo sólo tiene por objeto la defensa de los particulares contra las autoridades, pero no existe el amparo en favor de los funcionarios públicos. Entre una autoridad y otra las relaciones jurídicas son de supraordinación y no dan lugar a garantías individuales. Usar el amparo en estos casos es desnaturalizarlo. Pero incrementa el poder de los jueces federales. A ellos no parece desagradarles.

En otros Estados han ocurrido casos parecidos: en Michoacán varios magistrados entraron en conflicto con el gobernador y el Congreso del Estado, que contrariando la Constitución local intentaron removerlos de su función pública. Ellos obtuvieron también un fallo de la Suprema Corte que les permitió seguir en el ejercicio de sus funciones.¹³ Repito: *no juzgo la justicia de los casos; me refiero sólo al desplazamiento de los poderes públicos estatales*. Los jueces federales ya no sólo resuelven los conflictos relacionados con derechos individuales, propios del patrimonio jurídico de los individuos. Hoy sus fallos *inciden en la composición interna de los órganos públicos de los Estados*.¹⁴ ¿Es eso lo que queremos de la justicia federal?, ¿fortalecerá eso nuestro federalismo?, ¿no son capaces los Estados de proveer por sí mismos a la integración de sus órganos?, ¿es necesario, o en su caso conveniente en términos de salud constitucional, que los jueces federales resuelvan los conflictos internos de los poderes públicos locales? Si éstos no son capaces de resolver sus propios conflictos, los que genera su propia integración orgánica, entonces quizá no merezca llamarse poderes. *Es que entonces no pueden*.

¹³ Amparo en revisión, Sala, Suprema Corte de Justicia.

¹⁴ Lejos de mejorar en los Estados la administración de justicia, la imitación extralógica de crear Consejos de la Judicatura no ha hecho sino complicar aún más el panorama. Hoy los jueces estatales piden amparo contra las decisiones disciplinarias, de adscripción, remoción o ratificación que dictan los Consejos de la Judicatura o los Tribunales Superiores. Y ni siquiera en esto se ha encontrado remedio. Los jueces federales están decidiendo problemas internos del poder público estatal.

IX. PERO EL ORDEN FEDERAL SÍ ES CELOSO DE SUS POTESTADES CONSTITUCIONALES

A pesar de una norma constitucional que al menos en apariencia lo prohíbe, la Suprema Corte ordenó a un juez de distrito admitir una demanda de amparo contra actos del Consejo de la Judicatura Federal. Los quejosos: dos funcionarios de un tribunal de circuito, a quienes la ley no concede otro medio de defensa. La reacción de los consejeros fue airada, de reproche al alto tribunal, *reclamando exclusividad en la potestad que al órgano otorga la Constitución*. Melgar Adalid, miembro del Consejo, condenó abiertamente el fallo.¹⁵ José Ramón Cossío, director del Departamento de Derecho del ITAM cuestionó públicamente la decisión;¹⁶ el maestro Burgoa reprochó el fallo a los ministros de la Corte;¹⁷ esto está muy bien porque *implica defensa de las potestades públicas*. Eso ocurre en el orden federal, pero en los Estados la cosa es distinta. Los Consejos de la Judicatura funcionan con grandes limitaciones. Sus decisiones son invalidadas constantemente por los jueces federales, *pues ni siquiera han tenido capacidad para plantear la improcedencia de la acción de amparo en estos casos*. No defienden con vigor, sino con desgano sus potestades públicas. Han quedado sin autoridad para poner orden hacia el interior de su propia casa, el poder judicial del Estado. *También ahí mandan los jueces federales*.¹⁸

¹⁵ "Un acto de fuerza", *Enfoque*, suplemento dominical del periódico *Reforma*, 23 de agosto de 1998.

¹⁶ "Los conflictos en el Poder Judicial", *Enfoque*, suplemento dominical del periódico *Reforma*, 30 de agosto de 1998.

¹⁷ "Afrenta a la Constitución", *Excélsior*, sábado 15 de agosto de 1998.

¹⁸ Al concluir el trienio judicial 1995-1998, más de doce jueces civiles y penales del estado de Baja California pidieron amparo ante los jueces federales. Reclamaron inicialmente al Consejo de la Judicatura del estado, posteriormente al Tribunal Superior de Justicia, el no haber decidido correctamente los procesos de ratificación en sus cargos judiciales. Los jueces de distrito admitieron las demandas, y en el incidente suspensivo ordenaron que los jueces quejosos continuaran en sus cargos, a pesar del vencimiento del plazo para el que habían sido nombrados. A la fecha de este trabajo algunos de ellos ya habían obtenido fallos favorables, unos para que el Tribunal Superior de Justicia abra los procesos de ratificación, otros para que sencillamente ratifique al quejoso en su cargo judicial. La historia de este caso aún está por escribirse.

X. UN NUEVO DESDÉN A LOS JUECES ESTATALES

En 1996 el presidente Zedillo hizo reformar la Constitución una vez más. Como bien se sabe, éste es uno de los deportes más practicados en México por la clase gobernante. Entre otros puntos esta vez fue modificada la garantía de *privacidad en las comunicaciones*. Al facultar al Ministerio Público para intervenir y escuchar *comunicaciones privadas*, el Constituyente Permanente fue muy explícito: *sólo los jueces federales* pueden autorizar que la autoridad investigadora intervenga una comunicación ya epistolar, ya electrónica, ya telefónica. Aun tratándose de delitos del orden estatal, es un juez federal quien decide la solicitud, que sólo puede dirigirle el procurador general de justicia del Estado.

El ministerio público estatal *no puede acudir para ese efecto a un juez de su estado*. Tiene que acudir ante un juez federal, para que decida si autoriza o no la intervención de una comunicación privada, aunque se trate de un asunto estrictamente de carácter local. Insisto: ¿no merecen los jueces estatales esta atribución?, ¿son mejores y más confiables los jueces federales?, ¿actúan en estos casos como jueces constitucionales, y no sólo como jueces federales? vaya usted a saber. Lo único evidente es que la reforma también aquí desdeñó a los jueces locales. Sólo tuvo confianza en los federales.

XI. Y DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL NI HABLEMOS

Y del control de la constitucionalidad es preferible no hablar en este trabajo, pero hagámoslo de pasadita. En esa materia de importancia tan singular para la preservación del orden jurídico nacional, los jueces locales se dejaron arrebatar una facultad que desciende en su favor directamente de la Constitución. Sin objeción por parte del poder judicial de los Estados, sin argumento sólido, sin análisis serio, desde hace muchos años la Corte *decidió que la Constitución no dice lo que dice: que los jueces estatales no pueden, a pesar del artículo 133 Constitucional, resolver conflictos de constitucionalidad*. Éstos son exclusivos de los jueces federales, únicos mayores de edad. Esa alevosa jurisprudencia que

convirtió a la Constitución en *patrimonio exclusivo de los jueces federales*, debe desaparecer al impulso de los jueces estatales, responsables de defender sus potestades públicas. No hay mejor defensa que el uso, el ejercicio de la función, ¿lo veremos pronto en México?¹⁹

Pero el impulso y el aliento recuperador no vendrá del centro del país, de eso podemos estar seguros. Tiene que surgir en la vida académica, en las escuelas y facultades de derecho de los Estados, en los salones de clase, en los buenos cursos de *derecho constitucional estatal* que ya deben impartirse a pesar de la escasa bibliografía existente.²⁰ El impulso tiene que surgir de los jueces estatales, de los tribunales superiores de justicia de las entidades federativas. Difundamos más, para lograrlo, aquellas palabras tan francas, tan lúcidas, que pronunció el señor licenciado Alberto G. Salceda y que nos recuerda constantemente don Genaro Góngora Pimentel, hoy ministro presidente de la Suprema Corte:

... La Corte ha establecido jurisprudencia en el sentido de que sólo el Poder Judicial de la Federación puede dejar de aplicar una ley que estime inconstitucional. Es tan celosa defensora de la Constitución, que les prohíbe a las demás autoridades que cumplan con ella. Tienen que violarla ellas primero, para que luego venga la Suprema Corte a desfacer el entuerto...²¹

XII. UN TALADRO DE LUZ EN MEDIO DE LA OSCURIDAD

Tan sensible es este mal que ya los tribunales estatales han dado algunas muestras de conciencia. No son muchas pero por

¹⁹ SOLORIO RAMÍREZ Daniel, "La Justicia Constitucional y los Jueces de los Estados", *Admón Jus*. revista del Poder Judicial del Estado de Baja California, número 2, diciembre de 1997 y número 3, abril de 1998.

²⁰ En verdad muy poco se ha escrito sobre constitucionalismo local. El maestro Elisur Arteaga Nava es uno de los pocos que lo han hecho. Su obra es verdaderamente pionera y de gran calidad.

²¹ SALCEDA, Alberto G., "La depuración del juicio de amparo", conferencia pronunciada el día 7 de julio de 1960 en el salón de actos del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, y publicada en *El pensamiento jurídico de México en el Derecho constitucional*, Manuel Porrúa, México, 1961, p. 220.

algo se empieza. Reunidos en Querétaro un 10 de noviembre de 1994, todos los magistrados presidentes de Tribunales Superiores de Justicia de toda la República emitieron una declaración inusual, inusitadamente fuerte, que sin embargo no tuvo eco ni ha tenido seguimiento. No despertó polémica a pesar de que involucra un cuestionamiento a la tradición centralista, tan arraigada en las prácticas judiciales mexicanas. La Declaración de Querétaro dijo en uno de sus párrafos:

... En cuanto a la justicia ordinaria local, fieles a la opinión del insigne jurista Emilio Rabasa, propugnamos porque se deje a los tribunales de los estados la última palabra en todos los negocios de su competencia, de manera que, como lo establecía la Constitución de 1824, los negocios de cada estado concluyan ante sus tribunales hasta su última instancia; naturalmente, sin excluir la posibilidad de que esta última sentencia sea combatida por medio del Juicio de Amparo en el caso de que ella suscite una verdadera cuestión constitucional...²²

Esta declaración de los tribunales superiores merece al menos ser oída. Imposible ignorarla. Increíble que haya pasado inadvertida. Inverosímil que parezca olvidada. Por lo menos obliga a preguntarnos: ¿subsisten las condiciones sociopolíticas que hace más de un siglo dieron lugar al amparo que hoy llamamos directo? ¿está justificada hoy la centralización casi total de la justicia? ¿es la justicia federal de mejor calidad, más honesta, menos sujeta a la corrupción que la justicia de los estados?, ¿son los jueces federales más capaces que los estatales?, ¿menos proclives a sufrir presiones?, ¿igual ocurre en todos los estados?, ¿todavía no son capaces los estados de proveer por sí mismos a la impartición de la justicia local?, ¿merecen llamarse "...estados libres y soberanos..." como reza la constitución nacional?, ¿debemos seguir creyendo que son lo mismo justicia constitucional y justicia federal? De la respuesta a estas preguntas debe depender la subsistencia o desaparición del agobiante centralismo judicial que a los estados impuso la justicia federal. *De esas respuestas dependerá que los*

²² Memoria..., *ut supra* 10.

jueces estatales recuperen la dignidad perdida, y se libren de la camisa de fuerza que hoy llevan sobrepuesta. De ahí dependerá que los mexicanos tengamos mayor interés por mejorar la justicia local.²³

XIII. UNA LAMENTABLE CONFUSIÓN EN LOS CONCEPTOS

En el fondo de nuestros esquemas jurisdiccionales subyace una confusión conceptual: hemos asimilado, indebidamente por cierto, lo federal propiamente dicho, con lo constitucional. Perdimos de vista que originalmente *la justicia constitucional es una, y que otras son la federal y la local. El federalismo judicial sólo es posible si se respetan estos principios*. Pero en nuestra vida práctica y nuestras leyes, los jueces federales poseen no sólo la función de ser jueces de derecho federal; son además jueces constitucionales, lo que acumula en sus manos un poder rayano en la desmesura. El mismo juez que en un expediente decide si una persona es o no responsable de un delito federal, en otro juzga si un colega suyo, federal o local, incurrió en violaciones a la Constitución. Esta doble jurisdicción ha creado *jueces federales extremadamente poderosos, frente a jueces estatales verdaderamente disminuidos*.

Si logramos retomar el sentido original del federalismo, quizá lleguemos a la conclusión de que tanto la jurisdicción federal

²³ También en Nayarit se cuecen habas: por acuerdo del Pleno del Tribunal Superior de Justicia, durante el periodo del 30 de julio al 1º de noviembre de 1996, los jueces nayaritas no recibieron demandas mercantiles. Reclamaron a la federación que siendo federal dicha materia, en la práctica es atendida exclusivamente por los jueces estatales, recargando el trabajo del Poder Judicial del Estado, cuyos recursos económicos son limitados. Exigieron de la federación recursos financieros adicionales, o que en su caso también los jueces de distrito con residencia en Nayarit, estuvieran dispuestos a recibir demandas mercantiles porque son ellos los originalmente competentes, pues los jueces locales tienen competencia concurrente en términos del artículo 104 Constitucional. El conflicto sólo terminó después de una gran polémica suscitada en dos Reuniones Nacionales de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia. El Presidente Zedillo ofreció otorgar apoyos financieros extraordinarios a la justicia local, y el pleno del TSJ de Nayarit levantó su acuerdo de no recibir juicios mercantiles. Los poderes judiciales de los Estados parecen levantar la testa. (Agradezco esta información al señor licenciado José Luis García Basulto, magistrado presidente del Tribunal Nayarita).

como la local deben retomar el lugar que les corresponde, y operar convenientemente separadas. Quizá concluyamos en la necesidad de crear una verdadera *jurisdicción constitucional, por encima de la federal y la local, como ocurre en otros países*. Una jurisdicción que cultive criterios estrictamente constitucionales, con respeto absoluto a las jurisdicciones ordinarias, federal y local.

Finalmente, sólo pediré que este trabajo sea leído *bajo la óptica de la estructura constitucional que queremos para el México del siglo venidero*. En nada involucra las relaciones personales entre abogados, jueces locales, profesores universitarios, jueces federales, que generalmente son espléndidas.

XIII. UNA PRECISIÓN PERSONAL

Resultará extraño que yo, un profesor de derecho de amparo, hable mal del amparo, pues en este país sólo escuchamos elogios a tan venerable institución. Por eso debo precisar: *este trabajo no intenta hablar mal del amparo, institución legendaria y sólida, cuyas glorias y virtudes sería necio negar*. Sólo pretende destacar los vicios en que hemos incurrido los mexicanos, avasallados por las fuerzas del centralismo que otrora para bien, hoy quizá para mal, ha tenido asiento en nuestro país. Convencido como estoy de que los jueces estatales son mejores de lo que se cree, espero ser leído y censurado por ellos, y desde luego por los jueces federales. Los abogados "...de provincia..." como suele decirse en los círculos capitalinos, tenemos que lograr que el derecho local alcance la categoría y la fuerza que hoy no tiene. Un día podremos alcanzar en los Estados de la república *la mayoría de que hoy carecemos*. Las facultades de derecho y los jueces estatales debemos empujar. *Censurar las ideas y los métodos para respetar a las personas. Así sea.*

EL DELITO Y LA SANCIÓN LEGISLACIÓN PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL (1872-1910)

Elisa SPECKMAN GUERRA*

SUMARIO: I. *El delito y el delincuente*. II. *La sanción*. III. *La libertad*. IV. *Los tribunales y sus agentes*. V. *Las garantías del acusado*. VI. *Los recursos*. VII. *La ejecución de las penas*. VIII. *La memoria: disposiciones en torno al archivo judicial*.

En este trabajo se exponen los resultados de una tarea de localización de la legislación criminal expedida a partir del año de 1872, fecha en que entró en vigencia el primer código penal y hasta el estallido del movimiento revolucionario.

En la búsqueda se contemplaron tanto la legislación federal como las leyes válidas para el Distrito Federal. Se revisaron cuerpos legales: la *Constitución* (expedida en 1857), el Código Penal (redactado en 1871 y que entró en vigor al año siguiente), y los Códigos de Procedimientos Penales (el primero data de 1880 y el segundo de 1894). Además de reglamentos, decretos, leyes, circulares y comunicaciones. Se incluyeron también los proyectos o las propuestas de reformas a los cuerpos legales que derivaron en cambios a la legislación.

Los reglamentos, decretos, leyes, circulares, comunicaciones, informes o proyectos, se encuentran dispersos. Algunas de estas medidas se editaron en forma de folletos, que pueden localizarse en la Biblioteca Nacional, la Escuela Libre de Derecho, el ramo Gobernación-Folletería del Archivo General de la Nación, o la colección Nettie Lee Benson de la Universidad de Texas en Austin. Otras fueron publicadas en revistas jurídicas, como el *Anuario*

* Instituto de Investigaciones Históricas.

de *Legislación y Jurisprudencia* o *El Foro*. Otras se conservan en las memorias presentadas por los ministros de justicia o por el gobierno del Distrito Federal. Por último, algunas forman parte de colecciones de leyes recopiladas en la época, entre las que destacan la *Legislación mexicana*, compilada primero por Manuel Dublán y José María Lozano y más tarde por Agustín Verdugo; o los volúmenes de Miguel Macedo o de Nicolás Islas y Bustamante. Asimismo, existe una selección mucho más reciente, a cargo de José Barragán Barragán.

El contenido de los cuerpos legales, así como del resto de las medidas, se organizaron en torno a los siguientes conceptos:

- I. *El delito y el delincuente:* La concepción del delito, la responsabilidad criminal y sus circunstancias agravantes o atenuantes, la responsabilidad civil.
- II. *La sanción:* Las penas, su aplicación, la retención, la sustitución y la conmutación.
- III. *La libertad:* La prescripción de la pena, el indulto, la libertad provisional, preparatoria y absoluta.
- IV. *Los tribunales:* La acción derivada de la responsabilidad civil, la acción penal, organización y competencia de los tribunales, elementos del procedimiento penal, el juicio por jurado, la policía judicial.
- V. *Las garantías del acusado:* Las garantías y el derecho de defensa.
- VI. *Los recursos:* La apelación y la casación.

- VI. *La víctima:* Procedimientos policiales y judiciales en torno al ofendido.
- VII. *La ejecución de las penas:* La pena capital, los establecimientos penitenciarios, la Junta Protectora de Presos, la Junta de Vigilancia de Cárceles.
- VIII. *La memoria:* Disposiciones en torno al archivo judicial.
- Anexo. *Los cambios:* Proyectos de ley o propuestas de reformas a los cuerpos legales, reformas al código penal y al código de procedimientos penales.

Así, agrupadas en conceptos, ofrecemos una síntesis de los artículos o las medidas expedidas en la época y localizadas en esta tarea de revisión. El resumen va acompañado por la referencia a la fuente. En el caso de los cuerpos legales, se indica el libro, título, capítulo y artículo. Cuando se trata de reglamentos, decretos, leyes, circulares o comunicaciones; se incluye la referencia al folleto o bien, si las medidas fueron publicadas en ediciones hemerográficas o bibliográficas, la referencia a la edición. En los casos en que las leyes puedan localizarse en más de una fuente, las referencias se enlistan en orden alfabético.

I. EL DELITO Y EL DELINCUENTE

A) *La definición del delito*

— Código Penal de 1871.

El delito se define como la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que ella manda.

(Código penal de 1871, Libro primero, Título primero, Capítulo I, Art. 4).

— Código de procedimientos penales de 1880 y de 1894.

La facultad de declarar que un hecho es o no delito corresponde exclusivamente a los Tribunales.

(Código de procedimientos penales de 1880 y de 1894, Título preliminar, Art. 1).

B) La responsabilidad criminal

— Código Penal de 1871.

Siempre que a un acusado se le pruebe que violó una ley penal se presume que obró con dolo.

(Código penal de 1871, Libro primero, Título primero, Capítulo I, Art. 9).

Toda infracción voluntaria de una ley penal, produce responsabilidad criminal.

(Código penal de 1871, Libro primero, Título segundo, Capítulo II, Art. 32).

La responsabilidad penal no pasa de la persona y de sus bienes.

(Código penal de 1871, Libro primero, Título segundo, Capítulo II, Art. 33).

Se establecen dos grados de responsabilidad, marcando una diferencia entre delito intencional y delito de culpa. El delito intencional es el que se comete con conocimiento de que el hecho o la omisión son punibles.

Se considera delito de culpa:

a) Cuando se ejecuta un hecho o se incurre en una omisión que aunque lícitos en sí no lo son por las consecuencias que producen. El delito de culpa se castiga cuando el acusado no evita las consecuencias punibles por imprevisión, por negligencia, por falta de cuidado, por no hacer las investigaciones convenientes, por no tomar las precauciones necesarias o por impericia en un arte o una ciencia cuyo conocimiento es necesario para que el hecho no produzca daño alguno.

b) Cuando no se procura impedir un delito si es de los que se castiga de oficio; cuando, en el caso de ser requerido por la justicia, no se presta auxilio para la averiguación de un delito o la persecución de un criminal; cuando se hace algo que impida o dificulte la averiguación de un delito (con excepción de familiares cerca-

nos, cónyuges, ascendientes, descendientes o personas ligadas por respeto, gratitud y amistad).

c) Cuando se trata de un hecho que es punible únicamente por las circunstancias en que se ejecuta si el culpable las ignora.

d) Cuando el acusado infringe una ley hallándose en estado de ebriedad completa, si tiene hábito de embriagarse o ha cometido anteriormente alguna infracción punible en estado de embriaguez.

e) Cuando hay exceso en defensa legítima.

f) Cuando el acusado actuó en defensa de su persona, honor o bienes pero el daño que se le iba a causar era poco grave y fácilmente reparable.

(Código penal de 1871, Libro primero, Título primero, Capítulo I, Art. 11).

En los delitos intencionales se distinguen cuatro grados: conato, delito intentado, delito frustrado y delito consumado.

(Código penal de 1871, Libro primero, Título primero, Capítulo II, Art. 18).

Algunas causas eximen de responsabilidad criminal:

a) Violar una ley hallándose el acusado en estado de enajenación mental que impida conocer la ilicitud del hecho u omisión.

b) Violar una ley en estado de locura intermitente.

c) Violar una ley en estado de embriaguez completa que priva enteramente de la razón, siempre y cuando la embriaguez no sea habitual ni el acusado haya cometido antes una infracción estando ebrio.

d) Violar una ley en estado de decrepitud cuando a causa de ella se pierde enteramente la razón.

e) Contar con menos de nueve años de edad.

f) Contar con más de nueve años de edad pero menos de catorce y haber obrado sin tener el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del hecho u omisión.

g) Ser sordomudo de nacimiento o desde antes de los cinco años y haber obrado sin tener el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del hecho u omisión.

h) Violar una ley obrando en defensa de la persona, del honor o de los bienes propios o de otro individuo (si el ofensor no provocó la agresión, si no pudo haber evitado el daño de otra forma,

o si pudo saber que el daño que se le iba a causar era de poca importancia o fácilmente reparable).

i) Quebrantar la ley penal violentado por una fuerza física irresistible o por una fuerza moral que produce al infractor temor infundado e irresistible hacia un mal inminente y grave en su persona.

j) Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna.

k) Obrar en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, empleo o cargo público.

l) Obrar obedeciendo las instrucciones de un superior legítimo.

m) Dejar de hacer lo que manda una ley penal por impedimento legítimo e insuperable.

(Código penal de 1871, Libro primero, Título segundo, Capítulo II, Art. 34).

Por otro lado, en todo crimen se considera la existencia de circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes de la responsabilidad penal. Las primeras disminuyen la criminalidad de los delitos y por consiguiente la pena. Por el contrario, las segundas aumentan criminalidad y penalidad.

Las circunstancias agravantes y atenuantes se dividen en cuatro, según su menor o mayor influencia en la responsabilidad.

Su valor es el siguiente:

— Las más importantes son las de cuarta clase, que equivalen a la unidad.

— Siguen las de tercera clase, que contabilizan como la mitad. Es decir, dos circunstancias de tercera clase equivalen a una de cuarta clase.

— Las de segunda clase se contabilizan como un tercio, tres de ellas equivalen a una de cuarta clase.

— Por último, cuatro de primera clase se contabilizan como una unidad.

Circunstancias atenuantes:

a) Atenuantes de primera clase:

— Haber tenido anteriormente buenas costumbres.

— Delinquir en estado de ceguera y arrebatado.

— Delinquir excitado por una situación favorable si es verdaderamente fortuita.

— Confesar el delito antes de que la averiguación esté concluida.

b) Atenuantes de segunda clase:

— Presentarse voluntariamente a la autoridad haciendo confesión espontánea del delito.

— Cometer el delito excitado por hechos del ofendido.

— El temor reverencial en el caso de los delitos leves.

c) Atenuantes de tercera clase:

— Delinquir en estado de embriaguez incompleta.

— Dejar de hacer lo que manda la ley penal por un impedimento difícil de superar.

— Haber reparado el daño espontáneamente.

d) Atenuantes de cuarta clase:

— Infringir la ley en estado de enajenación mental pero conservando la libertad y discernimiento.

— Ser decrepito, menor o sordomudo si ello aminora la capacidad de discernimiento.

— Actuar en defensa legítima, pero si el daño pudo haberse evitado por otros medios.

— Infringir la ley violentado por una fuerza física o moral difícil de superar.

— Obrar creyendo, con error fundado en algún motivo racional, que se hacía en ejercicio legítimo de un derecho o en cumplimiento de un deber.

— Ser tan ignorante y rudo que no se tenga el discernimiento necesario para conocer la ilicitud del acto.

— Proceder ante una provocación o amenaza grave por parte del ofendido.

— Cometer el delito en estado de ceguera y arrebatado, producidos por hechos del ofendido contra el delincuente, sus familiares o personas con quien lo ligen vínculos de gratitud, estrecha amistad o grande afecto lícito.

— Haberse propuesto hacer un mal menor al causado.

Circunstancias agravantes:

a) Agravantes de primera clase:

— Haber faltado a la consideración debida al ofendido por su avanzada edad o por su sexo.

— Cometer el delito por la noche o en paraje solitario.

— Emplear astucia o disfraz.

— Hacer uso de armas prohibidas.

— Aprovechar algún cargo de confianza otorgado por el ofendido.

— Ser persona instruida.

— Haber tenido anteriormente malas costumbres.

— Haber cometido antes otros delitos.

— Ser ministro o sacerdote de cualquier religión o secta.

— Parentesco de consanguinidad en cuarto grado de línea colateral entre delincuente y ofendido.

b) Agravantes de segunda clase:

— Emplear engaño.

— Cometer el delito en la casa del ofendido.

— Delinquir en un cementerio o en un templo.

— Faltar a la verdad declarando circunstancias o hechos falsos a fin de engañar a la justicia y dificultar la averiguación.

— Parentesco de consanguinidad en tercer grado de línea colateral entre delincuente y ofendido.

c) Agravantes de tercera clase:

— Cometer el delito faltando a la consideración que se debe al ofendido por su dignidad o por gratitud.

— Delinquir el reo cumpliendo una condena.

— Cometer el delito en un teatro o cualquier otro sitio de reunión pública, en un templo, en un cementerio o durante un acto religioso.

— Cometer el delito en medio de un tumulto, movimiento de sedición popular o calamidad natural, aprovechándose del desorden o de la consternación general.

— Aprovecharse de la inexperiencia, ignorancia, miseria o desvalimiento del ofendido.

— Cometer el delito contra un preso u otra persona que se halle bajo protección de la autoridad pública.

— Ser frecuente en el territorio el delito cometido.

— Parentesco de consanguinidad en segundo grado de línea colateral y el de afinidad en línea directa entre el delincuente y el ofendido.

d) Agravantes de cuarta clase:

— Cometer el delito por una retribución dada o prometida.

— Ejecutarlo por medio de incendio, inundación o veneno u otros medios que arguyan crueldad o rencor.

— Cometerlo auxiliado por cómplices o tener gente prevenida para procurarse la impunidad.

— Abuso grave de confianza.

— Inducir a un hijo a cometer un delito.

— Delinquir en un lugar en que la autoridad se halle ejerciendo sus funciones.

— Causar a la sociedad grande alarma, escándalo, desorden o poner en peligro su tranquilidad.

— Calumniar a personas inocentes para hacerlas aparecer como autores o cómplices del delito.

— Cometer el delito ejerciendo violencia física o moral contra el ofendido.

— Ser ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima.

(Código penal de 1871, Libro primero, Título segundo, Capítulos III-V, Arts. 35-47).

C) La responsabilidad civil

Código penal de 1871.

La responsabilidad civil, proveniente de un hecho u omisión contrarios a una ley penal, consiste en la obligación de hacer la restitución, reparación, indemnización y pago de los gastos judiciales.

— Restitución: obligación de devolver la cosa usurpada y sus frutos.

— Reparación: obligación de pagar los daños causados al ofendido, a su familia o a un tercero.

— Indemnización: pago de los perjuicios ocasionados o de lo que el ofendido deja de lucrar como consecuencia inmediata y directa del delito.

— Pago de gastos judiciales.

(Código penal de 1871, Libro Segundo, Capítulo I, Art. 301).

II. LA SANCIÓN

A) Las penas

— Constitución de 1857.

Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales (art. 22).

Se contemplan:

a) Pena corporal o prisión:

Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil (art. 17).

Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios o de cualquiera otra ministración de dinero (art. 18).

Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. El solo lapso de este término constituye en responsables a la autoridad que la ordena o consiente y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecutan. Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiere sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades (art. 19).

b) Pena de muerte:

Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario. En el fuero común queda restringida a los siguientes casos: incendiario, parricida, homicidio calificado (art. 23).

(Constitución de 1857, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre).

— Código penal de 1871.

Quedan abolidas las penas de presidio y de obras públicas. No se podrá obligar al delincuente a desempeñar ningún trabajo fuera de la prisión.

Las penas que puede recibir un delito son las siguientes:

a) Extrañamiento: manifestación que la autoridad judicial hace al reo del desagrado con que ha visto su conducta, designando el hecho o hechos por que se le reprende y amonestándolo para que no vuelva a incurrir en dicha falta.

b) Apercibimiento: extrañamiento acompañado de la conminación de aplicar al apercibido otra falta si reincidiera en la falta que se le reprende.

c) Multa: si el multado no quisiera pagar en numerario lo podía hacer encargándose de algún trabajo útil a la administración pública.

d) Arresto menor: de tres a treinta días, en departamento separado o establecimiento distinto de las penas de prisión.

e) Arresto mayor: de uno a once meses, en departamento separado o establecimiento distinto de las penas de prisión.

f) Reclusión en establecimiento de corrección penal: en un establecimiento de corrección destinado a los jóvenes de entre nueve y dieciocho años que hubieran delinquido con discernimiento.

g) Prisión ordinaria.

h) Prisión extraordinaria: es la pena máxima en sustitución a la pena de muerte.

i) Muerte: esta pena no puede aplicarse a mujeres y varones mayores de 70 años.

j) Suspensión de algún derecho civil, de familia o político.

k) Inhabilitación para ejercer algún derecho civil, de familia o político.

l) Suspensión de empleo o cargo.

m) Inhabilitación para obtener determinados o todo tipo de cargos u honores.

n) Suspensión o inhabilitación en el ejercicio de una profesión.

Medidas preventivas:

a) Reclusión preventiva en establecimiento de educación correccional: para los menores de nueve años o menores de catorce que hubieran delinquido sin discernimiento.

- b) Reclusión preventiva en escuela de sordomudos o en un hospital.
- c) Caución de no ofender: protesta formal exigida al acusado de no cometer el delito que se proponía.
- d) Protesta de buena conducta: se exigirá a toda persona cuyos malos antecedentes hagan temer que se proponga cometer un delito determinado.
- e) Amonestación: advertencia paternal que el juez dirige al acusado haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, excitándolo a la enmienda y conminándolo a que se le impondrá un castigo mayor si reincidiere.
- f) Sujeción a la vigilancia de una autoridad política.
- g) Prohibición de residir o visitar un determinado lugar.
- (*Código penal de 1871*, Libro primero, Título cuarto, Capítulos I-XII, Arts. 106-179).

— Proyecto de ley redactado por Antonio Medina y Ormachea en torno a la creación de colonias penitenciarias para rateros.

Antonio Medina y Ormachea publicó un escrito en torno al proyecto de “las colonias de rateros”, colonias agrícolas que recibirían a los reos por robo. El proyecto se propuso para disminuir la frecuencia del delito.

El autor considera que el objeto de la sanción es castigar al delincuente, ponerlo en la imposibilidad de dañar y proporcionarle los medios para rehabilitarse. A partir de esta base analiza la pertinencia de las colonias penales.

Expone los argumentos que se esgrimían para apoyar el proyecto:

- Excelencia del trabajo agrícola para inculcar en el preso sentimientos honrados.
- Liberar al país de los malhechores en una forma humanitaria.
- Considerando la imposibilidad de aplicar penas perpetuas en la prisión celular, las colonias penales se presentaban como el único sitio capaz de albergar a los reos condenados a perpetuidad.

Argumentos en contra:

- Se admitía como un sistema eficaz para los condenados a prisión perpetua, pero no para los sentenciados a condenas temporales, pues se creía les sería perjudicial convivir entre criminales. Para demostrar esta inconveniencia se esgrimían dos puntos. El

reo deportado rompería los lazos con la sociedad y la familia, lo que lo volvería todavía más peligroso. Además, al regresar a la ciudad no podría dedicarse al trabajo agrícola y no habría sido adiestrado en un oficio útil.

Antonio Medina y Ormachea concluye que en México no era aplicable ni adecuado el establecimiento de colonias penales para rateros. Propone que los rateros extinguieran su condena en campamentos de trabajo destinados a la compostura de caminos u otras obras públicas. Los campamentos debían instalarse fuera de los centros de población y los reos no debían tener contacto alguno con la población libre.

(MEDINA Y ORMACHEA, 1881, también en *Memoria*, 1899, Documento número 67, Número nueve, pp. 142-159).

— Proyecto de ley redactado por Querido Moheno en torno a la creación de las colonias penales.

Se le había solicitado una propuesta que se dirigiera a los “rateros”, pero el autor consideró pertinente extenderla a “las gentes de mala vida” (rufianes, prostitutas, escandalosos, vagos, encubridores de oficio, mendigos, robachicos, alcohólicos consuetudinarios y escandalosos), pues sostiene que “la mala vida” es “proveedora” y “renovadora” incansable del mundo delincuente.

Para que esta ley se aceptara debía reformarse la Constitución de 1857, que no aceptaba la pena de “transportación”.

Justificación de la medida:

— Los ebrios habituales escandalosos causan a su stirpe “graves degeneraciones anatómicas, funcionales y síquicas”, por lo que no sólo es un mal presente, sino una amenaza para el porvenir.

— El holgazán reincidente es un “criminal en embrión”.

— Las prostitutas son también criminales en potencia, pues “la alianza entre el vicio y el delito es un hecho universal” y además, la presencia de estas mujeres en las colonias penitenciarias evitaría que sus habitantes cayeran en las “peores abominaciones”.

— Los mendigos que empleaban a niños y los robachicos, en consideración a la gravedad de su delito.

Proyecto:

— Se establece la pena de transportación a colonias penales para los “rateros”.

— Como medida preventiva también para los ebrios consuetudinarios escandalosos condenados por cuatro o más infracciones cometidas en estado de ebriedad, los vagos condenados por una o más infracciones, las prostitutas que hubieran cometido cuatro o más infracciones, individuos que sin encontrarse inválidos ejercieran la mendicidad cuando hubieran sido condenados por dos o más infracciones o los que se valieran de niños menores, los reincidentes de encubrimiento.

Una ley especial establecería en qué casos y bajo qué condiciones podrá el Ejecutivo proceder preventivamente contra las personas cuya mala conducta pública favorezca directamente el incremento de los delitos del orden común.

— En ningún caso serán transportados los menores de quince años o mayores de sesenta, ni los inválidos, tampoco los individuos que den fianza competente de abandonar la inclinación viciosa o la simple protesta en el caso de las mujeres solas que fueran sostén de su familia.

— La transportación no podrá exceder de cinco años.

— Los transportados en virtud de sentencia judicial, una vez extinguida su condena permanecerán en la colonia en calidad de libres por un plazo menor al doble del tiempo impuesto como pena. (De lo contrario, dado que el proyecto se dirige a los delinquentes menores, el periodo que los reos pasarían en las colonias sería mínimo).

— La transportación será pronunciada por los tribunales competentes en el caso de los rateros y por los jefes políticos o el gobernador del Distrito Federal en el resto de los casos.

— Cuando el transportado sea el sostén de su esposa, ascendientes o descendientes, si el culpable y sus familiares lo desean, podrán acompañarlo a la colonia penal.

(MOHENO, 1906).

— Adiciones al Código Penal para el Distrito y territorios federales. Junio 20 de 1908.

Se establece la pena de relegación en colonias penales establecidas en islas o en lugares de difícil acceso. La pena de relegación se entiende impuesta con calidad de retención por una mitad más de tiempo. Se permite que en las colonias penales continúen resi-

diendo los reos que hayan extinguido su condena y que se establezcan en ellas las familias de los mismos y otras personas libres. La pena de relegación se aplicará en sustitución de la de arresto mayor y reclusión en establecimientos de corrección penal o prisión que no excedan de dos años: cuando la condena sea por robo, vagancia, mendicidad o fábrica o circulación de moneda falsa; para reos reincidentes si hay motivo para creer que para su enmienda es necesario que cambie de medio y de género de vida.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 621-622, en *Memoria*, 1910, documento número 68, pp. 245-246)

B) La aplicación de la sanción

— Constitución de 1857.

No se podrá aplicar ninguna ley reatroactiva. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley. (Art. 14).

La aplicación de las penas es exclusiva de la autoridad judicial. (Art. 21).

(*Constitución de 1857*, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre).

— Código penal de 1871.

Corresponde exclusivamente a la autoridad judicial la aplicación de las penas.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título quinto, Capítulo I, Art. 180).

Toda pena temporal tiene tres términos: mínimo, medio y máximo. Dentro de esos términos el juez podrá aplicar la pena que estime justa. El medio es el que señala la ley a cada delito. El *minimum* se forma rebajando una tercera parte y el *maximum* aumentándola.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título tercero, Capítulo I, Arts. 66 al 69).

En las multas no hay término medio.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título tercero, Capítulo I, Art. 70).

Si la multa es de cantidad fija e invariable se impondrá ésta en todo caso, pero si la ley señala un *maximum* y un *minimum*, el

juez la fijará teniendo en consideración tanto las circunstancias del delito como las facultades pecuniarias del culpable, su posición social y el número de personas que compongan su familia.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título cuarto, Capítulo III, Art. 115).

Los jueces no podrán aumentar las penas más allá del *maximum* o reducirlas por debajo del *minimum*, ni añadir circunstancias si no es en los términos en que las leyes lo previenen. (Art. 181).

Tampoco podrán imponer por analogía penas no contempladas por una ley exactamente aplicada al delito. (Art. 182).

No se estimará vigente ninguna ley que no se haya aplicado en los últimos diez años. (Art. 183).

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título quinto, Capítulo I).

Cuando se presentan atenuantes o agravantes:

— En el caso de que se presenten exclusivamente circunstancias atenuantes, la pena debe aplicarse entre el *minimum* y la media.

— En el caso de que se presenten exclusivamente circunstancias agravantes, la pena debe aplicarse entre la media y el *maximum*.

— Si se presentaran ambas, las circunstancias deben contabilizarse según su valor, si numéricamente las circunstancias atenuantes rebasan a las agravantes, la pena debe ir entre el *minimum* y la media. De lo contrario, si predominaran las agravantes, la pena debe ir entre la media y el *maximum*.

— Cuando concurren circunstancias atenuantes y agravantes de igual valor, se debe imponer la pena media.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título quinto, Capítulo VII, Arts. 229-236).

Circunstancias especiales:

— Los delitos de culpa reciben una pena menor que los delitos intencionales. Por ejemplo, el homicidio intencional se castiga con pena de muerte y el homicidio por culpa grave con dos años de prisión. En cualquier otro caso, se castigará el delito de culpa grave con la pena de ocho meses de arresto o dos años de prisión.

— Lo mismo sucede con los delitos intencionales no consumados. Por ejemplo, el conato se castiga con la quinta parte de la pena que merecería el delito consumado.

— Los cómplices de un delito son castigados con la mitad de la pena.

— Los mayores de nueve años pero menores de catorce reciben entre la tercera parte y la mitad de la condena.

— Los sordomudos entre la tercera parte y la mitad de la condena.

— La reincidencia puede aumentar la sanción hasta en una sexta parte.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título quinto, Capítulos II-VI)

— Propuesta de reformas al código penal, redactadas por una comisión especial

En cuanto a los delitos de culpa graves, se propone un castigo entre ocho días de arresto o dos años de prisión. (Antes ocho meses de arresto o dos años de prisión).

(*Proyecto de penitenciaría*, 1885).

— Código de procedimientos penales de 1894.

Corresponde a la autoridad administrativa la aplicación de las penas por infracción de las leyes. Sólo pueden imponer penas los funcionarios o autoridades quienes la ley, bando o reglamento, les diese expresamente facultad.

Sólo pueden imponerse a los acusados las penas que señalen los bandos o reglamentos de policía y el código penal.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro primero, Título II, Capítulo II, Art. 30).

C) Reformas al Código Penal relacionadas con la medida de las penas

Ley que reformó los artículos 199, 376, 380, 384, 386, 387, 395, 407, 527, 552 y 553. Abril 30 de 1881.

— Se aumentaron las penas relativas al delito de robo.

— Se fijaron tres años de prisión cuando la víctima de lesiones simples perdía la facultad de oír, quedaba débil de una mano o pie o le quedaba una cicatriz perpetua.

— Se fijaron penas para el homicidio ejecutado en riña.

— Se impuso la pena capital a los plagarios que por tormento o cualquier otro medio causaren la muerte del plagiado.

(En *El Foro*).

Ley que reformó los artículos 46, 199, 376, 380, 407, 527, 528, 552, 553, 816, 819 y 912. Mayo 26 de 1884.

— Se aumentó la penalidad al delito de robo. Además, en casi todas sus prescripciones se fijaron dos términos de penalidad para ensanchar el arbitrio judicial, considerando la variada naturaleza del delito y con el fin de poner a la pena en la relación debida al sufrimiento.

— En lo tocante al delito de lesiones, se estableció que las producidas en riña se castigarían con las dos terceras partes que la pena media contemplada para el delito de lesiones, si las provocaba el agresor, y con la mitad si eran responsabilidad del agredido.

— Se reformaron las penas relativas a los atentados contra funcionarios públicos. Para los ultrajes al presidente de la República la pena de cuatro años se sustituyó por un periodo de dos a cuatro años. Para los ultrajes a legisladores, magistrados, jueces o gobernadores, la pena de tres años se reemplazó por un periodo de uno a tres años.

— Respecto al adulterio, se contempló la posibilidad de que ambos culpables estuviesen casados (antes sólo considerado como agravante).

(En *Código penal de 1871*, 1910, pp. 505-514).

— Propuesta de reformas al código penal, redactadas por una comisión especial.

Propone modificar las penas contempladas para el delito de robo, incendio, lesiones, estupro, raptó. Se propone que debía castigarse el simple hecho de presentarse en estado de embriaguez en un lugar público o privado que pudiera ser visto por el público.

(*Proyecto de penitenciaría*, 1885).

— Circular de la Secretaría de Justicia. Mayo 22 de 1894.

Con el objeto de reducir la frecuencia del delito de robo se aumentó su penalidad.

(En *Memoria*, 1899, Documento número 44, p. 108).

— Secretaría de Justicia, proyecto de ley. Abril 17 de 1894.

Considerando que el robo alcanzaba “proporciones alarmantes” y en consecuencia, que las penas con que se castigaba dicho delito se revelaban como ineficaces para prevenirlo de manera ejemplar,

se propuso una nueva reforma del artículo 376 del Código Penal, ya modificado en mayo de 1884. Se deseaba aumentar gradualmente la penalidad aplicada al robo.

(En *Memoria*, 1899, Documento número 61, pp. 126-127).

— Decreto del Congreso de la Unión. Mayo 22 de 1894.

Se reformó el código penal con el fin de aumentar la duración de las penas relativas al delito de robo. Por ejemplo, para un robo de hasta 50 pesos, en 1871 se asignaba una pena máxima de un mes. A raíz del decreto de mayo de 1884 se le fijó un máximo de tres meses y con la nueva reforma el límite se extendió hasta cinco meses.

(En *Código penal de 1871*, 1910, pp. 515-516 y en *Memoria*, 1899, Documento número 62, pp. 127-128).

— Decreto del Congreso de la Unión. Mayo 22 de 1894.

En los casos de robo, con el objeto de abreviar el procedimiento y que la pena siguiera inmediatamente al hecho punible, se decretó que los jueces deberían proceder sin necesidad de formal sustanciación. La sentencia debía pronunciarse dentro de los ocho días siguientes a que el delincuente hubiera sido consignado a la autoridad competente. (Casos previstos por la fracción primera del artículo 376 del Código Penal).

(En *Código penal de 1871*, 1910, pp. 515-516 y en *Memoria*, 1899, Documento número 67-2, p. 136).

— Resolución del Presidente de la República. Junio 19 de 1894.

El presidente pidió al Procurador de Justicia informara mensualmente a la Secretaría de Justicia sobre los robos para así verificar el efecto de la ley del 22 de mayo del mismo año.

(En *Memoria*, 1899, Documento número 65, p. 130).

— Informe al Secretario de Justicia. Junio 24 de 1895.

Los licenciados Antonio Medina y Ormachea, Rafael Rebollar, Fernando Gómez Puente, Pedro Miranda y José Agustín Borges realizaron un estudio sobre las acciones convenientes para disminuir la frecuencia del delito de robo.

Propusieron una serie de medidas:

— Aplicación de la ley de mayo 22 de 1894.

— Redoblar la vigilancia por parte de la policía.

— Consignación oportuna a las autoridades de los responsables de robo.

— Recomendación a los jueces para que aplicaran la ley con toda severidad a los culpables de robo.

— Sufrimiento de la pena en un sitio donde el reo realizara un trabajo.

(En *Memoria*, 1899, Documento número 66, pp. 131-132).

— Ley que reformó los artículos 376, 378, 380, 670, 671, 673, 674, 675 y 676. Diciembre 15 de 1903.

Se aumentó la penalidad aplicada al delito de robo. Se estableció que los reos de robo que pertenecían a una banda de ladrones recibirán un año más de condena. Los condenados por delito de robo sufrirán la pena de arresto o prisión dedicados a trabajos forzados. Además, se redujo a la tercera parte de la pena media aplicable al delito de robo, la sanción a quien encontrara en lugar público un objeto sin dueño y no lo presentara ante la autoridad competente. (Mientras que antes se aplicaba la mitad).

(En *Código penal de 1871*, 1910, pp. 526-530).

D) La retención

— Código Penal de 1871.

La pena de prisión ordinaria y la de reclusión en establecimientos de corrección penal, siempre que exceda los dos años, se entienden impuestas con calidad de retención por una cuarta parte más de tiempo. La retención se hará efectiva cuando el condenado muestre mala conducta durante el segundo o último tercio de su condena. Se considera mala conducta: cometer algún delito, resistirse a trabajar, incurrir en faltas graves de disciplina o infracciones del reglamento de la prisión. La declaración de hallarse un reo en retención la hará el tribunal que pronuncie la sentencia irrevocable, con audiencia del reo y vista del informe que el encargado de la prisión debe rendir sobre la conducta del condenado.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título tercero, Capítulo I., Arts. 71, 72 y 73).

— Reglamento de los artículos 71, 72 y 73 del Código Penal. Agosto 23 de 1877.

Quince días antes de que el reo termine su condena, la Junta de Vigilancia de Cárceles deberá remitir un informe de su conducta al tribunal que hubiera pronunciado sentencia en última instancia. En base a este informe el tribunal deberá decidir si se aplica la retención o si el reo es dejado en libertad.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 282-283 y en *Memoria*, 1878, Documento número 104, pp. 191-192).

— Reglamento de los artículos 71, 72 y 73 del Código Penal. Junio 26 de 1883.

Derogó el decreto anterior pero no cambió los postulados de la retención.

(En *Memoria*, 1884, Documento número 43, pp. 125-126).

— Proyecto de reformas y adiciones al código penal, redactado por una comisión especial.

Se propone que la retención se aplicará por una cuarta parte más del tiempo, si la pena fuera mayor de dos años, y por una tercera parte si fuera menor. Se debería hacer efectiva si el condenado tuviera mala conducta en la segunda mitad de su condena.

(*Proyecto de penitenciaría*, 1885).

— Código de procedimientos penales de 1894.

La declaración de la retención se hará por el juez o tribunal que haya dictado la sentencia que causó ejecutoria.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro cuarto, Título segundo, Capítulo V, Arts. 470-477).

— Decreto del Gobierno. Reforma varios artículos del Código penal. Septiembre 5 de 1896. (Comenzó a regir en 1900).

La retención se hará válida a partir del año y medio. (Anteriormente era a partir de dos años). Se aplicará cuando el reo muestre mala conducta durante la segunda mitad de su condena. (Anteriormente era en la segunda mitad o el último tercio).

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 379-385).

— Ley reglamentaria de la libertad preparatoria y de la retención. Diciembre 8 de 1897.

Después de que se informe sobre la conducta del reo, el tribunal que haya emitido la sentencia en última instancia citará a una audiencia a la que asistirán el reo y el Ministerio Público. En esa audiencia se decidirá si se aplica o no la retención.

(En *Legislación mexicana*, 1898, Tomo XXVII, Documento número 14262, pp.400-406 y *Memoria*, 1902, Documento número 109, pp. 332-336).

E) La sustitución y la conmutación de la pena

— Código penal de 1871.

Sustitución de penas:

La sustitución de la pena no puede hacerse sino por los jueces, ya imponiendo una pena diversa a la señalada por la ley, ya empleando la amonestación o reprensión. La sustitución se hará en los casos siguientes:

— En caso de la pena capital se cambiará por prisión extraordinaria cuando la delincuente sea mujer o el reo mayor de 70 años.

— En caso de pena capital, si concurrió al menos una circunstancia atenuante de cuarta clase o varias si tienen su valor, pero sin haberse presentado circunstancias agravantes.

— En caso de pena capital, si pasaron más de cinco años entre el homicidio y la aprehensión del reo.

— Cuando se trate de un delito que no haya causado escándalo a la sociedad y la pena señalada no pase de arresto menor y si es la primera vez que delinque el acusado habiendo mostrado antes buena conducta.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título quinto, Capítulo VIII, Arts. 237 y 238).

Conmutación de penas:

La conmutación sólo podrá hacerla el Ejecutivo y ante sentencias irrevocables.¹ Podrá efectuarse en dos casos:

— Cuando lo exija la conveniencia o tranquilidad pública.

¹ Entiéndese por sentencia irrevocable aquella contra la cual la ley no concede ningún recurso ante los tribunales que pueda producir su revocación en todo o en parte. (*Código de procedimientos penales*. Libro séptimo, Título primero, Capítulo único, Art. 706).

— Cuando el condenado (por razones de sexo, edad, constitución física o estado de salud), acredite que no puede sufrir la pena que le fue impuesta.

En el caso de la pena capital, la sentencia puede conmutarse si pasaron más de cinco años de haberse notificado el veredicto al reo y si una nueva ley introdujera variaciones a las cuales se ajustara el delincuente.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título quinto, Arts. 240-244).

— Código de procedimientos penales de 1880 y de 1894.

El condenado por sentencia irrevocable y que se encuentre en los casos previstos por el código penal, puede ocurrir al Ejecutivo por conducto de la Secretaría de Justicia, solicitando la conmutación de la pena que le haya sido impuesta. La conmutación se otorgará por el Ejecutivo, que tomará del Ministerio Público los informes convenientes.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro tercero, Título tercero, Capítulo I, Arts. 569-573 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro quinto, Título cuarto, Capítulo I, Arts. 605-609).

III. LA LIBERTAD

A) La prescripción de la acción penal y de la pena

— Código penal de 1871.

La acción penal se extingue por las siguientes circunstancias: muerte del acusado, amnistía, perdón y consentimiento del ofendido (cuando no se puede proceder de oficio y se otorga el perdón antes de haberse hecho la acusación), por la existencia de una sentencia irrevocable previa, lo que impide que no se pueda intentar acción criminal por el mismo delito a la misma persona.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título sexto, Capítulos I-V, Arts. 253-279).

La pena se extingue por las siguientes causas: muerte del delincuente, amnistía, rehabilitación, indulto, prescripción (el término de prescripción varía según el delito. La pena de multa prescribe en cuatro años, la pena capital en quince y el resto en un término

de tiempo igual que su duración. El tiempo se cuenta desde el día en que el acusado se sustrae de la acción de la autoridad).

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título séptimo, Capítulos I-II, Arts. 280-283)

B) *El indulto*²

— Constitución de 1857.

El Ejecutivo tiene facultad para conceder, conforme a las leyes, indulto a los reos sentenciados por delitos de la competencia de los tribunales federales.

(*Constitución de 1857*, Artículo 85, Fracción 15).

— Código penal de 1871.

Reglas para la concesión del indulto:

— No puede concederse sino de pena impuesta en sentencia irrevocable.

— En el caso de los delitos comunes se podrá conceder indulto sin condición alguna cuando el que lo solicite haya prestado servicios importantes a la Nación, cuando el gobierno juzgue que así conviene a la tranquilidad pública o cuando aparezca que el condenado es inocente. En el resto de los casos deben concurrir las siguientes condiciones: que el reo haya sufrido dos quintos de su pena, que en ese tiempo haya mostrado buena conducta, que haya cubierto su responsabilidad civil.

— El reo indultado no se libra de la sujeción a la vigilancia de la autoridad pública ni de la prohibición de ir o de residir en determinado lugar.

— El indulto no extingue la responsabilidad civil ni las acciones para exigirla.

— Los reos de incendio intencional solamente podrán ser indultados de una tercera parte de su condena.

La solicitud de indulto deberá dirigirse al gobierno por conducto del tribunal que falló causa ejecutoria, después de estudiarlo el tribunal decidirá si el expediente debía turnarse al Ejecutivo. Para esta decisión se debía tomar en cuenta la naturaleza del delito, la frecuencia con que se cometía, el carácter del reo, la probabilidad

² El indulto es la condonación o remisión de la pena que un delincuente merece por su delito.

de su enmienda y las circunstancias atenuantes y agravantes del crimen.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título séptimo, Capítulo III, Arts. 284-290).

— Código de procedimientos penales de 1880.

a) *Indulto necesario*:

Este recurso sólo se interpondrá de sentencia irrevocable y cuando por la ley no esté expresamente prohibido concederlo. El condenado deberá ocurrir por escrito al Tribunal Superior, alegando una de las siguientes causas:

— que fue juzgado por el mismo hecho en un juicio anterior

— que la sentencia se fundó en documentos o en declaraciones que después fueron declaradas falsas;

— que se hallaron documentos que invalidaron la prueba en que se sustentó la sentencia;

— en sentencias por homicidio, la aparición de la supuesta víctima;

— que dos reos hubieran sido condenados por el mismo delito cuando resultaba imposible que ambos fueran responsables.

b) *Indulto por gracia*:

El condenado ocurrirá al Ejecutivo con su instancia y el justificante de los servicios prestados, con el comprobante de que cubrió o aseguró la responsabilidad civil y la carta de buena conducta expedida por la Junta de Vigilancia de Cárceles.

El Ejecutivo, si considera bastante esos recados, otorgará o denegará la gracia. De lo contrario consultará a la Sala o Tribunal donde se hubiera conocido el proceso para que informaran sobre la petición y tras ello poder dictar la resolución.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro tercero, Título tercero, Capítulo II, Arts. 574-586).

— Circular de la Secretaría de Justicia Condiciones para dar curso a las solicitudes sobre indulto. Junio 11 de 1885.

Sólo se debía dar curso a las solicitudes de indulto que acreditaran la buena conducta del reo con la certificación de la Junta de Vigilancia de Cárceles.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 346-347).

— Propuesta de reformas al código penal, redactadas por una comisión especial.

Se propone que el indulto condicionado sólo pudiera concederse en las penas en que no se pudiera otorgar libertad preparatoria. (*Proyecto de penitenciaría*, 1885).

— Decreto de la Secretaría de Justicia. Se reforma el artículo 287 del Código penal. Mayo 26 de 1888.

Se podrá conceder indulto sin condición alguna cuando el que lo solicita haya prestado servicios importantes a la Nación, el gobierno lo juzgue conveniente a la tranquilidad pública o el condenado parezca inocente. En el resto de los casos se deberán cumplir las siguientes condiciones: que el reo haya cumplido las tres quintas partes de su condena (antes sólo se pedían las dos quintas partes), haya observado buena conducta y haya cubierto su responsabilidad civil.

(En *Anuario de legislación y jurisprudencia*, Sección de legislación, Año V, 1888, pp. 390-391 y en BARRAGÁN, 1976, pp. 349-350).

— Proyecto de reformas al Código de procedimientos penales, octubre de 1893.

Se propone aumentar las causas para la obtención del indulto necesario: cuando se encontraran documentos que destruyeran las pruebas presentadas al jurado y se considera la vía de revisión.

(REBOLLAR, PUENTE, MIRANDA y BORGES, 1903).

— Código de procedimientos penales de 1894.

Se respeta lo contenido en el código de 1880.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro quinto, Título cuarto, Capítulos II y III, Arts. 610-622).

— Decreto del Gobierno. Reforma varios artículos del Código penal. Septiembre 5 de 1896.

Se contempla la posibilidad de indultar a los reos que se hallasen en libertad preparatoria para que quedaran en libertad definitiva, siempre y cuando acreditaran buena conducta.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 379-385 y en *Memoria*, 1899, Documento número 58, pp. 119-124).

C) *La libertad provisional*

— Código de procedimientos penales de 1880 y 1894.

Se consideran dos formas de libertad provisional:

a) Libertad provisional bajo protesta: cuando se han desvanecido los fundamentos que han servido para decretar la sentencia o la prisión preventiva; cuando apareciere justificado por prueba jurídica que el procesado obró en defensa legítima de su persona, de sus intereses o su honra, así como la de sus familiares; cuando el delito no tenga señalada pena corporal o ésta sea menor a cinco meses de arresto si el inculcado tiene domicilio fijo y conocido, buenos antecedentes de moralidad, modo honesto de vivir y no despierte el temor de fuga.

b) Libertad provisional bajo caución o bajo fianza:

Toda persona detenida o presa por un delito en que el máximo de la pena no exceda de cinco años (en el código de 1880) o de siete años (en el código de 1894), podrá obtener libertad bajo caución si tiene domicilio fijo y conocido, buenos antecedentes de moralidad, modo honesto de vivir y no despierte el temor de fuga.

El incidente se promoverá ante el juez o tribunal que conozca la causa, sin que se suspenda el procedimiento criminal.

Se revocará si el inculcado desobedeciere la orden de presentarse ante el juez o tribunal que conoce su proceso, si cometiera un nuevo delito durante la causa, si amenaza o soborna a la parte ofendida o testigos.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, capítulo XVIII, Arts. 258-271 y *Código de procedimientos penales*, Libro cuarto, Título segundo, Capítulos II y III, Arts. 430-453)

D) *La libertad preparatoria*

— Código penal de 1871.

Los presos condenados a una sentencia superior a los dos años de prisión tendrán derecho a obtener libertad preparatoria si muestran buena conducta continua por un tiempo igual a la mitad de la duración de la pena. La libertad preparatoria se instituyó con el fin de garantizar el buen comportamiento de los reos en prisión.

Requisitos para la obtención de la gracia:

— Que el reo muestre buena conducta durante la mitad o los dos tercios de la condena.

— Que de a conocer arrepentimiento y enmienda, no estimándose como suficiente la buena conducta negativa, que consiste en no infringir los reglamentos de la prisión, sino muestre con hechos positivos el haber contraído hábitos de orden, de trabajo y de moralidad y sobre todo haber dominado la pasión o inclinación viciosa que lo condujo al delito.

— Que el reo acredite la posesión de bienes o recursos suficientes para subsistir honradamente o, de lo contrario, demuestre que tiene un modo honesto de vivir. Para ello es necesario que una persona solvente y honrada se obligue a proporcionarle trabajo hasta la obtención de la libertad definitiva.

— Que el reo se obligue a no separarse del sitio que se le señale como residencia.

Los reos acreedores a la libertad preparatoria deberán presentar un ocurso a la Junta de Vigilancia o al encargado de la prisión para que se remita a la autoridad que deba otorgar la gracia expresada. Una vez concedida la gracia el reo recibirá un salvoconducto que debe mostrar siempre que le sea requerido por un magistrado, juez o agente superior de la policía. Quedará sometido a la vigilancia de la autoridad política y bajo el cuidado de la Junta Protectora. Se le revocará la libertad preparatoria si muestra mala conducta, no vive de un trabajo honesto, carece de bienes, frecuenta garitos o tabernas o se acompaña de gente viciosa o de mala fama. Al concluir el término de la libertad preparatoria el agraciado ocurrirá al tribunal que le otorgó la gracia para que declare su absoluta libertad.

(*Código penal de 1871*, Libro primero, Título tercero, Capítulo I, Arts. 74-76 y 98-105).

— Ley reglamentaria sobre libertad preparatoria. Diciembre 20 de 1871.

El reo pedirá la gracia al tribunal que haya dictado la sentencia en última instancia y éste será el encargado de otorgar la libertad preparatoria. Al concederse la libertad preparatoria se le deberá informar a la autoridad política, que quedará encargada de vigilar al reo y denunciar las faltas. Los reos quedarán a cargo de la Jun-

ta Protectora de Presos, que deberá preocuparse por encontrarles un trabajo o modo honesto de vivir, vigilar que usen el dinero ahorrado en prisión para establecer un taller o industria honrada y para la manutención de su familia, impedir que se extravíen de nuevo y avisar si contravienen las condiciones a que los sujeta la ley. Si las faltas denunciadas fueran bastantes, el tribunal podrá revocar la gracia.

(En *Código penal de 1871*, 1910, pp. 293-302).

— Decreto del Gobierno. Reforma la ley de 20 de diciembre de 1871 sobre libertad preparatoria. Diciembre 14 de 1881, entró en vigor en febrero 11 de 1882.

Se reformaron los artículos 1, 2 y 11 de la *Ley reglamentaria sobre libertad preparatoria*, emitida en diciembre de 1871. El reo pedirá la gracia al Tribunal Superior presentando un ocurso a la Junta de Vigilancia. La Junta lo elevará al tribunal anexando un informe de conducta. En vista de ese documento y tras audiencia del Ministerio Público, el Tribunal acreditará la gracia si se cumplieran los requisitos.

(En *Memoria*, 1884, pp. 126-127).

— Proyecto de reformas y adiciones al código penal, redactado por una comisión especial.

Se propone que a los reos condenados a prisión por más de un año, y que hubieran tenido buena conducta durante el tiempo necesario para pasar sucesivamente por los tres periodos, se les dispensara condicionalmente el tiempo restante y se les otorgara libertad preparatoria.

Los sentenciados a arresto mayor por más de ocho meses, podrían obtener libertad preparatoria por el tiempo que les faltara, después de ocho meses de observar buena conducta positiva.

(*Proyecto de penitenciaría*, 1885).

— Comunicación al Ministro de Justicia. Julio 30 de 1889. Reafirma que la gracia debe ser concedida por el Tribunal Superior del Distrito Federal.

(En *Memoria*, 1892, Documento número 43, pp. 53-55).

— Decreto del Gobierno. Reforma la ley de 20 de diciembre de 1871 sobre libertad preparatoria. Febrero 8 u 11 de 1890.³

Se reforman los artículos 1, 2, 3, 5, 10 y 11 de la *Ley reglamentaria sobre libertad preparatoria* de diciembre de 1871. Los reos acreedores de la libertad preparatoria deberán dirigir un oficio a la Junta de Vigilancia de la cárcel. El expediente se remitirá al Tribunal Superior del Distrito Federal que otorgará la gracia si se cumplen los requisitos y lo comunicará al tribunal de primera instancia. La libertad preparatoria será otorgada por el Tribunal Superior del DF para reos de fuero común. El tribunal le fijará sitio de residencia y el reo no podrá separarse de este sitio sin autorización. Se expedirá al reo un salvoconducto que presentará siempre que le sea requerido. Se le revocará la libertad preparatoria si muestra mala conducta, no vive de un trabajo honesto, carece de bienes, frecuenta garitos o tabernas o se acompaña de gente viciosa o de mala fama. Al concluir el término de la libertad preparatoria el agraciado ocurrirá al tribunal que le otorgó la gracia para que declare su absoluta libertad.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 362-365, en *Legislación mexicana*, 1890, Tomo XX, Documento número 10738, pp. 27-29 y en *Memoria*, 1892, Documento número 43, pp. 56-58).

— Código de procedimientos penales de 1894

Cuando un reo crea tener derecho a la libertad preparatoria ocurrirá al Tribunal Pleno, con copia de los reportes de la Junta de Vigilancia (si no funciona la Junta de Vigilancia con una del alcaide de la prisión). La libertad se otorgará bajo fianza por la cantidad que fije el tribunal y que pagará el fiador si el agraciado falta a las normas consideradas por el código penal respecto a la libertad preparatoria o si el agraciado cometiera un nuevo delito.

Admitido el favor se le dará al agraciado un salvoconducto, al que se refiere el código penal, y que deberá presentar toda vez que le sea requerido por un Magistrado, Juez o agente superior de policía.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro cuarto, Título segundo, Capítulo IV, Arts. 454-469).

³ En la *Legislación mexicana* aparece con fecha del día 8 de febrero, mientras que en *Memoria*, 1892 y en BARRAGÁN, 1976, se registra como emitida el 11 del mismo mes.

— Decreto del Gobierno. Reforma varios artículos del Código penal. Septiembre 5 de 1896. (Aplicado en 1900)

Se reformaron los artículos 71, 72, 74, 77, 79, 85, 86, 88, 97, 104, 130, 136, 137, 287 y 407 del Código Penal. Estas reformas se adoptaron con el fin de preparar la implantación del sistema penitenciario, pues estaba próxima la inauguración de la Penitenciaría de México. Para los reos condenados a prisión se adoptó el sistema progresivo, la conducta del reo influía en la duración y las condiciones de la pena.

Se establece la ley que una vez concluidos los tres periodos se admitiría la concesión de libertad preparatoria. Los reos que salieran a disfrutar de la libertad preparatoria quedarían bajo la protección de la Junta Protectora de Presos y la vigilancia de las autoridades políticas, que deberían informar mensualmente al tribunal que concedió la libertad sobre la conducta, medio de vida y domicilio del reo.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 379-385 y en *Memoria*, 1899, Documento número 58, pp. 119-124).

— Ley reglamentaria de la libertad preparatoria y de la retención. Diciembre 8 de 1897.

Para los reos de la Penitenciaría: cuando un reo ingrese al tercer periodo penitenciario se investigará si posee recursos o bienes pecuniarios para subsistir honradamente. De lo contrario una persona honrada y solvente deberá obligarse a proporcionarle trabajo hasta su libertad definitiva. Un mes antes se dará aviso al tribunal competente para conceder la libertad preparatoria, remitiendo informes sobre la condena y el trabajo que hará el reo fuera de prisión.

Para los reos de las otras cárceles: se seguirá el mismo procedimiento, pero la Junta de Vigilancia deberá redactar un informe sobre su conducta.

La libertad preparatoria será otorgada por el Tribunal Superior del DF. El tribunal fijará al reo sitio de residencia, que no podrá abandonar sin autorización. Deberá portar un salvoconducto. Se le revocará la libertad preparatoria si muestra mala conducta, no vive de un trabajo honesto, carece de bienes, frecuenta garitos o tabernas o se acompaña de gente viciosa o de mala fama. Al concluir

el término de la libertad preparatoria el agraciado ocurrirá al tribunal que le otorgó la gracia para que declare su absoluta libertad.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 388-396, en *Legislación mexicana*, 1898, Tomo XXVII, Documento número. 14262, pp. 400-406 y en *Memoria*, 1902, Documento número 109, pp. 332-336)

E) La libertad absoluta

— Reglamento de los artículos 71, 72 y 73 del Código Penal, junio 26 de 1883.

Quince días antes de terminar la condena el encargado de prisión o reclusión deberá avisar a la Junta de Vigilancia de Cárceles, enviando al mismo tiempo un informe sobre la conducta del reo. A su vez, la junta deberá enviarlo al tribunal que haya pronunciado la sentencia irrevocable, acompañado de sus propias notas sobre la conducta del reo. En el caso de que el tribunal no opte por aplicar la retención, el reo deberá ser puesto en libertad al término de su condena.

(En *Memoria*, 1884, Documento número 43, pp. 32-33).

IV. LOS TRIBUNALES Y SUS AGENTES

La Constitución de 1857 establece la existencia de un Poder Judicial, independiente de los otros poderes y con la obligación de aplicar leyes en los litigios civiles y en las causas criminales. La independencia consiste en que los funcionarios que lo forman sean inamovibles, en que su remoción no dependa del arbitrio de los otros poderes, en que la forma de su nombramiento esté determinada por las leyes y que sus decisiones sean respetadas.⁴

El Poder Supremo de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

(*Constitución de 1857*, Título tercero).

Se deposita el ejercicio del Poder Judicial en una Corte Suprema de Justicia y en los tribunales de Distrito y de Circuito.

⁴ Jacinto PALLARES, *El poder judicial o tratado completo de la organización, competencia y procedimientos de los tribunales de la República Mexicana*, México, Imprenta del Comercio de Nabor Chávez, 1874, pp. 39-41.

La Suprema Corte de Justicia se compondrá de once ministros propietarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general. Cada uno de los individuos de la Suprema Corte de Justicia durará en su encargo seis años, y su elección será indirecta en primer grado, en los términos que disponga la ley electoral. Para ser electo se necesita: estar instruido en la ciencia del derecho, ser mayor de 35 años, y ciudadano mexicano por nacimiento y en ejercicio de sus derechos.

La ley establecerá y organizará los tribunales de Circuito y de Distrito.

(*Constitución de 1857*, Título tercero, Sección tercera, Arts. 90-102).

Además, consigna:

— En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales. Ninguna persona ni corporación puede tener fueros. (Subsiste el fuero de guerra solamente para los delitos y faltas que tengan exacta conexión con la disciplina militar) (art. 13).

— Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Ésta será gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales (art. 17).

(*Constitución de 1857*, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre.).

A) La acción derivada de la responsabilidad civil

— Código de procedimientos penales de 1894.

La violación de los derechos garantizados por la ley penal puede también dar lugar a una acción civil, que puede ejecutarse al mismo tiempo y ante el mismo tribunal que conoce de la penal.

Deberá seguirse ante tribunales civiles en los siguientes casos:

a) Cuando se haya pronunciado sentencia irrevocable en la causa criminal sin haberse intentado la civil o cuando el incidente sobre la acción civil esté todavía en estado de sentencia.

b) Cuando el inculpado haya muerto antes de que se ejercitara acción penal o durante el juicio criminal.

c) Cuando la acción penal se haya extinguido por amnistía o por prescripción.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro cuarto, Título primero, Capítulo I, Art. 362).

B) La acción penal

— Constitución de 1857.

Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. (Art. 24).

(Constitución de 1857, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre.)

— Código de procedimientos penales de 1880 y de 1894.

Los juicios criminales deberán ajustarse a las prescripciones del código, sean los inculpados nacionales o extranjeros.

(Código de procedimientos penales de 1880, Título preliminar, Art. 9).

La violación de los derechos garantizados por la ley penal da lugar a una acción penal.

Esta acción, que corresponde exclusivamente a la sociedad, tiene por objeto el castigo del delincuente.

(Código de procedimientos penales de 1880, Título preliminar, Art. 9 y Código de procedimientos penales de 1894, Título preliminar, Art. 3).

C) Los tribunales del fuero común en el ramo criminal⁵

— Decreto del Congreso. Octubre 29 de 1879.

Para la administración de justicia del ramo criminal, en primera instancia y dentro del Distrito Federal, se establecen doce juzgados: seis de instrucción y seis de policía correccional.

(En *Legislación mexicana*, 1886, Tomo XIV, No. 8092, pp. 161-163 y en *Memoria*, 1882, Documento número 72, pp. 113-115).

⁵ Al inicio del porfiriato existían en el Distrito Federal los siguientes tribunales:

a) Tribunales de policía: atendidos por jueces menores y de paz. Conocían de los delitos y faltas que ameritaban una corrección ligera y practicaban las primeras diligencias de toda causa criminal.

b) Tribunales correccionales: en los lugares donde había jueces de instrucción. En la Ciudad de México existían dos tribunales correccionales. Dichos tribunales conocían los siguientes delitos: robo, quiebra, amenaza, amago, violencias físicas, destrucción o deterioro de la propiedad ajena, golpes y violencias físicas, lesiones simples, injurias, difamación, delitos contra la salud pública, vagancia, mendicidad, loterías y rifas ilegítimas, juegos prohibidos, embriaguez habitual y portación de armas prohibidas. Siempre y cuando fueran delitos del fuero común y cuyas penas fueran extrañamiento, apercibimiento, multa, arresto mayor, arresto menor o reclusión en establecimiento de corrección penal.

— Decreto del Ejecutivo. Octubre 29 de 1879.
Se establece un juzgado menor en Azcapotzalco.
(En *Memoria*, 1882, Doc. 74, p. 118).

— Código de procedimientos penales de 1880.
La justicia penal se administrará por:

a) Jueces de paz: conocerán de los delitos leves cuya pena sea menor al arresto menor o 50 pesos de multa.

b) Jueces menores foráneos: conocerán de los delitos cuya pena no exceda de dos meses de arresto mayor o 200 pesos de multa.

c) Jueces correccionales: conocerán de todos los delitos que se cometan en la Ciudad de México, siempre que la pena media no exceda de dos años de prisión o multa de segunda clase.

d) Jueces de lo criminal: conocerán de todos los delitos que tengan señalada una pena mayor que la que pueden imponer los jueces

e) Jurados: correspondía al jurado conocer de todos los delitos del orden común cuyo conocimiento no atribuía la ley a tribunales de policía o correccionales.

f) Tribunal Superior de Justicia: competente para conocer de todas las segundas y ulteriores instancias de causas criminales seguidas ante los jueces comunes del Distrito Federal y las responsabilidades de jueces de primera instancia. Estaba integrado por ministros (miembros del tribunal pleno y de las salas), magistrados (encargados de las salas) y fiscales (oídos como representantes de la sociedad en las causas criminales). Funcionaba como tribunal pleno o dividido en salas. El tribunal pleno estaba encargado, entre otras cosas, de dar curso a las dudas sobre la ley, proponer ternas, nombrar empleados y visitar juzgados de primera instancia. La Primera Sala conocía de los recursos de nulidad en las sentencias del fuero común, de los recursos de casación y funcionaba como tercera instancia. La Segunda y Tercera salas conocían por turno de las primeras y segundas instancias de los negocios comunes que conforme a las leyes comenzaban en el tribunal.

Los tribunales tenían jurisdicción limitada. La jurisdicción se limitaba en razón del territorio o en razón del grado que ocupaba en la jerarquía judicial:

a) En razón del territorio el fuero competente en materia criminal es el lugar en que se cometió el delito.

b) En razón de la jerarquía judicial:

Jueces menores y de paz: conocían desde las diligencias previas hasta el auto de formal prisión; jueces de primera instancia de lo criminal: conocían en primera instancia de los delitos del fuero común; jurados: se debían limitar a declarar si el acusado era o no culpable del hecho que se le imputaba, pues los jueces de lo criminal aplicaban la pena que designaba la ley; Tribunal Superior de Justicia: conocía causas de responsabilidad de jueces y procesos de casación.

(*Ibidem*, pp. 47-70, 79-89 y 99-131).

jueces correccionales. Pero si de los veredictos resulta que debe imponerse una pena menor, ellos pronunciarán la sentencia que proceda conforme a derecho.

e) Jurado: conocerá como juez de hecho de los procesos seguidos por delitos de la competencia de los jueces de lo criminal.

f) Tribunales Superiores: la Primera Sala conocerá de las competencias de jurisdicción entre las autoridades judiciales del Distrito Federal y de los recursos de casación. La Segunda Sala de las apelaciones contra sentencias de todos los jueces del ramo penal.

(Código de procedimientos penales de 1880, Libro segundo, Título primero, Capítulos I-II, Arts. 340-346).

— Ley de organización de tribunales. Septiembre 15 de 1880, entró en vigor el 1o. de noviembre de 1880.

La justicia se administrará en el Distrito Federal por los siguientes funcionarios:

a) Jueces de paz: debe existir al menos un juez de paz en las poblaciones de más de 200 habitantes. Estos jueces serán nombrados por el Gobernador del Distrito Federal. Sus atribuciones en materia penal son las que les confiere el código de procedimientos penales.

b) Jueces menores: habrá en el Distrito Federal ocho jueces menores. También uno en Guadalupe Hidalgo, Atzacapotzalco, Tacuba, Tacubaya (con jurisdicción sobre las municipalidades de Tacubaya, Cuajimalpa, Santa Fé y Mixcoac), San Ángel (con jurisdicción sobre las municipalidades de San Ángel, Coyoacán, Tlalpam e Ixtacalco) y Xochimilco. Para ser juez menor se requiere ser mexicano, mayor de 25 años y abogado recibido. Serán nombrados por el Ejecutivo. Sus atribuciones en materia penal son las que les confiere el código de procedimientos penales.

c) Jueces correccionales: se establecerán seis juzgados correccionales. Su jurisdicción se extenderá al Distrito Federal, con excepción del distrito judicial de Tlapan. Para ser juez correccional se requiere ser mexicano, mayor de 25 años y abogado recibido. Sus atribuciones en materia penal son las que les confiere el código de procedimientos penales.

d) Jueces de primera instancia: habrá cuatro jueces de lo criminal para el Distrito Federal (excepto el distrito judicial de Tlal-

pan). Para ser juez correccional se requiere ser mexicano, mayor de 30 años y abogado recibido. Sus atribuciones en materia penal son las que les confiere el código de procedimientos penales.

e) Jurado (ver jurado).

Tribunales superiores: el Tribunal Superior del Distrito Federal se compondrá de cuatro salas. Primera Sala: encargada de las competencias que se susciten entre las autoridades judiciales del Distrito Federal y recursos de súplica o casación que conozcan los tribunales del Distrito. Segunda Sala: segundas instancias de los autos y sentencias que pronunciaran los jueces del ramo penal.

(En Memoria, 1881, Documento número 46, pp. 41-54).

— Decreto del Presidente de la República. Mayo 31 de 1881.

El Secretario de Justicia, Ezequiel Montes, elaboró un proyecto de reformas a la ley orgánica de Tribunales Federales. Denunció el rezago en la resolución de las causas correspondientes a los juzgados del ramo criminal.

(En Memoria, 1882, Documento número 58, pp. 95-99).

En vista del informe el presidente Manuel González expidió el siguiente decreto:

Se establece un nuevo juzgado de lo criminal y se suspende el sexto juzgado correccional. Se crea para la capital una plaza más de agente del Ministerio Público.

(Memoria, 1882, Documento número 59, pp. 99-100).

— Decreto. Mayo 31 de 1884.

Se reforman los artículos 17 y 28 de la Ley de organización de tribunales de octubre de 1880. Se cambia el horario de los jueces y se dictan medidas em torno a los acuerdos que deberían remitirse al Boletín Judicial, así como cuestiones relativas a este impreso.

(Legislación mexicana, 1887, Tomo XVII, Documento 8994, pp. 761-64).

— Decreto. Diciembre 15 de 1887.

Se reforma el artículo 165 del decreto anterior (sobre Boletín Judicial).

(Legislación mexicana, 1887, Tomo XVIII, Documento 10026, p. 441).

— Código de procedimientos penales de 1894.

Respetará la organización contenida en el código de 1880, pero se contempla la existencia de jueces de primera instancia de Tlalpan: conocerán de los delitos concernientes a los jueces correccionales.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro primero, Título II, Capítulo II, Arts. 31-50).

— Circular de la Secretaría de Justicia. Julio 6 de 1901.

Existía en los juzgados la costumbre de que los escribientes recibieran la declaración de los testigos, tarea que estaba destinada a los jueces. El Presidente de la República acordó que se recordara dicha obligación a los jueces.

(En *Memoria*, 1910, Documento número 79, p. 334).

— Decreto del Congreso. Diciembre 17 de 1902.

Se autoriza al Ejecutivo para reformar la *Ley de organización de tribunales* y la relativa al Ministerio Público.

(*Legislación mexicana*, pp. 914-915).

— Decreto del Congreso. Diciembre 20 de 1902.

En lo tocante al Distrito Federal, se reforma el artículo 33 del decreto del 3 de octubre de 1900. Los circuitos se dividen en 33 distritos.

(*Legislación mexicana*, pp. 915-916).

— Ley de organización judicial para el Distrito Federal y territorios federales, septiembre 9 de 1903 (entró en vigor el 1.º de enero de 1904) y Reglamento de la ley Orgánica de Tribunales, noviembre 30 de 1903.

Es potestad de los tribunales del fuero común aplicar las leyes criminales del mismo orden.

La Justicia ordinaria se administrará por:

a) Comisarios de policía foráneos: encargados de practicar, donde no haya juez de paz, las primeras diligencias sobre delitos cometidos en su territorio.

b) Jueces de paz: debe haber al menos un juez de paz en las poblaciones de más de 200 habitantes. Los jueces de paz serán nombrados por el Gobernador del DF. Se encargarán de castigar los

delitos leves (cuya pena no exceda treinta días de arresto o 50 pesos de multa). Practicarán las primeras diligencias en la averiguación del resto de los delitos para después remitirlas a la autoridad correspondiente.

c) Jueces menores: existirán en el DF trece jueces menores. Cinco en la Ciudad de México, (en 1880 eran ocho para la ciudad pero como se sustrajeron de su conocimiento los negocios cuya pena fuera mayor a cincuenta pesos, se redujo el número de juzgados menores), uno en Guadalupe-Hidalgo, Atzacapotzalco, Tacuba, Mixcoac, San Ángel, Cuajimalpa, Milpa Alta e Iztapalapa. Para ser juez menor se requiere ser mexicano, mayor de 25 años y abogado recibido. Los jueces menores serán nombrados por el Ejecutivo. Conocerán delitos cuya pena no pase de dos meses de arresto o 200 pesos de multa, robos simples cuya pena no exceda a los 50 pesos.

d) Jueces correccionales: se establecerán ocho juzgados correccionales. Para ser juez correccional se requiere ser mexicano, mayor de 25 años y abogado recibido. Los jueces correccionales deberán castigar los robos simples siempre que la cuantía de lo robado sea menor de 50 pesos y los demás delitos con pena menor a dos meses de arresto o 200 pesos de multa.

e) Juzgados de instrucción: habrá en la Ciudad de México seis juzgados de instrucción. Deberán fallar las causas sobre delitos del orden común que se cometan en el partido judicial de México, siempre que no sean de la competencia de los jueces correccionales, menores o de paz y cuya pena no exceda de dos años de prisión o sólo amerite multa. Determinarán sobre delitos de abuso de confianza, fraude contra la propiedad y bigamia.

f) Juzgados de Tacubaya, Tlalpan y Xochimilco: funcionarán como juzgados de primera instancia para los delitos del orden común que no queden bajo la jurisdicción de los jueces menores y de paz.

g) Jurado (ver jurado).

Tribunales superiores: el Tribunal Superior del Distrito Federal se compondrá de cinco salas. Primera Sala: competencias que se susciten entre las autoridades judiciales del Distrito Federal, recursos de casación y denegada casación, revisión del veredicto del

jurado y de los expedientes concluidos por los jueces correccionales de México, los menores y los de paz del Distrito Federal.

Salas cuarta y quinta: apelaciones y denegadas apelaciones que se interpongan contra los jueces de instrucción o de los autos y sentencias pronunciados por los jueces de primera instancia de Tacubaya, Tlalpan y Xochimilco, revisión de los expedientes concluidos por los jueces de primera instancia del distrito.

Auxiliares de la administración de justicia:

Son auxiliares de la administración de justicia el inspector general o jefe de policía del Distrito Federal, los inspectores o jefes de las demarcaciones en que se divide la ciudad, los comisarios o empleados de policía foráneos para las municipalidades, los peritos y los intérpretes.

Partidos judiciales del Distrito Federal:

a) México: comprende las municipalidades de México, Tacuba, Atzacapotzalco, Guadalupe-Hidalgo e Ixtapalapa.

b) Tacubaya: comprende las municipalidades de Tacubaya, Mixcoac, San Ángel y Cuajimalpa.

c) Tlalpan: comprende las municipalidades de Tlalpan y Coyacán.

d) Xochimilco: comprende las municipalidades de Xochimilco y Milpa Alta.

En cada una de las cabeceras (Tacubaya, Tlalpan y Xochimilco), habrá un juzgado de primera instancia para los negocios criminales que deben conocer sobre las penas que excedan dos años de prisión correspondiéndoles las atribuciones que los jueces de instrucción de México tienen en el suyo.

(*Ley de organización judicial*, 1903, también en *Memoria*, 1910, Documento número 70, pp. 247-281 y *Reglamento de la Ley orgánica de Tribunales*, 1903, también en *Memoria*, 1910, Documento número 73, pp. 295-329).

— Decreto modificando algunos artículos de la ley Orgánica de Tribunales de 9 de septiembre de 1903. Noviembre 21 de 1903.

Se modifican los artículos 11 y 21 (sobre juzgados en territorios federales).

(Decreto, 1903).

— Decreto del Presidente de la República. Junio 10. de 1904.

Se derogó el artículo 33 de la *Ley de Organización de Tribunales*, así como los artículos 33, 46, 47 y 236 del código de procedimientos penales.

Los jueces correccionales sólo ejercerán jurisdicción en la Municipalidad de México y sus atribuciones serán: instruir y fallar las causas sobre delitos contra la propiedad para objetos de un valor menor a cincuenta pesos y penas menores de dos años; delitos de injuria, difamación y calumnia; cualquier delito cuya pena no exceda los doscientos pesos de multa y dos meses de arresto.

Las Salas Cuarta y Quinta del Tribunal Superior de Justicia conocerán de las apelaciones interpuestas contra los jueces correccionales.

Los jueces de paz, los de primera instancia y menores foráneos, así como los correccionales de México, procederán en las causas sobre robo en que la pena no exceda de cinco meses de arresto y en las causas por otros delitos en que la pena no exceda de cinco meses de arresto o doscientos pesos de multa.

(En *Memoria*, 1910, Documento número 74, p. 330).

— Decreto del Congreso de la Unión. Diciembre 11 de 1907.

Se autoriza al Ejecutivo para reformar la *Ley de Organización Judicial*.

(*Memoria*, 1910, Documento número 75, p. 331).

— Decreto del Presidente de la República. Ley que reforma la de organización judicial en el Distrito y Territorios Federales. Diciembre 28 de 1907.

Partidos judiciales:

Se establecerá un nuevo partido judicial en el DF compuesto por las municipalidades de Azcapotzalco, Tacuba y Guadalupe-Hidalgo. Contará con un juzgado de primera instancia con sede en Atzacapotzalco y con jurisdicción sobre las tres municipalidades. El partido judicial de México quedará reducido a la municipalidad de México. La municipalidad de Iztapalapa quedará segregada del Partido Judicial de México y pasará a la de Tlalpan.

Jurisdicción de tribunales:

a) Jueces correccionales (partido judicial de México): conocerán de los delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión o mil pesos de multa.

b) Jueces de instrucción (para el partido judicial de México) y jueces foráneos de primera instancia: conocerán de los delitos cuya pena exceda los dos años pero sea menor de seis. Independientemente de la penalidad conocerán sobre los delitos de abuso de confianza, fraude y bigamia. Instruirán los procesos cuya pena exceda de seis años de prisión hasta ponerlos en estado de citación para la vista del jurado. Además, los jueces foráneos de primera instancia (Tacubaya, Tlalpan, Xochimilco y Azcapotzalco), conocerán negocios de la competencia de los jueces correccionales.

c) Juzgados menores foráneos del DF: conocerán los mismos delitos que los jueces correccionales.

d) Jueces de primera instancia en Tacubaya, Tlalpan, Xochimilco: conocerán los mismos delitos que los jueces de instrucción

(*Ley que reforma la de organización judicial*, 1911, también en *Memoria*, 1910, Documento número 76, pp. 331-333).

— Decreto del Presidente de la República. Octubre 22 de 1908.

El juzgado sexto correccional se trasladará y su jurisdicción quedará comprendida en la sexta demarcación de policía.

(En *Memoria*, 1910, Documento número 58, p. 233).

D) Elementos del procedimiento penal

— Constitución de 1857.

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito *in fraganti*, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata (art. 16).

(*Constitución de 1857*, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre).

El acusado y el acusador.

— Código de procedimientos penales de 1880 y Código de procedimientos penales de 1894.

Para iniciar una instrucción queda prohibida la pesquisa general y la delación anónima o secreta. Sólo se autorizan dos medios: querrela necesaria y oficio.

a) Querrela necesaria: para delitos en que no se puede proceder de oficio, tal es el caso de los delitos de injuria, difamación, calumnia, estupro, raptó y adulterio. Para iniciar la instrucción se debe presentar la parte ofendida, que puede ser el ofendido, sus ascendientes o hermanos. El desistimiento marca el fin del proceso.

b) Oficio: el Ministerio Público debe proceder de oficio siempre que tenga noticia de un delito, excepto aquellos en que se proceda por querrela necesaria.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, Capítulo I, Arts. 35-67 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro Segundo, Título primero, Capítulo I, Arts. 51-58).

La instrucción

— Código de procedimientos penales de 1880 y Código de procedimientos penales de 1894:

La instrucción comprende todas las diligencias practicadas para la comprobación de los delitos e investigaciones de las personas que, en cualquier grado, puedan ser responsables de ellos.

Primeras diligencias:

- declaración del querellante si lo hubiera;
- declaración del inculpado si fuera detenido;
- inspección ocular del lugar en que se cometió el delito;
- descripción de las huellas que el delito pudiera haber dejado en la persona ofendida, excepto en los casos en que esta descripción pudiera ofender el pudor, pues entonces se hará por peritos;
- reconocimiento parcial de los detenidos;
- aseguramiento de la cosa material del delito.

Cuando el juez reciba las primeras diligencias practicará todas aquellas que considere pertinentes.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro Primero, Título segundo, Capítulo II, Arts. 68-93 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro Segundo, Título primero, Capítulo I, Arts. 51 y 72).

*Pruebas y diligencias relativas al delito*⁸

— Código de procedimientos penales de 1880 y Código de procedimientos penales de 1894:

La base del procedimiento penal es la comprobación de la existencia de un hecho u omisión.

Los delitos se comprueban de diferentes formas. A continuación se ofrecen algunos ejemplos.

Hurto: el cuerpo del delito consiste en haber movido la cosa del lugar de su dominio con ánimo de retenerla fraudulentamente. Es necesario probar la preexistencia (que la persona poseía el objeto que denuncia como robado), aunque sea por presunciones que la acrediten.

Robo con violencia: se debe recurrir a peritos para que determinen si intervinieron fracturas, incendio o falseamiento de puertas.

Heridas: el juez practicará el reconocimiento judicial de la herida y se identificará el arma con la que se hizo. Deben recibirse las declaraciones médicas sobre sus posibles efectos. No se puede sentenciar al acusado antes de 60 sesenta días, pues debe conocerse el resultado que causaron las heridas.

Aborto: el juez se presentará en la habitación que se haya designado como sitio del crimen con los peritos necesarios, tomará declaración al culpable y a las personas que viven con él/ella, recogerá trastes y sustancias sospechosas, buscará al feto y mandará a reconocer a la mujer. Los reconocimientos de mujeres, en todos los casos, se practicarán por matronas honradas y de buena fama. En ocasiones puede intervenir médicos legales. La mujer tiene derecho a negarse a ser reconocida.

Infanticidio: se seguirá el mismo procedimiento y se someterán a la decisión pericial las siguientes cuestiones: ¿la criatura estaba viva al nacer? ¿Qué edad tenía? ¿La mujer que se cree madre de la criatura es efectivamente la madre?

Rapto: el juez se trasladará al sitio del rapto, tomará declaración a familiares y vecinos, detendrá al raptor, depositará a la raptada

⁸ Se entiende por cuerpo del delito el delito mismo, es decir, la material ejecución del hecho prohibido por la ley. Los delitos para el efecto de su comprobación se dividen en delitos que dejan permanentes señales de su comisión (homicidio, incendio, heridas, estupro) y delitos en que con el hecho criminal desaparecen conjuntamente las señales o vestigios de su existencia (hurto, rapto, cohecho, adulterio). (*Ibidem*, pp. 219-285.)

en casa de familia decente y la mandará reconocer. Los peritos deben constestar dos preguntas: ¿existen signos ciertos de la desfloración? ¿Existen signos ciertos o probables de que esta desfloración fue causada por medio de la fuerza?

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro Primero, Título segundo, Capítulo IV, Arts. 121-157 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título I, Capítulo II, Arts. 82-104).

*Pruebas y diligencias relativas a la persona del delincuente.*⁹

— Código de procedimientos penales de 1880 y de 1894.

Cuando haya motivo bastante para sospechar que una persona es autor, cómplice o encubridor de un delito, debe procederse a la declaración indagatoria.

Si el culpable se halla privado de su libertad, esta declaración se deberá tomar en las 48 horas siguientes a la detención.

Procedimiento:

- se preguntarán al acusado sus generales;
- se le impondrá el motivo de su detención y si lo hubiera el nombre del acusador;
- se le interrogará sobre los hechos que se le imputan;
- de negar su participación, se le preguntará el lugar en que se encontraba en el momento de cometerse el delito;
- terminado e interrogatorio se hará saber al inculpado que puede nombrar defensor.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, Capítulo V, Arts. 158-161 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo III, Arts. 105-116).

⁹ Las pruebas respecto al delincuente pueden versar sobre su identidad, sobre las circunstancias que nulifiquen, atenúen o aumenten los cargos y sobre su responsabilidad pecuniaria.

a) Identidad: al dictarse auto de formal prisión se deberán tomar retratos de los reos, además de registrar en el acta su filiación.

b) Circunstancias que nulifiquen, atenúen o aumenten los cargos: para ello se debe considerar estado mental y voluntad del acusado en el momento del crimen. La enajenación mental comprende sonambulismo, delirio, epilepsia, hipocondría, pérdida del conocimiento de sí mismo, rabia o estado patológico del que fue mordido por animal rabioso y pasiones que pueden producir un trastorno mental. (*Ibidem*, pp. 285-307).

*El juicio*¹⁰

— Código de procedimientos penales de 1880 y Código de procedimientos penales de 1894.

Se observan diferentes procedimientos según se trate de juicios ante jueces de paz, menores foráneos o jueces correccionales.

a) Juicios ante jueces de paz y jueces menores foráneos: procederán sin necesidad de formar substanciación pero harán constar en un acta los motivos y fundamentos de su resolución.

b) Juicios ante jueces correccionales: en el caso de medidas preventivas y penas menores al arresto menor o multa de menos de 50 pesos, los jueces correccionales deberán proceder de la misma forma que los jueces de paz y jueces menores foráneos.

Para aplicar sanciones mayores deberán seguir otro procedimiento. Una vez concluida la instrucción, cuando el juez instructor correccional o de lo criminal, juzgue que el delito fuera de la competencia de lo correccional, procederá de la siguiente forma:

— poner la causa a la vista de las partes para que promuevan las diligencias que consideren convenientes;

— practicar las diligencias;

— pasar la causa al Ministerio Público para que formule conclusiones;

— celebrar la audiencia donde se dará cuenta de la causa y cada una de las partes, si estuvieran presentes, expondrá libremente lo que a su derecho convenga;

— pronunciar la parte resolutive de su fallo.

b) Juicios ante jueces criminales o jurado: si concluida la instrucción el juez instructor considera que el delito fuera competencia del Jurado ordenará que se ponga la causa a la vista del Ministerio Público, del procesado y de su defensor, y de la parte civil. Ya en estado de verse en jurado la causa se remitirá al juez de lo criminal. El juez preparará lo necesario para la celebración del juicio.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro segundo, Título segundo, Capítulos I-IV, Arts. 377-389 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro tercero, Título único, Capítulos I-IV, Arts. 247-339).

¹⁰ El juicio criminal se divide en sumario y plenario.

*E) El juicio por jurado*¹¹

— Reglas para el sorteo de jurados. Octubre 29 de 1872.

El sorteo se hará por los jueces y en presencia del secretario, de los acusados, de los defensores y de los fiscales. Se efectuará hasta estar reunidas todas las personas. El sorteo se hará utilizando un globo giratorio con las bolas que correspondan a los nombres contenidos en la lista de jurados del trimestre. Se separarán las bolas correspondientes a los nombres de los jurados que hubieran recusado. Concluido el sorteo se levantará un acta.

(En *Legislación mexicana*, 1878, Tomo XII, Documento 7099, pp. 395-396).

— Propuestas del Tribunal Superior del Distrito. Abril 27 de abril de 1880.

El Tribunal Superior del Distrito Federal consideró necesario reformar el procedimiento de formación de las listas de los jurados y la manera de instalarlo. Sostenía que se debía quitar la responsabilidad al Ayuntamiento. Además, consideraba que los jurados eran demasiado benignos, "alentando a los criminales con el ejemplo de la inmunidad". Aconsejaron que se suspendieran los juicios por jurado en tanto se reformara la ley.

(En *Memoria*, 1881, Documento número 42, pp. 37-38).

¹¹ Antes de la promulgación del código penal y del código de procedimientos penales, existía una ley que reglamentaba el funcionamiento del jurado popular.

— Ley de jurados del fuero común. Junio 15 de 1869:

Corresponderá al jurado conocer de todos los delitos del orden común cuyo conocimiento no atribuya la ley a tribunales de policía o tribunales correccionales. En el Distrito Federal el jurado conocerá como juez de hecho. Será presidido por el juez de lo criminal que conozca del proceso.

El Ayuntamiento formará la lista de todos los individuos que cumplan los requisitos para convertirse en jurados: ser mayor de 28 años; ser mexicano por nacimiento o naturalización; ser vecino de la capital; saber leer y escribir; no ser tahúr ni ebrio consuetudinario; no haber sido condenado en juicio; no ser empleado, funcionario público o tener una ocupación que no deje tiempo libre para fungir como jurados. (Las mujeres no podían fungir como jurados). De esa lista se sortearán 600 nombres. Después de revisarse las excusas se integrará una lista de 150 jurados por trimestre.

Para tomar como buena una votación de los jurados se necesitará mayoría absoluta. Dos días después, en base a la decisión del jurado, el juez dictará la sentencia.

(En *Ibidem*, pp. 339-345).

— Escrito de Ignacio Mariscal dirigido a la Cámara de Diputados. Mayo 12 de 1880.

Ignacio Mariscal apunta que el *Código de procedimientos penales* contenía importantes reformas al juicio por jurado. Afirma que dichas reformas fueron exigidas por “la voz de la prensa y del público en sus clases más ilustradas”. No considera que el pueblo no tuviera capacidad para formar jurados sino que la ley era imperfecta. Pidió que se suspendieran los juicios por jurado hasta promulgarse el *Código de procedimientos penales*, pues el documento contenía las reformas necesarias.

(En *Memoria*, 1881, Documento número 43, pp. 38-40).

— Circular de la Secretaría de Justicia. Junio 1o. de 1880.

El Presidente de la República pidió al Supremo Tribunal que comunicara a la Secretaría de Justicia e instrucción las reformas necesarias a la *Ley de jurados del fuero común*, decretada el 15 de septiembre de 1869.

(En *Memoria*, 1881, Documento número 45, p. 42)

— Código de procedimientos penales de 1880.

El *Código de procedimientos penales* introduce el juicio por jurado y contempla reformas en cuanto a su proceso de integración y funcionamiento.

El jurado conocerá de los procesos que instruyan los jueces de lo criminal. Será presidido por el juez que conozca el proceso (excepto en el caso del de Tlalpan, que deberá remitirlo a los de la Ciudad de México).

Los jurados deberán ser mayores de 25 años; mexicanos o extranjeros con cinco años de residencia en el país; haber residido al menos un año en el lugar del juicio; estar en pleno goce de sus derechos civiles; saber leer y escribir en español; contar con un modo honesto de vivir que produzca al menos un peso diario; y no haber sido condenados en juicio.

El Jurado estará integrado por once miembros. En lugar de sortear a los jurados entre todos los habitantes del Distrito, el *Código* establece que se debía sacar de los censos una lista inicial de 800 individuos. A partir de esa lista debía efectuarse el sorteo, sacando treinta nombres y permitiendo que cada parte recusara hasta seis.

Procedimiento de la audiencia:

- interrogatorio del acusado;
- lectura de sus primeras declaraciones;
- lectura del pedimento del Ministerio Público;
- examen de los testigos y peritos de cargo;
- examen de los testigos y peritos de descargo;
- careos (permitiendo a los careantes interrogarse y hacerse las reconvencciones del caso);
- alegato del Ministerio Público;
- alegato del defensor;
- resumen de los sucesos presentado por el juez;
- formación del interrogatorio por parte del juez;
- deliberación y votación de las preguntas;
- lectura del veredicto;
- sentencia;

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro segundo, Título segundo, Capítulo III, Arts. 347-370).

— Ley de jurados en materia criminal. Junio 24 de 1891, entró en vigor el 1o. de agosto de 1891.

Esta ley reformó lo expuesto en el *Código de procedimientos penales*, artículos 347-370, 409-524, 526, 539, 548-568.

En el Distrito Federal el jurado conocerá como juez de hecho. Será presidido por el juez de lo criminal que conozca del proceso. Se compondrá de nueve jurados, pues se creyó que la reducción disminuiría las posibilidades de que los juicios no se celebraran por falta de número. Los jurados deberán cumplir los siguientes requisitos: ser mayores de 21 años; mexicanos o extranjeros con tres años de residencia en México; “entender suficientemente el español” y saber escribir; tener un modo honesto de vivir; tener una profesión de las reconocidas por la ley y para la cual se expida título legal o tener pensión, renta, sueldo o utilidad de cualquier procedencia cuando menos de 100 pesos mensuales; residir dentro del territorio jurisdiccional de la Ciudad de México y no haber sido condenado en juicio. (Las mujeres no podían fungir como jurados).

Estaban impedidos para ejercer como jurados: los que tuvieran interés en el juicio, relaciones familiares o de intimidad con el

acusado; herederos, legatarios o curadores del procesado; los que tuvieren pendiente un proceso igual al que se tratara.

Excusas válidas para excusarse de fungir como jurados: por ocupación (jefes de oficinas públicas, empleados de ferrocarriles o telégrafos, ministros o estudiantes), enfermedad o edad.

El Gobernador del Distrito Federal formará una lista anual de 1500 individuos. Se recibirán las recusaciones. Se publicará después la lista definitiva dividida por trimestres (300 jurados por cada trimestre). Los jurados quedarán obligados a acudir cuando sean requeridos.

El juez instructor y el Ministerio Público decidirán cuando un delito es competencia del jurado. Se procederá al sorteo, sorteándose al menos cien nombres para sacar treinta. El Ministerio Público y el acusado podrán recusar hasta seis nombres cada uno. Esos nombres se sustituirán para volver a tener una lista de treinta.

Se citará a la audiencia donde, contando por lo menos con doce jurados, se procederá al sorteo de los que deben conocer la causa. De no asistir al menos doce la policía irá a buscarlos. De no reunirse la audiencia se pospondrá. Reunidos doce jurados se introducirá su nombre en un ánfora y el juez extraerá los nueve nombres que conformarán el jurado. De faltar peritos o testigos clave se diferirá la audiencia y volverá a efectuarse el sorteo.

Procedimiento de la audiencia:

- lectura de las conclusiones del Ministerio Público;
- lectura de las conclusiones de la defensa;
- interrogatorio del acusado (haciéndole las objeciones que surjan de su declaración y las pruebas que obraban en contra de lo que dice);
 - lectura de las constancias procesales;
 - examen de los testigos y peritos de cargo;
 - careos (permitiendo a los careantes interrogarse y hacerse las reconvencciones del caso);
 - alegato del Ministerio Público;
 - alegato del defensor;
 - formación del interrogatorio por parte del juez. (El interrogatorio contendrá una primera pregunta sobre culpabilidad, pre-

guntas sobre circunstancias calificativas, causas exculpantes, circunstancias que modifican, causas agravantes y atenuantes);

— resumen de los sucesos presentado por el juez. Dicho resumen deberá contener las circunstancias constitutivas del delito, las pruebas de cargo y de descargo rendidas durante la instrucción, y sus modificaciones en la audiencia;

— deliberación y votación de las preguntas;

— lectura del veredicto;

Las audiencias serán públicas y podrán entrar todos los individuos mayores de 14 años.

Al concluir la audiencia iniciará la audiencia de derecho. El Ministerio Público pedirá lo correspondiente y después lo hará el defensor. El juez pasará con su secretario a la sala de deliberaciones para pronunciar la sentencia. Vuelto al salón dará lectura a la sentencia. Las declaraciones hechas por el jurado serán irrevocables siempre y cuando procedan del voto de ocho o más jurados. De lo contrario y si el juez no coincidiera con el veredicto se remitirá la causa a la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia. El juez deberá elaborar la sentencia. Dicha sentencia deberá contener los datos del acusado, síntesis del proceso, los hechos declarados por el jurado bajo la palabra "resultando" y los fundamentos legales de la sentencia bajo la palabra "considerando".

Se concederán cinco días para la apelación de las partes. Si el reo apela no podrá ser sentenciado en segunda instancia a una pena mayor que la impuesta en la sentencia apelada. El recurso de casación procede por violación de la ley, ya sea en la sentencia ejecutoria o en el procedimiento.

Diferencias respecto a la legislación anterior:

- a) Requisitos necesarios para convertirse en jurado: se redujo la edad necesaria a 21 años; se permitió que fungieran como jurados los extranjeros con tres años de residencia en México; se incluyó una cláusula donde se exigía tener una profesión de las reconocidas por la ley y amparada con título legal o tener pensión, renta, sueldo o utilidad de cualquier procedencia superior a los 100 pesos mensuales.

b) Se especifican las causas que podían dar sustento a la recusación.

(En *Legislación mexicana*, 1898, Tomo XXI, Número 11,228, pp. 494-513 y en *Memoria*, 1892, Documento número 46, pp. 62-95).

— Código de procedimientos penales de 1894.

En materia de jurados se respetan los principios de la *Ley de jurados en materia criminal* dictada en junio de 1891.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, 1924, Libro tercero, Título único, Capítulos III y IV, Arts. 258-399).

— Ley de organización judicial para el Distrito Federal y territorios federales. Septiembre 9 de 1903, entró en vigor el 1ero de enero de 1904.

En materia de jurados no se introducen variaciones con respecto a la legislación anterior.

(*Ley de organización judicial*, 1903, también en *Memoria*, 1910, Documento número 70, pp. 247-281)

F) La policía judicial¹²

— Reglamento de comisarios de policía, inspectores de cuartel, subinspectores de manzana, ayudantes de acera y gendarmes bomberos. Enero 24 de 1878, entró en vigor el 15 de febrero.

Habrán en la capital seis comisarios, un inspector para cada cuartel, un subinspector para cada manzana y dos ayudantes para cada acera. Todos a las órdenes de la Inspección General de Policía.

¹² Al inicio del porfiriato existían en la capital dos órdenes de funcionarios judiciales. En primer lugar se cuentan los que integraban los tribunales judiciales. En segundo lugar los que pertenecían a la policía judicial. La policía judicial estaba integrada por:

a) Inspector general de la policía, inspectores y subinspectores: encargados de investigar las faltas y sustanciar el juicio respectivo.

b) Jueces de paz: encargados de practicar las diligencias correspondientes al juez de instrucción hasta que dicho funcionario tomara el proceso en sus manos.

c) Jueces de instrucción: encargados de practicar la instrucción de los juicios competencia de los tribunales correccionales y de jurados.

d) Ministerio Público: instituido para auxiliar cerca de los tribunales la administración de justicia, detener a los culpables de los delitos o a los reos prófugos.

(*Ibidem*. pp. 79-89).

Atribuciones y deberes de los comisarios e inspectores (se consignan únicamente los que atañen al problema de la criminalidad):

— Cuidar de que las labores de la oficina se ejecutaran debidamente y llevar los libros. (Uno de ellos destinado al resgistro de malhechores).

— Intervenir para impedir riñas o separar a los contrincantes.

— Informar de las aprehensiones a los agentes encargados de ejecutarlas.

— Acudir al sitio donde tenga lugar un delito y comunicar los casos de importancia al juez en turno.

— Trasladar al juzgado de lo criminal a los presuntos autores, cómplices o encubridores de los delitos, consignando sus datos y las circunstancias del crimen.

— Poner a disposición del gobernador a los infractores de policía.

— Mantener en absoluta incomunicación a los inculcados de delitos graves.

— Hacer las remisiones de reos a las cárceles. Si fuera necesario los reos deberán ir acompañados por gendarmes bomberos. Para las remisiones no deberán ocuparse los agentes apostados en las calles.

(Cambios respecto al Reglamento de 1874: se aumenta a seis el número de comisaría).

(*Reglamento de comisarios de policía*, 1878, también en *Colección de leyes*, 1884, Tomo II, pp. 200-211).

— Código de procedimientos penales de 1880 y de 1894.

La policía judicial tiene por objeto la investigación de todos los delitos, la reunión de las pruebas y el descubrimiento de los autores, cómplices y encubridores.

Se ejerce en la Ciudad de México por:

Inspectores de cuartel,

Comisarios de policía,

Inspector general de policía,

Ministerio Público,

Jueces correccionales y jueces de lo criminal.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título primero, Capítulo único, Arts. 11-12 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro primero, Título I, Capítulo único, Arts. 7-12).

Los agentes de la policía judicial, al tener conocimiento de un delito que pueda perseguirse de oficio, dictarán las providencias necesarias para aprehender a los culpables y reunir las pruebas, además de dar parte al juez para iniciar la investigación.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título primero, Capítulo único, Art.18).

La policía judicial no podrá penetrar en casas habitación, lugares cerrados o edificios públicos, sin contar con una orden escrita de un juez del ramo penal o la autoridad competente (excepto si son llamados por los habitantes del lugar o persiguen a un delincuente sorprendido *in fraganti*).

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título primero, Capítulo único, Art. 21).

— Reglamento de la ley de organización de los tribunales del Distrito Federal. Octubre 16 de 1880.

Cuando los policías judiciales reciban noticia de que se cometió un delito deben trasladarse al lugar de los sucesos y detener en el lugar a todos los presentes. (Todos los que presencian un hecho delictivo quedan obligados a prestar auxilio en la averiguación del delito y aprehensión de los delincuentes). Trasladarán a los sospechosos, ofendidos, y testigos a la Inspección de Policía, donde tomarán sus datos. Las actas levantadas deberán contener nombre del acusado, del agente que verificó la aprehensión, de los autores de la revelación o querrela, de los ofendidos y testigos; así como una relación sucinta de las providencias dictadas para averiguar el delito. Deben informar si los aprehendidos se resistieron y en qué estado se encontraban (sobresalto, agitación, embriaguez). Se procederá entonces a la averiguación verbal (extracto de las declaraciones de los testigos y circunstancias del delito) y las actas resultantes se remitirán al Ministerio Público en turno. Posteriormente conducirán los reos y los instrumentos del delito a la cárcel de la ciudad o la de Tlalpan, para consignarlos con el alcalde. Mientras tanto, impedirán que los consignados se comuniquen entre sí o con otra persona.

(En *Colección de leyes*, 1884, Tomo II, pp. 253-261; *Legislación mexicana*, 1886, Tomo XV. Documento 8250, pp. 527-552 y *Memoria*, 1881, pp. 65-90).

— Circular. Mayo 29 de 1886.

Los policías judiciales, al remitir su informe al Ministerio Público, no remitían una adecuada descripción y clasificación de las lesiones por no hacerlas debidamente las personas encargadas del servicio médico. Se fijan las reglas para la descripción y clasificación legal de las lesiones.

(En *Anuario de legislación y jurisprudencia*, Sección de legislación, Año III, 1886, pp. 444-446).

— Reglamento para el cuerpo de gendarmes montados. 15 de enero de 1893. Entró en vigor el 1o. de febrero de 1893.

El cuerpo de gendarmes montados tiene por objeto garantizar los intereses sociales, cuidando de la conservación del orden, de la paz pública y de la seguridad en las poblaciones, caminos y campos encomendados a su vigilancia.

Este grupo formaba parte del Cuerpo de Policía, los gendarmes eran civiles pero los jefes del cuerpo eran militares, el alistamento era voluntario pero una vez inscritos debían servir al menos por tres años.

Objetivos de la corporación:

- prevenir toda infracción delito o crimen;
- descubrir o averiguar los delitos cuando se hubieran cometido, aprehendiendo a los culpables y poniéndolos a disposición de las autoridades.

(En *Anuario de legislación y jurisprudencia*, Sección de legislación, Año X, 1893, pp. 30-58).

— Reglamento de las obligaciones del gendarme. Febrero 15 de 1897.

a) Servicio de vigilancia: discretamente informar de los nombres, profesiones, manera de vivir y demás datos útiles acerca de todos y cada uno de los vecinos de las calles sometidas a su vigilancia.

b) Conservación expedita de la vía pública.

c) Persecución de faltas y delitos.

d) Aprehender de forma inmediata a los ebrios escandalosos, a las prostitutas que se situen en las calles o que rodeen por ellas, al que arroje en la vía pública cosas que puedan causar molestia o

daño, al que dispare armas de fuego, al que deje vagar un animal maléfico o bravo, al que cometa con los animales cualquier acto de crueldad, al que moleste a las personas o cause daño en propiedad ajena, "a todo aquel a quien se pueda presumir con fundamento que está cometiendo o acaba de cometer alguna falta o delito".

(En *Anuario de legislación y jurisprudencia*, Sección de legislación, Año XIV, 1897, pp. 139-155)

El Ministerio Público

Tal y como establece la *Ley de organización de tribunales*, decretada en septiembre de 1880, el Ministerio Público era una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta, en los casos y por los medios que señalaban las leyes.¹³

En el Distrito Federal estaba dirigido por el Procurador de Justicia. En el fuero común compuesto por fiscales (quienes constituían la parte acusadora en las causas criminales, actuando como representantes de la sociedad) y por promotores fiscales (encargados de promover lo conducente a la averiguación de la verdad en los procesos criminales, de los que tomaban conocimiento desde el momento en que se dictaba el auto de formal prisión).¹⁴

— Ley de organización de tribunales. Septiembre 15 de 1880, entró en vigor el 1o. de noviembre de 1880.

El Procurador de Justicia en el Distrito Federal representará al Ministerio Público en el Tribunal Superior. De él dependerán nueve agentes y a ellos estarán subordinados los agentes de la policía judicial.

(En *Memoria*, 1881, Capítulo VIII, pp. 41-54)

— Código de procedimientos penales de 1880.

El Procurador de Justicia en el Distrito Federal representará al Ministerio Público en el Tribunal Superior. De él dependerán

¹³ Ley de organización de tribunales, Capítulo VIII, Art. 51, p. 46.

¹⁴ PALLARES, *op. cit.*, pp. 70-72.

nueve agentes y a ellos estarán subordinados los agentes de la policía judicial.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título primero, Capítulo IV, Art. 28).

Dependerán del Ministerio Público el inspector general de policía, inspectores, comisarios, prefectos y subprefectos, policías, jueces auxiliares, de paz y, menores foráneos.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título primero, Capítulo IV, Art. 29).

El representante del Ministerio Público que tenga noticia de un delito que se persiga de oficio, requerirá inmediatamente del juez para iniciar el procedimiento.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título primero, Capítulo IV, Art. 30).

— Reglamento del Ministerio Público en el Distrito Federal. Junio 30 de 1891.

El Procurador de Justicia dependerá directamente de la Secretaría de Justicia. Debe proponer al Secretario lo conveniente al Ministerio, informarle de su funcionamiento y de la conducta de sus agentes, presentar anualmente un cuadro de la criminalidad. Entre sus atribuciones toca vigilar la conducta de los agentes y defensores de oficio.

Agentes: deben acudir a los juzgados de su adscripción, asistir a las insaculaciones y audiencias del jurado popular, formular las conclusiones, presentar informes mensuales con el nombre de los reos sentenciados y el estado de los procesos que se les hubieran encargado. Uno de ellos estaba adscrito al juzgado de Tlalpan y otro a la Junta de Vigilancia de Cárceles.

(En *Anuario de legislación y jurisprudencia*, Sección legislación, 1891, Año VIII, pp. 655-663).

— Reglamento del Ministerio Público en el Distrito Federal. Abril 25 de 1900.

El Procurador de Justicia dependerá directamente de la Secretaría de Justicia. Estará encargado de vigilar a sus agentes y a los defensores de oficio. Será el responsable de elaborar los cuadros

de estadística criminal. Los agentes adscritos al ramo penal deberán asistir a los juicios por jurado y formular las conclusiones. Habrá un agente adscrito a la Junta de Vigilancia de Cárceles, encargado de promover lo conveniente al estado de las prisiones y los reos.

(En *Memoria*, 1902, Documento número 92, pp. 315-323).

— Ley orgánica del Ministerio Público. Septiembre 12 de 1903, entró en vigor en enero de 1904.

El Ministerio Público representa el interés de la sociedad ante los tribunales, cuidando que se apliquen las penas impuestas en los tribunales. Depende del Ejecutivo por medio de la Secretaría de Justicia.

(*Ley orgánica del Ministerio Público*, 1903, también en BARRAGÁN, 1976, pp. 578-582).

— Reglamento del Ministerio Público del Fuero Común. Noviembre 19 de 1909.

El procurador de Justicia estará representado en los recursos de casación y en las segundas instancias de los juicios criminales por tres agentes. Para los asuntos del ramo penal habrá ocho agentes. Deberán acudir a los tribunales para promover lo conveniente en los procesos, formular conclusiones con los datos del proceso, interponer los recursos de apelación y casación cuando la sentencia sea contraria al pedimento del Ministerio Público.

(*Reglamento del Ministerio Público*, 1909, también en *Memoria*, 1910, Documento número 61, pp. 234-240).

V. LAS GARANTÍAS DEL ACUSADO

A) Las garantías del acusado

— Constitución de 1857.

En la República Mexicana nadie puede ser juzgado por leyes privativas, ni por tribunales especiales.

(*Constitución de 1857*, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre, Art. 13).

Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicables a él, por tribunal que previamente haya establecido la ley.

(*Constitución de 1857*, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre, Art. 14).

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. (Excepto en el caso de delito *in fraganti*).

(*Constitución de 1857*, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre, Art. 16).

Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo de fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquier otra ministración de dinero.

(*Constitución de 1857*, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre, Art. 18).

Cuando haya motivo bastante para sospechar que una persona es autor, cómplice o encubridor de un delito, debe procederse a la declaración indagatoria.

Si el culpable se halla privado de su libertad, esta declaración se deberá tomar en las 48 horas siguientes a la detención.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, Capítulo V, Art. 158 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo III, Art. 105).

Ninguna detención puede exceder el término de tres días, sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley.

(*Constitución de 1857*, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre, Art. 19).

En todo juicio criminal el acusado tendrá las siguientes garantías: que se le haga saber el motivo del procedimiento y el nombre del acusado y el acusador, si lo hubiere; que se le tome su declara-

ración preparatoria dentro de las 48 horas siguientes a la detención; que se le caree con los testigos que depongan en su contra; que se le faciliten los datos que necesite para su defensa; que se le oiga en defensa sólo por persona de confianza y en caso de no tener quien lo defienda que se le presente una lista de los defensores de oficio para que seleccione al que le convenga.

(*Constitución de 1857*, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre, Art. 20).

— Código de procedimientos penales de 1880.

La policía judicial no podrá penetrar en casas habitación sino por orden escrita del juez del ramo penal o la autoridad competente.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título primero, Capítulo I, Art. 21).

El reconocimiento y el examen que tuvieran que efectuarse dentro de alguna casa habitación, edificio público o lugar cerrado, no podrán practicarse sino por juez o funcionarios que tienen la facultad de hacerlo, previa orden que lo determine.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo IV, Art. 117).

Nadie puede ser aprehendido sino por autoridad competente o en virtud de orden escrita por ella. (Excepto en delincuentes sorprendidos *in fraganti* o prófugos).

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, Capítulo XVII, Art. 245 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo XII, Art. 222).

Los encargados de efectuar la aprehensión deberán evitar el uso de la violencia.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, Capítulo XVII, Art. 248 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo XII, Art. 225).

En todo caso de aprehensión, el inculpado deberá ser consignado a la autoridad competente en las 24 horas siguientes a la detención.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título primero, Capítulo I, Art. 23 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo XII, Art. 226).

La detención no podrá exceder de los tres días y deberá efectuarse en un sitio especial.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, Capítulo XVII, Art. 252 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo XII, Art. 230).

Durante estos días permanecerá incomunicado, lo cual no impide que se le faciliten todos los auxilios necesarios.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo XII, Arts. 229 y 231).

La prisión formal sólo podrá decretarse si se comprobó la existencia del hecho ilícito y si existen pruebas suficientes para considerar culpable al acusado.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, Capítulo XVII, Art. 255 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo XII, Art. 233).

Ninguna persona podrá ser castigada por los delitos de que habla el código penal, sin ser previamente oída en juicio por los tribunales que la ley señala y en la forma que determina este código.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título preliminar, Art. 10).

El acusado podrá asistir por sí o por medio de su defensor a todos los actos de instrucción que se practiquen.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, Capítulo V, Art. 167).

Ningún acusado podrá ser castigado sino cuando se le haya probado que existió el delito y él lo perpetró.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro segundo, Título segundo, Capítulo II, Art. 391).

B) El derecho a la defensa y los defensores de oficio

Los defensores de oficio o defensores de pobres eran empleados retribuidos por el erario y dedicados a defender a los individuos que “por su ignorancia y pobreza” no pudieran hacer valer judicialmente sus derechos.¹⁵

— Constitución de 1857.

En todo juicio criminal el acusado tiene derecho a que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que le convenga.

(Constitución de 1857, Título primero, Sección I. De los derechos del hombre, Art. 20)

— Comunicación del Presidente de la República. Agosto 19 de 1876.

Se repitió el acuerdo tomado el 8 de octubre de 1869. Según este acuerdo los defensores de oficio quedaban obligados a turnarse para asistir diariamente a las cárceles.

(En *Memoria*, 1878, Documento número 102, p. 190).

— Comunicación del Ministerio de Justicia. Febrero 24 de 1877.

Los reclusos de la Cárcel Nacional se quejaron por la inasistencia de los defensores de pobres. El Presidente de la República retomó el acuerdo del 8 de octubre de 1869 y recomendó a los defensores que se turnaran para asistir diariamente a las cárceles.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 280-282 y *Legislación mexicana*, 1886, Tomo XIII, Documento número 7592, pp. 165-166).

— Ley de organización de tribunales. Septiembre 15 de 1880 (entró en vigor en noviembre 1o. de 1880).

Se contempló la existencia de seis defensores de oficio para el Distrito Federal. Para ocupar la plaza se requería ser mexicano y

¹⁵ *Ibidem*, p. 70.

haber obtenido el título de abogado. Los defensores eran nombrados y removidos libremente por el Ejecutivo. Quedaban obligados a asistir a las prisiones al menos una hora por día. En dicha visita debían tomar instrucción a los presos y promover lo conveniente a su defensa.

(En *Memoria*, 1881, documento número 46, pp. 41-54).

— Código de procedimientos penales de 1880 y de 1894.

Al término del interrogatorio se le deberá notificar al detenido su posibilidad de nombrar un defensor. De no tener persona de confianza se le mostrará la lista de los defensores de oficio para que seleccione a uno de ellos. Si se tratara de un menor de 14 años tocará al juez hacer el nombramiento.

(Código de procedimientos penales de 1880, Libro primero, Título segundo, Capítulo V, Arts. 161-162 y Código de procedimientos penales de 1894, Libro segundo, Título primero, Capítulo III, Arts. 107-116).

El acusado podrá asistir por sí o por medio de su defensor a todos los actos de instrucción que se practiquen.

(Código de procedimientos penales de 1880, Libro primero, Título segundo, Capítulo V, Art. 167).

— Ley orgánica del Ministerio Público. Septiembre 12 de 1903 (entró en vigor en enero de 1904).

Se incrementa el número de defensores de oficio: seis en la ciudad de México, uno en Tacubaya, uno en Tlalpan y uno en Xochimilco.

(Ley orgánica del Ministerio Público, 1903, Título II, pp. 11-13).

— Reglamento del Ministerio Público del Fuero Común. Noviembre 19 de 1909.

Los defensores tendrán el deber de asistir a los tribunales que conozcan de los procesos en que intervienen. Los de la Ciudad de México deberán visitar diariamente la Cárcel General para dar audiencia a los presos que la soliciten.

(Reglamento del Ministerio Público, 1910, Capítulo XII, pp. 26-27).

VI. LOS RECURSOS

A) La apelación

— Código penal de 1880 y de 1894.

Pueden apelar el Ministerio Público, el acusado, el defensor y la parte civil.

Son apelables las sentencias definitivas pronunciadas por los jueces de primera instancia de Tlalpan en penas mayores a dos meses de arresto y 200 pesos de multa (excepto en el caso en el que el Ministerio Público hubiera pedido una pena mayor), las sentencias pronunciadas por los jueces de lo criminal y jueces correccionales (excepto cuando se impusiere una pena menor de dos meses de arresto o 200 pesos de multa).

Aun cuando sólo el reo apelare, podrá ser condenado en segunda instancia a una pena mayor o menor que la impuesta en la sentencia, si ésta no estuvo arreglada a derecho.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro tercero, Título segundo, Capítulo II, Arts. 525-538 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro quinto, Título primero, Capítulo I, Arts. 478-500)

B) La casación

— Código penal de 1880 y de 1894.

Pueden interponer este recurso el Ministerio Público y la parte en cuyo perjuicio se haya violado la ley.

El recurso tendrá lugar contra las sentencias definitivas de segunda instancia en que se imponga una pena mayor de dos meses de arresto o doscientos pesos de multa.

Se puede interponer:

a) En cuanto al fondo, por violación de ley en la sentencia:

— cuando en la sentencia se castigó un hecho que la ley penal no clasifica como delito;

— cuando dicha sentencia declaró punible un hecho al que faltó alguno de los elementos que constituyen el delito

— cuando declaró no punible o no tomó en cuenta un hecho que la ley penal castiga;

— cuando se fundó en una ley no aplicable al caso;

— cuando en la sentencia ejecutiva se impuso una pena mayor o menor a la señalada por la ley.

b) Por violación de las leyes que arreglan el procedimiento:

— cuando el juez no procedió acompañado de su secretario o testigos de asistencia;

— cuando no se hizo saber al acusado el motivo del procedimiento y si lo hubiere, el nombre de su acusador;

— cuando no se permitió al acusado nombrar defensor;

— cuando no se practicaron las diligencias solicitadas por alguna de las partes;

— cuando se celebró el juicio sin la asistencia del juez, del Ministerio Público, del secretario o de los testigos de asistencia;

— cuando se cometieron errores en la insaculación;

— cuando no permitió al Ministerio Público, el acusado o su defensor, retirar, modificar o establecer nuevas conclusiones;

— cuando omitió en el cuestionario alguna de las preguntas que debieron hacerse al jurado;

— cuando el jurado no se integró por el número de personas que dispone el código de procedimientos penales;

— cuando hubo contradicción en las declaraciones del jurado

Para que el recurso proceda se requiere que si el motivo de casación ocurrió en primera instancia, se haya alegado en la segunda por vía de agravio y que no haya sido reparada la infracción de la ley.

El recurso deberá interponerse ante el tribunal o el jurado de responsabilidades, que de admitirlo lo remitirá a la Primera Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro tercero, Título segundo, Capítulo IV, Arts. 548-568 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro quinto, Título primero, Capítulos IV-V, Arts. 512-542).

C) La víctima

— Reglamento de la ley de organización de los tribunales del Distrito Federal. Octubre 16 de 1880.

Cuando los policías judiciales reciban noticia de que se cometió un delito deben trasladarse al lugar de los sucesos y tomar los datos de los ofendidos, para después conducirlos a la comisaría.

(En *Colección de leyes*, 1884, Tomo II, pp. 253-261).

— Código de procedimientos penales de 1880 y de 1894.

Para todos los efectos de la querrela, se reportará parte ofendida a todo aquel que haya sufrido algún perjuicio con motivo del delito.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, Capítulo I, Art. 56).

El ofendido de un delito que se persiga de oficio tiene la obligación de ponerlo en conocimiento de las autoridades.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo I, Art. 63).

En este caso, el desistimiento del ofendido no impide que el Ministerio Público continúe ejercitando la acción.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo I, Art. 55).

Los agentes del Ministerio Público deberán reconocer las huellas que el delito hubiera dejado en la persona del ofendido, excepto en los casos en que pudiera ofenderse el pudor, pues entonces el reconocimiento deberá hacerse por peritos.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro segundo, Título primero, Capítulo I, Art. 72).

La curación de la víctima se hará en hospitales públicos, excepto cuando el ofendido expresara su voluntad de ser atendido en su casa o por su propio médico. Sin embargo, aun en este caso, deberá ser examinado por los peritos médico-legalistas.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, Capítulo II, Arts. 88-89 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro sexto, Título único, Capítulo VI, Arts. 694-695).

Si para remediar el mal en su persona o evitar que progresen sus efectos, la situación del ofendido exigiese auxilios pecuniarios, el juez ordenará que se le proporcionen.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro primero, Título segundo, Capítulo II, Art. 88).

— Reglamento de las obligaciones del gendarme. Febrero 15 de 1897.

Cuando en una riña resultaran heridos graves, el gendarme deberá procurar que sean atendidos de forma inmediata, acudiendo incluso a médicos particulares. De lo contrario, deberá esperar a que se presenten los médicos de la comisaría.

Cuando se trate de un accidente, de un robo ratero o de una falta leve, cuyas consecuencias haya sufrido una señora, tendrá especial cuidado de no inferirle molestias, como la de conducirla innecesariamente a la comisaría, limitándose a tomar sus datos. Deberán guardarle todo género de consideraciones y se encargarán de hacerla respetar.

(*En Anuario de legislación y jurisprudencia*, Sección de legislación, Año XIV, 1897, pp. 139-155).

VII. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

— Código penal de 1871.

No se puede ejecutar sentencia alguna revocable ni sentencia de muerte irrevocable si el reo ha solicitado indulto.

No se puede ejecutar una sentencia irrevocable si el reo entrara en estado de enajenación mental.

(*Código Penal de 1871*, 1910, Libro primero, Título quinto, Capítulo IX, Arts. 245 y 246).

— Código de procedimientos penales de 1880 y de 1894.

La ejecución de las sentencias irrevocables en materia penal corresponde al Poder Ejecutivo. Será deber del Ministerio Público practicar todas las diligencias conducentes a fin de que las sentencias sean debidamente cumplidas.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro cuarto, Título primero, Capítulo único, Arts. 658-659 y *Código de procedimientos penales de 1894*, Libro séptimo, Título uno, Capítulo único, Art. 704)

A) La pena capital

— Código penal de 1871.

Las sentencias de pena capital no deberán ejecutarse en público ni celebrarse en domingo o días festivos; previamente a la ejecu-

ción se concederán al reo entre dos y tres días para recibir los auxilios espirituales que solicite; la ejecución se participará al público por medio de carteles que se colocarán donde se acostumbra fijar las leyes, en el lugar de ejecución y en el domicilio del reo, expresando su nombre y su delito; el cuerpo del delincuente deberá ser enterrado sin pompa alguna.

(*Código Penal de 1871*, 1910, Libro primero, Título quinto, Capítulo IX, Arts. 248-251).

— Código de procedimientos penales de 1894.

La pena de muerte se ejecutará conforme a lo prevenido en el código penal.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro séptimo, Título uno, Capítulo único, Art. 710).

B) La pena corporal y los establecimientos penitenciarios

— Código Penal de 1871.

No habrá distinción alguna entre los reos condenados a prisión, arresto o reclusión por delitos comunes. Todos tendrán aposento y muebles iguales y tomarán los mismos alimentos. En esta prevención no se comprende el lecho y el vestido pues podrán usar los que sus familiares les proporcionen.

(*Código Penal de 1871*, Libro primero, Título tercero, Capítulo I, Art. 64).

Todo reo se ocupará del trabajo asignado en la sentencia. Para ello se tomarán en cuenta sexo, edad, estado habitual de salud y constitución física. Se prohíbe el uso de la violencia física para hacer trabajar a los reos, a los renuentes se los pondrá en incomunicación. Los sentenciados serán empleados en las obras u artefactos que necesite la administración pública. Si el gobierno no pudiera darles ocupación venderán sus artefactos a particulares.

El producto del trabajo se distribuirá de la siguiente forma: 25% para el pago de la responsabilidad civil del reo, 25-28% para formarle un fondo de reserva y el resto para gastos y mejoras de la prisión. De este fondo se podrá emplear hasta la mitad para auxiliar a la familia del reo si ésta careciera de recursos.

(*Código Penal de 1871*, Libro primero, Título tercero, Capítulo I, Arts. 77-91).

— Reglamento de los Talleres de la Cárcel Nacional. Junio 22 de 1876.

Los productos elaborados por los reos podían venderse al gobierno o a particulares. En el segundo caso, la venta deberá hacerse en subasta pública, pero no podrá admitirse postura que no cubriera el precio de costo de los efectos. A los reos y sus familias se les deberá abonar semanalmente, siempre que el prisionero observe buena conducta, el 7.5% de la cantidad devengada por jornales.

(En *Memoria*, 1878, Documento número 100, pp. 174-177).

— Memoria que la Junta de Vigilancia de Cárcenes del DF eleva al Supremo Gobierno. Noviembre 30 de 1877.

En este informe la Junta de Vigilancia expuso los problemas existentes en los establecimientos penales y denunció las necesidades urgentes:

— Elaboración de un reglamento de cárceles.

— Construcción de una penitenciaría.

— Construcción de un establecimiento destinado a la corrección penal y la educación correccional.

— Separación, en departamentos, de los simplemente detenidos y los sentenciados a arresto.

— Fundación de talleres de trabajo (pues al suprimirlos se había dejado el trabajo como una cuestión voluntaria, lo que fomentaba el ocio en los reclusos).

— Construcción de una pared en la Cárcel Nacional que separara los departamentos de hombres y mujeres. Construcción de separos en el departamento de mujeres. Mayor espesor a las paredes que dividían los separos del departamento de hombres.

(En *Memoria*, 1878, Documento número 101, pp. 177-190).

— Comunicación de la Secretaría de Justicia. Octubre 21 de 1879.

Se repite la prohibición acerca de la celebración de prácticas religiosas de cualquier culto en el interior de las prisiones. Sólo en caso de extrema necesidad se permitía el ministro de auxilios espirituales.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 285-290).

— Proyecto de penitenciaría redactado por una comisión especial. Se propone aceptar como base el sistema Crofton (división de la pena en cuatro periodos, basados en el doble principio de ofrecer premio a la buena conducta y de castigar la perseverancia en el delito o la inmoralidad. El primer periodo es la prisión celular, que varía de ocho a nueve meses y en el cual se impone al reo trabajo penoso y sin retribución. El segundo es de prisión común con separación durante la noche y escuela y trabajo remunerado en el taller durante el día. El tercero lo prepara para la libertad, el reo habita un edificio que no tiene apariencia de cárcel y puede salir. Si su conducta es buena entra en el último periodo, en que se le concede la libertad preparatoria).

Se deberán separar las cárceles en que haya que sufrirse prisión preventiva y los establecimientos en que se extingan las condenas propiamente penales. Ingresarán en la penitenciaría los reos condenados a prisión ordinaria y extraordinaria.

En la parte concerniente a las reformas al código penal, se establece que todo reo se debía ocupar del trabajo que le destinara el director del establecimiento, ajustándose a los términos establecidos por el reglamento penitenciario. (Antes se le destinaba en la sentencia).

En cuanto a la distribución del producto del trabajo, el fondo de reserva se eleva hasta el 50-60% cuando el reo tenga familia que sostener.

(*Proyecto de penitenciaría*, 1885).

— Reglamento provisional de la Cárcel Municipal de México. Julio 6 de 1887.

Estarán autorizados para penetrar a los departamentos de la prisión autoridades y funcionarios públicos relacionados con la prisión, escribanos y secretarios de los juzgados, empleados del establecimiento, fuerza pública encargada de la seguridad, ministros de cualquier culto y médicos particulares. Los defensores sólo podían ingresar a un departamento destinado a estas visitas. Cualquier otro individuo que desee visitar la prisión deberá obtener autorización especial del gobernador del Distrito Federal o del regidor de cárceles.

Los reos podrán recibir alimentos del exterior.

Las visitas de los familiares se deberán celebrar por la alcaldía principal entre dos y cinco días en la tarde y en determinados días de la semana.

(En *Anuario de legislación y jurisprudencia*, Sección de legislación, Año IV, 1887, pp. 526-528).

— Código de procedimientos penales de 1894.

Corresponde al Poder Ejecutivo elegir la prisión en que el reo deberá sufrir la pena corporal.

(*Código de procedimientos penales de 1894*, Libro séptimo, Título uno, Capítulo único, Art. 704).

— Decreto del Gobierno que reforma varios artículos del Código penal. Septiembre 5 de 1896.

Se reforman los artículos 71, 72, 74, 77, 79, 85, 86, 88, 97, 104, 130, 136, 137, 287 y 407 del Código Penal. Las reformas pretendían preparar la implantación del sistema penitenciario, pues estaba próxima la inauguración de la Penitenciaría de México.

El decreto dispuso que los reos debían realizar el trabajo que le designara la dirección del establecimiento en que extinguieran su condena. Para ello debía tomar en cuenta sexo, edad, estado habitual de salud y constitución física.

El producto del trabajo se distribuiría de la siguiente forma: la mitad o 60% para formarse un fondo de reserva (si el trabajo no lo proporcionaba la penitenciaría este porcentaje podía elevarse hasta un 75%), la cuarta parte para el pago de la responsabilidad civil del reo y el resto para gastos o mejoras de la prisión. En caso de que el reo tuviera familia se extraería una parte del fondo de reserva para el sustento, que podía llegar hasta el 50%.

Se adoptó el sistema progresivo, que hacía depender de la conducta del reo la duración y las condiciones de la pena. Se señalaron tres periodos para la pena de prisión:

a) Primer periodo: debía durar al menos un sexto de la condena. En este periodo el reo permanece incomunicado de día y de noche.

b) Segundo periodo: debía durar al menos un tercio de la condena. El reo permanece incomunicado durante la noche, pero en el día trabaja con otros reclusos y puede recibir instrucción.

c) Tercer periodo: debía durar al menos seis meses. El reo es trasladado a un departamento diferente, no está incomunicado y se le permite salir al exterior para trabajar o desempeñar alguna comisión.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 379-385 y en *Memoria*, 1899, Documento número 58, pp. 119-124).

— Decreto del 29 de mayo de 1897.

Se autorizó al Ejecutivo para reorganizar los establecimientos penales.

(En *Establecimientos penales*, 1900, pp. 5-6).

— Decreto del Ejecutivo Organización de establecimientos penales en el Distrito Federal. Diciembre 13 de 1897.

Establecimientos penales existentes en el Distrito Federal:

a) Una cárcel de detención en cada una de las cabeceras municipales (con excepción de Tlalpan). Estas cárceles servían para detener a los individuos aprehendidos por cualquier clase de delito durante la práctica de las primeras diligencias de instrucción. Para detención y prisión preventiva de los individuos de cuyos casos conocieran los jueces menores y de paz. Para extinción de las penas de arresto menor y mayor.

b) Una cárcel municipal en Tlalpan que tenía las mismas funciones que las anteriores.

c) Una cárcel de Ciudad en México. Servía para la detención y arresto mayor de los reos de faltas de la competencia de las autoridades administrativas de la capital.

d) Una cárcel general en la Ciudad de México. Recibía a los reos sentenciados a arresto mayor y menor por las autoridades judiciales residentes en la ciudad y a los condenados a reclusión simple. También alojaba a los sentenciados a prisión ordinaria que no podían ingresar a la penitenciaría.

e) Una penitenciaría en la Ciudad de México para reos varones condenados a prisión extraordinaria, reincidentes condenados a prisión ordinaria y reos que en otra prisión hubieran mostrado mala conducta.

f) Una casa de corrección para menores dividida en dos departamentos: educación correccional y reclusión de corrección penal.

En el departamento de educación correccional se recibían varones menores de 14 años que hubieran delinquido sin discernimiento, varones menores consignados por medida administrativa dictada de oficio o a solicitud de los padres o tutores. El departamento de corrección penal servía para varones menores condenados a la pena de corrección penal.

(En *Anuario de legislación y jurisprudencia*, Sección de legislación, Año XV, 1897, pp. 1099-1101, en BARRAGÁN, 1976, pp. 396-400 y en *Legislación mexicana*, 1898, Tomo XXVII, Documento número 14265, pp. 409-410).

— Circular de la Secretaría de Justicia. Enero 30 de 1899.

Se dieron numerosos casos de fuga cuando los reos eran extraídos de la prisión para la práctica de diligencias. El Presidente de la República dispuso que sólo en caso de absoluta necesidad los tribunales debían ordenar la comparecencia personal de los reos fuera de los establecimientos penales.

(En *Memoria*, 1902, Documento número 103, p. 327).

— Reglamento General de los Establecimientos penales del Distrito Federal. Septiembre 13 de 1900.

Se contemplan los mismos establecimientos y funciones expuestas en diciembre de 1897; pero se especifican algunas cuestiones reglamentarias:

a) Se recibirá a los hijos de las mujeres presas mientras estén en lactancia y esté criándolos la madre. Al finalizar el periodo de lactancia serán entregados a manos de quien designe la presa o enviados a la Casa de Niños Expósitos.

b) Los enfermos se curarán en la enfermería de la prisión y sólo en caso necesario se enviarán al hospital.

c) En todas las cárceles habrá dos departamentos separados, uno de hombres y otro de mujeres. También habrá departamentos de distinción: sentenciados, encausados, jóvenes, detenidos, separos, presos políticos.

d) El trabajo será obligatorio pero no puede forzarse por violencia física. Al reo que se resistiera a trabajar se le doblará la sentencia.

e) La instrucción comprenderá lectura, escritura y las primeras cuatro reglas de aritmética. A los reos que ignoren estas materias se les obligará a asistir.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 411-486, en *Memoria*, 1902, Documento número 110, pp. 336-337 y en *Memoria del Ayuntamiento de México*, 1901, pp. 425-509).

— Circular de la Secretaría de Justicia. 20 de mayo de 1901.

El Presidente de la República dispuso que no se enviaran presos a San Hipólito si su estado de enajenación mental no estaba debidamente comprobado.

(En BARRAGÁN, 1976, p. 528 y en *Memoria*, 1910, Documento 78, p. 334).

— Reglamento de la Penitenciaría de México, septiembre 14 de 1900 y Reglamento de la Penitenciaría de México, diciembre 31 de 1901.

Se observan los principios incluidos en las disposiciones anteriores sobre establecimientos penitenciarios.

(Reglamento de la Penitenciaría de México, septiembre 14 de 1900, en BARRAGÁN, 1976, pp. 486-524; y Reglamento de la Penitenciaría de México, diciembre 31 de 1901, en VILLAMAR, 1906, pp. 407-457).

— Decreto de junio 20 de 1908.

A los establecimientos penales existentes se agregan:

— Cárceles municipales en Atzacapozalco, Tacubaya, Tlalpan y Xochimilco.

— Cárcel de detención en el resto de las municipalidades foráneas.

— Casa de corrección para menores mujeres.

— Colonia penal en las Islas Marías: para reos condenados a la pena de relegación).

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 616-620).

C) La junta protectora de presos

La Junta Protectora se creó en diciembre de 1871. Su objetivo era procurar y promover todo lo conducente a la mejora moral y la rehabilitación de los presos condenados. Estaba formada por veinte ciudadanos nombrados por el gobierno.

— Ley reglamentaria de la libertad preparatoria. Octubre 20 de 1871.

Obligaciones de la Junta Protectora:

— Visitar a los reos en prisión e instruirlos en los preceptos de la moral.

— Proporcionarles trabajo dentro de la prisión.

— Procurarles trabajo o modo honesto de vivir cuando se les otorgue libertad preparatoria.

— Cuidar de que el fondo obtenido de su trabajo en prisión sea usado para establecer un taller o industria honrada y para la manutención de su familia.

— Visitar a los reos en libertad preparatoria procurando no se extravíen de nuevo.

— Notificar cuando los reos en libertad preparatoria contravengan las condiciones a que están sujetos.

(Ley reglamentaria de la libertad preparatoria, Art. 16, en PALLARES, 1874, pp. 427-440).

— Reglamento del 30 de junio de 1874.

Obligaciones de la Junta Protectora:

— Visitar a sus protegidos al menos cada quince días e informar en las sesiones acerca de su estado.

— Procurar colocación y un modo honesto de vivir a los liberados y cuidar que invirtieran adecuadamente el fondo que sacaran de la prisión.

— Visitar a los reos que gozaran de libertad preparatoria haciendo todo lo posible para evitar que se extravíen de nuevo y procurarles relaciones con personas capaces de darles buenos ejemplos y de auxiliarlos.

(En *Legislación mexicana*, 1878, Tomo XII, Documento número 7284, pp. 613-616).

D) La junta de vigilancia de cárceles

— Reglamento de los artículos 71, 72 y 73 del Código Penal. Agosto 23 de 1877.

Quince días antes de que el reo termine su condena la Junta de Vigilancia de Cárceles debe remitir un informe de la conducta del reo al tribunal que pronunció sentencia en última instancia. En base a este informe el tribunal decidirá si se aplica la retención.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 282-283 y en *Memoria*, 1878, Documento número 104, pp. 191-192).

— Reglamento de la Junta de Vigilancia de Cárceles. Noviembre 19 de 1880.

La junta estaba regida por el presidente de la comisión de cárceles del Ayuntamiento de México e integrada por ocho vocales nombrados por el Ejecutivo, un agente del Ministerio Público nombrado por el Procurador y un secretario.

Tenía como obligación:

- Visitar las prisiones y vigilar la condición de los presos.
- Imponer a empleados y presos castigos disciplinarios.
- Encargarse del funcionamiento de los talleres y de la distribución del producto.
- Anotar la conducta de los reos.
- Llevar los ocursoos presentados por los reos que solicitaran libertad preparatoria y anexar un informe de conducta.
- Vigilar los fondos destinados a prisiones.
- Ministrar a los reos que gozaran de libertad preparatoria las cantidades provenientes de su fondo de reserva.

(En *Colección de leyes*, 1884, pp. 253-270 y en *Legislación mexicana*, 1886, Tomo XIV, Documento número 8268, pp. 646-659).

— Código de procedimientos penales de 1880.

La Junta de Vigilancia de Cárceles, integrada por ocho personas, deberá encargarse de cuidar que ingrese a la Tesorería Municipal el producto del trabajo de los presos, así como de todo lo relativo a este fondo.

(*Código de procedimientos penales de 1880*, Libro cuarto, Título tercero, Capítulo único, Arts. 678-687).

— Decreto que dispone la nueva organización de la Junta de Vigilancia de Cárceles del D.F. Septiembre 20 de 1900.

Desapareció el puesto de Regidor de Cárceles por lo que la Junta de Vigilancia quedaba sin presidente. Se acuerda que la junta debía elegir de su seno a un presidente y a un vicepresidente.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 525-527, en *Memoria*, 1902, Documento número 111, p. 338 y en VILLAMAR, 1906, pp. 324-325).

VIII. LA MEMORIA: DISPOSICIONES EN TORNO AL ARCHIVO JUDICIAL

— Ley de organización de tribunales. Septiembre 15 de 1880.

El archivo judicial estará bajo el cuidado del Tribunal Superior de Justicia. En este acervo se depositarán los procesos concluidos en el Tribunal Superior de Justicia, los juzgados de primera instancia, los juzgados correccionales, los juzgados menores y los juzgados de paz.

(En *Memoria*, 1881, Documento número 46, pp. 41-54).

— Ley de organización judicial para el Distrito y Territorios Federales. Septiembre 9 de 1903.

El Tribunal Superior del Distrito tendrá bajo su dependencia el archivo judicial, donde se depositarán los expedientes del orden civil o criminal concluidos por los tribunales del distrito.

(*Ley de organización judicial*, 1903, pp. 43-45).

ANEXO: LOS CAMBIOS

A) Reformas al Código Penal

— Ley que reformo los artículos 199, 376, 380, 384, 386, 387, 395, 407, 527, 552 y 553. Abril 30 de 1881.

Se aumentaron las penas al delito de robo, se especificaron las sanciones relativas al delito de lesiones, se fijaron penas al homicidio ejecutado en riña y, en el caso de plagio, se impuso la pena capital si por tormento o cualquier otro medio se causaba la muerte al plagiado.

(Ver concepto número uno: el delito y los delincuentes) (En *El Foro*).

— Ley que reformó los artículos 46, 199, 376, 380, 407, 527, 528, 552, 553, 816, 819 y 912. Mayo 26 de 1884.

Se corrigieron errores del código penal, por ejemplo, se señalaba como agravante de tercera clase el parentesco de afinidad en primer grado de la línea colateral, siendo que esta línea no admite ese grado. Asimismo, se aumentó la penalidad respecto al delito de robo. El adulterio doble dejó de considerarse únicamente como

agravante y se le fijó una pena especial. (Ver concepto número uno: el delito y los delincuentes)

(En *Anuario de legislación y jurisprudencia*, Sección Legislación, Año I, 1884, pp. 184-191).

— Decreto de la Secretaría de Justicia. Reforma el artículo 287. Mayo 26 de 1888.

Para la concesión del indulto, se exige que el reo hubiera cumplido las tres quintas partes de la condena, en lugar de las dos quintas partes.

(En *Anuario de legislación y jurisprudencia*, Sección de legislación, Año V, 1888, pp. 390-391).

— Decreto del Congreso de la Unión. Mayo 22 de 1894.

Se aumentó la duración de las penas al delito de robo y se simplificó su procedimiento.

(Ver concepto número uno: el delito y los delincuentes).

(En *Memoria*, 1892, Documentos números 62 y 67, pp. 127-136).

— Decreto del Gobierno. Reforma varios artículos del Código penal. Septiembre 5 de 1896.

Se reforman los artículos 71, 72, 74, 77, 79, 85, 86, 88, 97, 104, 130, 133, 136, 137, 287 y 407. La pena de prisión ordinaria y las penas de reclusión en establecimiento de corrección penal (superiores a los dieciocho meses), se entienden impuestas con calidad de retención por una cuarta parte más de tiempo. A los reos que exhiban buena conducta se les dispensará el tiempo restante y se les otorgará libertad preparatoria. Todo reo debe realizar el trabajo que le designe la dirección del establecimiento en que extinga su condena. Para ello se tomará en cuenta sexo, edad, estado habitual de salud y constitución física. La pena de prisión tendrá tres periodos.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 379-385 y en *Memoria*, 1899, Documento número 58, pp. 119-124).

— Ley que reformó los artículos 376, 378, 380, 670, 671, 673, 674, 675 y 676. Diciembre 15 de 1903.

Se reglamentó el delito de robo y se aumentó la penalidad. (Ver concepto número uno: el delito y los delincuentes).

(En *Código Penal de 1871*, 1910, pp. 526-530).

— Ley que reformó los artículos 376, 381, 416 y 492. Mayo 30 de 1906.

Reglamenta las penas contra robo y daños a la propiedad de la nación. (Ver concepto número uno: el delito y los delincuentes)

(En *Código Penal de 1871*, 1910, pp. 531-533)

— Adiciones al Código penal para el Distrito y territorios federales. Junio 20 de 1908.

Se establece la pena de relegación en colonias penales establecidas en islas o en lugares de difícil acceso.

(En BARRAGÁN, 1976, pp. 621-622, *Memoria*, 1910, Documento número 68, pp. 245-246)

B) Reformas al código de procedimientos penales

— Decreto del primero de junio de 1904 que reformó los artículos 33, 46, 47 y 236 del Código de procedimientos penales...

Se cambiaron disposiciones en torno a los jueces correccionales, jueces de paz, los de primera instancia y menores foráneos, así como los correccionales de México. Se dispuso que las Salas Cuarta y Quinta del Tribunal Superior de Justicia debían conocer de las apelaciones interpuestas contra los jueces correccionales. (Ver concepto número cuatro: los tribunales y sus agentes).

(En *Memoria*, 1910, Documento número 74, p. 330)

REFERENCIAS

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

Anuario de legislación y jurisprudencia
1891-1896 *Anuario de legislación y jurisprudencia*, Años VIII-XIII, México D.F.

El Foro
1876-1899 *El Foro. Periódico de jurisprudencia y legislación*, (Publicación diaria), Tomos V-I., México D.F.

Revista de legislación y jurisprudencia

1889-1890 *Revista de legislación y jurisprudencia*, Primera época, (Publicación semestral) Tomos I-IV, México D.F.

1893-1907 *Revista de legislación y jurisprudencia*, Segunda época, (Publicación quincenal o semestral), Tomos I-XXXII, México D.F.

FOLLETERÍA

Cartilla de instrucción para jurados

1909 *Cartilla de instrucción para jurados del fuero común en el Distrito Federal*, México, Tipografía de Francisco Díaz de León sucesores.

1905 *Cartilla de instrucción para jurados del fuero común en el Distrito Federal*, México, Tipografía de Francisco Díaz de León sucesores.

Decreto

1912 *Decreto de fecha de 1ero de junio de 1904 que deroga los artículos 33 de la Ley de Organización Judicial para el Distrito y Territorios y 4 y 7 de la Ley transitoria de procedimientos en la materia*, México, Francés Hermanos y Cardona.

1903 *Decreto modificando algunos artículos de la Ley Orgánica de Tribunales, Fecha 9 de septiembre de 1903*, México, Tipografía J.I. Guerrero y Compañía Sucesores de Francisco Díaz de León.

Informe

1903 *Informe que la Secretaría de Estado y del Despacho de Justicia e Instrucción Pública rinde al H. Congreso de la Unión acerca del uso que ha hecho de la autorización concedida al ejecutivo por decreto de 17 de diciembre de 1902*, México, Talleres Gráficos de la Casa Editorial J. de Elizalde.

Jurados

1892 *Ley de jurados en materia criminal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California*, México, Imprenta de las escaleras número 20, (Edición del *Boletín Judicial*).

Ley orgánica del Ministerio Público

1903 *Ley orgánica del Ministerio Público en el Distrito y Territorios Federales*, México, Impreso por J. F. Jens Sucesores.

Ley orgánica del poder judicial

1908 *Ley orgánica del poder judicial de la federación*, México, Imprenta de Antonio Enríquez.

Ley de organización judicial

1903 *Ley de organización judicial para el Distrito y territorios federales*, México, Imprenta de J. F. Jens Sucesores.

Ley de organización de tribunales

1892 *Ley de organización de tribunales del Distrito Federal y territorios de la Baja California*, México, Imprenta de las escaleras número 20, (Edición del *Boletín Judicial*)

Ley que reforma la de organización judicial

1911 *Ley que reforma la de organización judicial en el Distrito y Territorios Federales de fecha de 9 de septiembre de 1903*, México, Tipografía de Martín F. Reyes.

Ley transitoria de procedimientos del fuero común

1903 *Ley transitoria de procedimientos del fuero común para el Distrito y territorios federales*, México, Impreso por J. F. Jens Sucesores.

Reglamento de la Junta de Vigilancia

1895 *Reglamento de la Junta de Vigilancia de Cárceles del Distrito Federal*, México, Imprenta del Gobierno.

Reglamento de la Ley orgánica de Tribunales

1903 *Reglamento de la Ley orgánica de Tribunales para el Distrito Federal, el Partido Norte de la Baja California y el territorio de Quintana Roo*, México, Talleres Tipográficos de la Casa Editorial J. de Elizalde.

Reglamento del Ministerio Público

1910 *Reglamento del Ministerio Público del fuero común en el Distrito Federal, Territorio de Quintana Roo y partido Norte de la Baja California*, México, Imprenta de Antonio Enríquez.

Reglamento de policía

1901 *Reglamento de policía*, México, Secretaría de Gobernación, (Sección Segunda No. 116).

1878 *Reglamento de comisarios de policía, inspectores de manzana, ayudantes de acera y gendarmes*, México, Imprenta del Gobierno.

Tribunales

1892 *Ley de organización de tribunales del Distrito Federal y Territorios de la Baja California*, México, Imprenta de Las escalillas número 20, (Edición del "Boletín Judicial")

CUERPOS LEGALES

Código penal de 1871

1871 *Código penal para el Distrito Federal y territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la República sobre delitos contra la Federación*, México, Imprenta de Gobernación en Palacio.

1910 *Código penal del Distrito y Territorios Federales. Precedido por la exposición de motivos. Anotado y concordado con las leyes vigentes en la materia. Seguido de los decretos que lo han reformado hasta la fecha de esta edición*, México, Tipografía de la Compañía Editorial Católica.

Código de procedimientos penales de 1880

1880 *Código de procedimientos penales para el Distrito y territorios federales*, México, Imprenta del Comercio de Dublán y Compañía.

Código de procedimientos penales de 1894

1894 *Código de procedimientos penales para el Distrito y territorios federales. Expedido por el Ejecutivo en virtud de la autori-*

zación que se le concedió por el Congreso de la Unión el 3 de junio de 1891, México, Imprenta de Francisco Díaz de León Sucesores.

1924 *Código de procedimientos penales para el Distrito y territorios federales. Expedido en 6 de julio de 1894 por el Ejecutivo en virtud de la autorización que se le concedió por el Congreso en 3 de junio de 1891, con notas en que se contienen las reformas que le han hecho leyes posteriores y adicionado con el texto íntegro de las siguientes leyes: Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común y Ley Orgánica del Ministerio Público*, México, Herrero Hermanos Sucesores.

Constitución de 1857

1990 *Constitución Mexicana de 1857*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana (Nuestra Constitución, Cuaderno 3).

INFORMES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Memoria

1910 *Memoria que el C. Secretario de Estado y del Despacho de Justicia Lic. Justino Fernández presenta al Congreso de la Unión. Comprende el ramo de justicia en el periodo transcurrido del 1o. de enero de 1901 al 30 de junio de 1909*, 2 tomos, México, Imprenta de Antonio Enríquez.

1902 *Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública Lic. Justino Fernández presenta al Congreso de la Unión. Comprende desde el 1o. de diciembre de 1896 hasta el 31 de diciembre de 1900*, México, Imprenta de J. F. Jens Sucesores.

1899 *Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública Lic. Joaquín Baranda presenta al Congreso de la Unión. Comprende desde el 1o. de diciembre de 1892 hasta el 30 de noviembre de 1896*, México, Imprenta del gobierno en el ex-arzobispado.

1892 *Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública Lic. Joaquín Baranda presenta al Congreso de la Unión. Comprende desde el 1o. de diciembre de 1888 hasta el 30 de no-*

viembre de 1892, México, Imprenta del gobierno federal en el arzobispado.

1889 *Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción Pública Lic. Joaquín Baranda presenta al Congreso de la Unión. Comprende desde el 15 de abril de 1887 hasta el 30 de noviembre de 1880*, México, Imprenta del gobierno federal en el arzobispado.

1887 *Memoria que en cumplimiento del precepto constitucional presenta al Congreso de la Unión el Lic. Joaquín Baranda Secretario de Estado y del despacho de Justicia e Instrucción Pública. Comprende del 16 de septiembre de 1883 al 31 de marzo de 1887*, México, Imprenta del gobierno en el arzobispado.

1884 *Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción pública presenta al Congreso de la Unión en cumplimiento del precepto constitucional. Comprende del 16 de septiembre de 1881 al 15 de septiembre de 1883*, México, Tipografía de J. V. Villada.

1882 *Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción pública presenta al Congreso de la Unión en cumplimiento del precepto constitucional. Comprende del 1o. de enero de 1878 al 15 de septiembre de 1881*, México, Tipografía Literaria de Francisco Mata.

1878 *Memoria que el Secretario de Justicia e Instrucción pública presenta al Congreso de la Unión en cumplimiento del precepto constitucional. Comprende del 30 de noviembre de 1876 al 31 de diciembre de 1877*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León.

Memoria del Consejo Superior de gobierno

1906 *Memoria del Consejo Superior de gobierno del Distrito Federal correspondiente al periodo transcurrido del 1ero de julio de 1903 al 31 de diciembre de 1904 presentada al Secretario de Estado del despacho de gobernación*, Dos tomos, México, Talleres de encuadernación de Pablo Rodríguez.

Memoria del gobernador del D.F.

1888 *Memoria presentada al Lic. Manuel Romero Rubio Secretario de Estado y del Despacho de Gobernación por el general José Ceballos Gobernador del Distrito Federal y que comprende*

los años de 1886-1887, México, Eduardo Dublán y compañía impresores.

1885 *Memoria presentada al Lic. Manuel Romero Rubio Secretario de Estado y del Despacho de Gobernación por el general José Ceballos Gobernador del Distrito Federal*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León.

Memoria del ayuntamiento

1901 *Memoria del ayuntamiento de México en 1900*, México, Tipografía y litografía "La Europea".

COLECCIONES DE LEYES

BARRAGÁN BARRAGÁN, José

1976 *Legislación mexicana sobre presos, cárceles y sistemas penitenciarios*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales-Sria. de Gobernación, (Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social. Serie legislación 4).

Colección de leyes

1884 *Colección de leyes y disposiciones gubernativas, municipales y de policía vigentes en el Distrito Federal*, Publicada bajo la dirección del Secretario de Gobernación Nicolás Islas y Bustamante, Dos tomos, México, Imprenta y litografía de Ireneo Paz.

Establecimientos penales

1900 *Establecimientos penales en el Distrito Federal. Decretos y reglamentos*, México, Imprenta del gobierno en el arzobispado.

Legislación mexicana (Compiladores: en la primera época Manuel DUBLÁN y José María LOZANO, en la segunda Agustín VERDUGO) 1876-1912 *Legislación Mexicana o colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la Independencia de la República*, Años 1876 a 1910, México.

MACEDO, Miguel

1880 *Prontuario de cárceles. Colección de leyes, reglamentos y acuerdos relativos a las prisiones*, México, Imprenta poliglota.

RODRÍGUEZ, Ricardo

1911 *Leyes del procedimiento penal promulgadas en México desde su emancipación política hasta 1910*, México, Tipografía de la viuda de F. Díaz de León Sucs.

1902 *El código penal de México y sus reformas. Contiene una exposición histórica de las leyes penales vigentes en México antes de la promulgación del código y una sección de precedentes y legislación comparada con las instituciones penales adoptadas por la misma ley*, México, Herrero Hermanos.

PROYECTOS DE LEYES O DE REFORMAS

MEDINA Y ORMACHEA, Antonio de y Carlos A. de MEDINA Y ORMACHEA

1881 *Proyecto para el establecimiento del Régimen Penitenciario en la República Mexicana*, México, Imprenta del gobierno en Palacio.

MOHENO, Querido

1906 *Proyecto de ley sobre colonias penales y exposición de motivos del mismo*, México, Imprenta y encuadernación de R. Amilien Lacand.

CASTILLO VELASCO, José María, José CEBALLOS, Miguel MACEDO, Luis MALANCO, Antonio TORRES TORRIJA, Remigio SÁ-YAGO, Francisco de P. VERA, A. ROVALO, Joaquín M. ALCALDE, Pedro RINCÓN y José I. LIMANTOUR.

1885 *Proyecto de penitenciaría*. (Contiene proyecto de reformas y adiciones al Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California), México, Imprenta del Gobierno Federal en Palacio.

FEDERICO GAMBOA EN LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO

José Manuel VILLALPANDO CÉSAR

La lista de los profesores de la Escuela Libre de Derecho publicada en aquel año de 1921¹ incluía, como las listas que ahora se difunden, la protocolaria fórmula de *señor licenciado don*, antecedien- do al nombre del abogado que era titular de cada una de las cátedras que se impartían en la Escuela. Así, entre otros, aparecía el señor licenciado don Miguel S. Macedo, como profesor del Primer curso de Derecho penal y de procedimientos penales, así como profesor también de Historia del Derecho patrio. El señor licenciado don Pedro Lascurain era profesor del tercer curso de Derecho civil; el señor licenciado don Emilio Rabasa impartía el curso de Derecho constitucional y el señor licenciado don Manuel Herrera y Lasso era el profesor de Sociología.

La nómina de profesores de la Escuela —una veintena de más nombres, pertenecientes a prominentes y famosos abogados del foro mexicano—, rompía su metódica y famosa enumeración al llegar al profesor que impartía la materia de Derecho internacional público: Federico Gamboa, el único de todos ellos que no ostentaba el título profesional de abogado, porque no lo era, pues apenas había alcanzado a cursar el cuarto año de la carrera en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, la que abandonó por necesidad, ante la amenaza del hambre. Federico Gamboa era, sin embargo, miembro del claustro de profesores de la Escuela Libre de Derecho y en las listas aparecía simplemente como *señor don*.

¹ La "lista" está en los forros de la *Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho*, México, julio y agosto de 1921, núms. 1 y 2.

Quizá no necesitaba más título que ese. Así lo reconocieron y estimaron los vocales de la Junta Directiva de la Escuela cuando resolvieron invitar a Gamboa a que impartiera el curso de Derecho internacional público. Personalmente, hasta su domicilio, el día 22 de enero de 1921 Miguel S. Macedo y Emilio Rabasa fueron a notificar con gran solemnidad a Gamboa del acuerdo de la Junta Directiva que había sido aprobado también por la Junta General de Profesores de la Escuela. Ante la sorpresa, don Federico intentó justificarse: “pero, ¿han olvidado ustedes que yo no soy abogado?”,² a lo que los juristas respondieron con seguridad: “no, ni tampoco que es usted uno de nuestros internacionalistas”.³

Así, de manera tan sencilla, se inició la relación de Federico Gamboa, el célebre autor de la novela *Santa*, con la Escuela Libre de Derecho. Ciertamente, el incorporarse a la Libre provocó en Gamboa una gran emoción. No es aventurado suponer que así se lo comunicó a Rabasa y a Macedo, quienes seguramente le relataron la hasta en ese momento breve historia de la Escuela —apenas cumpliría nueve años de fundada— y también le habrán transmitido los ideales de libertad e independencia que señalaron y señalan hasta nuestros días, el carácter peculiar y único de esta Institución educativa. En la soledad de la noche, con su *Diario* como único confidente, Gamboa escribió que “sin vacilar, antes agradecidísimo, acepto el honor que tan espontáneamente se me brinda”.⁴

Una noticia más, que le dieron también Rabasa y Macedo, lo conmovió profundamente: Gamboa, que volvía apenas hace unos meses del destierro, pobre y sin recursos y que con dificultad encontraba medios para subsistir, aceptaba impartir su cátedra de Derecho internacional público gratuitamente, conforme al espíritu de la Escuela. Gamboa disfrutó particularmente esta condición, es más, puede afirmarse que lo llenó de orgullo, pues aceptaba la gratuidad de su servicio como profesor considerándolo también

² GAMBOA, Federico, *Mi Diario. Mucho de mi vida y algo de la de otros*, vol. VII, (1920-1939), México, CONACULTA, p. 12.

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

como un honor, “y para que resulte honor integral, es gratuito”. En su *Diario* apuntó satisfecho que prefería la sinceridad de los requisitos de la Escuela Libre de Derecho a la farsa que significan los empleos públicos: “prefiero esto, y con mucho, a que se me hubiese llamado a la cartera de Relaciones Exteriores. Esto es un honor, por dondequiera que se examine; lo otro es... lo que ustedes gusten”.⁵

Sus palabras encierran, sin embargo, buena parte de las desilusiones de su vida. A duras penas había podido regresar a México tras seis años de destierro, y con muchos trabajos pudo lograr algunos empleos con los cuales sobrevivir. Lo admitieron como profesor en la Escuela Nacional Preparatoria, en la Escuela de Altos Estudios y en la Normal de Profesores, impartiendo en todas ellas materias sueltas que apenas le proporcionaban lo suficiente para vivir, completando sus ingresos con colaboraciones en algunos periódicos. Gamboa desmentía con su vida y con sus tribulaciones económicas, la especie que circulaba por entonces de que todos los antiguos “porfiristas” se habían enriquecido escandalosamente. Había ocupado puestos diplomáticos de enorme importancia, pero sobre todo, cuando en 1910 fue subsecretario de Relaciones Exteriores, encargado del despacho, había manejado grandes sumas de dinero por ser él el responsable de organizar las fiestas del Centenario de la Independencia con las que don Porfirio quiso mostrar a todo el mundo el grado de civilización y de cultura que México había alcanzado. De ese gran derroche de dinero, Gamboa no dispuso para sí de un solo peso. La honradez llevada hasta el extremo, *rara avis* en medio de la rapiña del erario público, que enriqueció a los funcionarios porfiristas primero y a los funcionarios revolucionarios después. Por eso, el llamado que le hizo la Escuela Libre de Derecho a impartir gratuitamente sus conocimientos era un timbre de honor para él, algo que estaba muy por encima de la cotidiana y material búsqueda del pan de cada día.

“Usted uno de nuestros internacionalistas”, le habían dicho Macedo y Rabasa, y por eso lo invitaban a la Escuela. No era abogado, pero en cambio, era un experto en cuestiones internacio-

⁵ *Idem.*

nales. Su *currículum vitae* indicaba que su experiencia en la materia internacional databa desde 1888 en que don Porfirio lo designó tercer secretario de la Legación de México en Centro América. Tenía en ese entonces 24 años de edad, pues había nacido en 1864. Su carrera progresó cuando en 1891 ascendió a primer secretario, adscrito a la Legación de México en Sudamérica, con sede en Buenos Aires. Para 1900 era ya encargado de negocios de México en Centroamérica, puesto en el que destacó primero por ser un celoso defensor de los derechos humanos, protegiendo a los perseguidos y a las víctimas de las dictaduras locales, y segundo, por su férrea defensa de la dignidad de las naciones centroamericanas en contra de los frecuentes intentos de intromisión de los Estados Unidos. Desde entonces, Gamboa se convertiría en un paladín de la lucha opositora a la hegemonía norteamericana. En 1908 fue llamado a la ciudad de México y designado subsecretario de Relaciones Exteriores, y a la muerte de Ignacio Mariscal, el titular del ramo, ocurrida en 1910, ocupó interinamente la dirección de las relaciones exteriores de México. Don Porfirio premió su lealtad nombrándolo en 1911 embajador de México en Bélgica y en los Países Bajos, nombramiento que le ratificó el presidente Francisco I. Madero. El gobierno del usurpador Victoriano Huerta confió a Gamboa la cartera de Relaciones Exteriores, regresando a México en 1913 a coronar su trayectoria diplomática en el más alto cargo al que puede aspirar un miembro del servicio exterior, pero nada más ocuparía el ministerio poco más de un mes, tiempo más que suficiente para protagonizar un incidente molesto con el enviado confidencial de los Estados Unidos, que pretendía intervenir en los asuntos internos de México. “La firmísima y digna actitud y respuesta de Federico Gamboa desconcertó a la arrogancia estadounidense, y probablemente inquietó a Huerta, quien no supo apreciar debidamente la patriótica dignidad de Gamboa”.⁶ El caso es que Huerta —furioso seguramente— lo cesó diciendo “me fregó mi Secretario de Relaciones con su literatura”⁷ y de paso, acabó con su carrera diplomática.

⁶ GARCÍA BARRAGÁN, María Guadalupe, “Prologo” a *Santa*, de Federico Gamboa, México, Promexa editores, 1979, p. XIV.

⁷ MAC GREGOR, Genaro Fernández, *El río de mi sangre*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 234.

Fueron veinticinco años de experiencia diplomática los que llevaron a Federico Gamboa a la cátedra de Derecho internacional público en la Escuela Libre de Derecho. El día 25 de enero de 1921, Emilio Rabasa en persona le llevó a su casa el nombramiento de profesor. En esa visita, según Gamboa, Rabasa le contó que había sido él quien lo propuso para la cátedra y que “no contento con que se me admitiera por unanimidad, en Junta General de Profesores pidió votación nominal, y mi admisión se ratificó, *nomine discrepante*”,⁸ asunto y decisión que no constan en las Actas de la Escuela, así es que alguno de los dos exageró, quizá el propio don Federico, que posiblemente mintió para hacer más apreciable el nombramiento. Recuérdese que Gamboa, sabiéndose un gran escritor —llegó a ser Director de la Academia Mexicana de la Lengua—, muy celoso de su figura pública y hasta de su fama póstuma, escribía su *Diario* para ser publicado. Para ese año de 1921, en las librerías de México ya estaban a la venta los tres primeros tomos de su *Diario*, al que bautizó con este sugerente subtítulo: *Mucho de mi vida y algo de la otros*.

Al día siguiente de la visita de Emilio Rabasa, Gamboa fue a conocer el edificio donde estaba la Escuela Libre de Derecho, lo que lo incitó a anotar en su *Diario*: “horrible morada la que ocupa en la calle del Carmen”.⁹ Parece ser que, en efecto, el sitio aquel era “horrible”. Un alumno de la Escuela de esos años, Germán Fernández del Castillo, y que sería discípulo de Gamboa, recordaba que la casa de la calle del Carmen “era vieja y fea... la accesoría y antiguas bodegas estaban ocupadas por una panadería de propietarios chinos, lo cual hacía que la Escuela estuviera impregnada constantemente de olor a pan caliente cuando no de humo...”¹⁰ El tener que impartir la cátedra en aulas que antes fueron recámaras y el tener que acudir a una biblioteca que antes fue “cuarto de baño” no arredró a Gamboa, antes bien, de inmediato pasó a saludar a Rabasa y a Pedro Lascurain, quienes lo impusieron de sus obligaciones como profesor, y se dispuso a inaugurar su curso el

⁸ GAMBOA, Federico, *Mi Diario...* vol. VII, (1920-1939), México, CONACULTA, p. 12.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Testimonio citado por LÓPEZ MEDINA, Manuel, en *Escuela Libre de Derecho, 70 Aniversario*, México, ELD, 1982, p. 25.

día viernes 28 de enero de 1921. Salió de allí entusiasmado por su nuevo compromiso docente. Presa de la emoción que todo maestro siente antes de iniciar un año lectivo, Gamboa solo alcanzó a musitar: “¡Dios vaya con los alumnos y conmigo!”¹¹

La víspera de la primera clase que daría en la Escuela Libre de Derecho, sumido en la melancolía que le producía el recuerdo de su esposa, fallecida apenas unos meses antes, el nostálgico Federico Gamboa plasmó en su *Diario* la impresión que en su alma provocaba el volver a dar clases: “¡Con cuánta complacencia he preparado mi cátedra de mañana, y también con cuánta tristeza! Pensé mucho en mi muerte, que haciendo labor junto de mi mesa, acompañábame por las noches, muy recién casados, a que preparara yo la cátedra que entonces di en la Preparatoria...”¹² Purificado ya su espíritu con el catártico ejercicio de la escritura, se dispuso entonces a emprender la noble misión —y la aventura también— de ser profesor de la Libre.

Debió ser un maestro muy simpático y ameno. Genaro Fernández Mac Gregor, que lo conoció bien, cuenta que Gamboa era un gran conversador, gracia que seguramente trasladó al salón de clases. En su plática sabrosa, a las damas las “sabía cautivar con sus atenciones y con sus ocurrencias” y a los varones les soltaba el “chorro saladísimo de sus reminiscencias y de sus cuentecillos”.¹³ Quizá lo mismo haría en la cátedra. Además, su buen carácter permitía que discurriera libremente la charla con los alumnos, los que abusaban del talante generoso del profesor para hacerlo perder irremediamente el tiempo hablándoles de otras cosas diferentes de la materia que se supone debía impartirles. Así lo confiesa uno de sus discípulos en la Libre, Enrique Torroella de la Estrada, quien asegura que “una de las cátedras más agradables era la de don Federico Gamboa. Escritor famoso por su novela *Santa*, convertido al catolicismo. Cuando no sabíamos la lección, le preguntábamos sobre la reina de Holanda, donde había estado de ministro plenipotenciario y nos hacía amenísima la clase, sonrien-

¹¹ GAMBOA, Federico, *Mi Diario...* vol. VII, (1920-1939), México, CONACULTA, p. 12.

¹² *Idem.*, p. 13

¹³ MAC GREGOR, Genaro Fernández, *El río de mi sangre*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 234.

do antes burlescamente porque se daba cuenta que en ese día no habíamos estudiado”.¹⁴ El buen talante del maestro contagiaba a sus alumnos, los que se permitían hacer divertidas bromas a sus costillas: en el *Jus Vacilare*, publicación jocosa e irónica de los alumnos de la Escuela de aquellos años, al narrar abiertamente que ninguno preparaba la lección ante la paciente y bonachona actitud de Gamboa, alguno de plano acudió a consultar a una cartomanciana para que le dijera “qué me preguntará don Federico en el examen”.¹⁵ Se podía recurrir a cualquier cosa en vez de estudiar.

Sus alumnos en la Libre se daban perfecta cuenta de que su maestro era todo un personaje. Probablemente lo que menos les importara era que fuese un experto en la materia de Derecho internacional público, pues tenía otros méritos mucho más atractivos para los jóvenes de entonces: se trataba de un escritor famoso, quizá el más famoso de México, que se había encumbrado gracias a *Santa*, ese personaje de la vida galante que de hecho lo inmortalizó. Es natural que los muchachos se sintieran atraídos hacia el autor de la novela mexicana más publicada y leída. ¿Cuántas veces sus alumnos no interrumpirían la clase para pedirle a su maestro que les hablara de *Santa*? Otra vez en el *Jus Vacilare*, un inspirado bardo juvenil comparaba el manual de derecho internacional de René Foignet,¹⁶ libro de texto de la clase, con las obras de Gamboa, seguramente comentadas en el aula, a lo mejor en lugar de la materia que se supone debía impartir:

Foignet es un viejo tonto
que escribe novelitas
que ya don Federico
dio en Internacional.¹⁷

¹⁴ TORROELLA DE LA ESTRADA, Enrique, “Apuntes de historia de la Escuela Libre de Derecho”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, 1985, núm. 9, p. 447.

¹⁵ *Jus Vacilare*, ed. facsimilar, México, Talleres Gráficos de la Nación, s.a., año I, tomo I, núm. 4, junio de 1925.

¹⁶ Jurista francés, autor de muy populares manuales de derecho civil, constitucional, penal, mercantil, internacional y romano.

¹⁷ *Jus Vacilare*, núm. 7, septiembre de 1925.

¿Leerían los alumnos las novelas de Gamboa, buscando algún rasgo autobiográfico de su maestro? Seguramente lo hicieron, no solo por el tema morboso de la prostitución, sino por saber, cómo era fama pública, que Gamboa había vivido en carne propia o había sido testigo de muchas de las sórdidas escenas que retrataba fielmente en sus novelas. lo que volvía sumamente interesante al profesor y a su obra. Para ese entonces no era un secreto la intensa vida amorosa de don Federico, “que había comenzado al quedarse solo y libre cuando había muerto su padre; vida constante de amores fáciles, que duró los treinta y tres años de su soltería. Su conocimiento directo del mundo galante y de los medios teatrales, literarios y artísticos en general, así como el de diversos casos y tipos de delincuencia que conoció durante sus años de escribiendo del juzgado de lo criminal, enriqueció la reserva de materiales que aprovecharía para caracterizar los personajes y pintar los ambientes de sus novelas”.¹⁸

Es posible que el pasado mundano de Federico Gamboa hiciera que sus alumnos quisieran ver alrededor de él, un halo de experiencia y locuacidad que el ya maduro escritor y profesor no ocultaba. Corría la anécdota, verídica por cierto, de que se encontró alguna vez a su amigo, el licenciado Antonio de la Peña y Reyes, “compañero de los buenos tiempos de despreocupación y de jolgorio. El primer domingo que pasaron juntos, don Federico lo interpeló: —¿Supongo que me acompañarás a misa?— Don Antonio se le quedó mirando, abrió dos veces la boca... y luego le dijo muy serio: —¿Por qué no? Te he acompañado a los garitos, a los burdeles, a las cantinas... ¿Por qué no he de acompañarte a misa?”¹⁹ Pasado el tiempo, con la edad y las penas, en la época en que fue profesor en la Libre, Gamboa se comportaba como un “caballero a la antigua”, dice Fernández Mac Gregor, “aunque el recuerdo de su pasado le retozara en el cuerpo cuando se hallaba en grata compañía”.²⁰

¹⁸ GARCÍA BARRAGÁN, María Guadalupe, “Prólogo” a *Santa* de Federico Gamboa, México, Promexa editores, 1979, p. VIII y IX.

¹⁹ MAC GREGOR, Genaro Fernández, *El río de mi sangre*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969, p. 233.

²⁰ *Idem.*

Pero también sus alumnos admirarían en él al católico convencido, al defensor de los derechos de su religión, y que había ganado fama y celebridad al prestarse a servir como candidato a la Presidencia de la República, postulado por el Partido Católico en 1913. Por supuesto, Victoriano Huerta dizque ganó la elección, que anuló al fin de cuentas, pero el episodio le trajo a Gamboa más prestigio popular, añadiéndoselo al que el pueblo le había concedido por haber escrito *Santa*. Resultaba curioso en las décadas de los veinte y de los treinta, cuando los periódicos levantaban encuestas para conocer las preferencias de la gente sobre el siguiente presidente de la República, que apareciera entre los nombres de los figurones revolucionarios el de Federico Gamboa, señal de que el pueblo no lo olvidaba, convirtiéndolo en objeto de la furia de los detentadores del poder.

En su *Diario*, Gamboa daba cuenta con orgullo de estos espontáneos e ingenuos homenajes de la gente, pero le bastaba saber, para satisfacer su vanidad, que la plaza de Chimalistac, escenario de *Santa*, fue rebautizada en su honor como Plaza Federico Gamboa, y que las calles aledañas llevaban ya los nombres de los personajes de su novela: “Mi *Santa* se incrustó ya para siempre en el pueblo de México”,²¹ aseguraba, y era cierto. Pero *Santa* hizo mucho más por él: no solo lo hizo famoso, sino también le dio de comer. En vida del autor, caso único en el México de entonces, *Santa* fue reeditada once veces —más de sesenta mil ejemplares— y fue llevada a la pantalla, primero en cine mudo y después en sonoro, participando en ésta última película Agustín Lara, que interpretaba su melodía *Santa*. El dinero producto de los derechos de autor, si no abundante, si fue al menos suficiente para aliviarlo de las penurias económicas que padecía: “¡Fiel y generosa *Santa*, que después de lo mucho que me has dado de aplausos, todavía vienes a socorrerme y a endulzar mi vejez menesterosa!”²² Con razón se contaba que don Federico bromeaba a todo el que encontraba, diciéndole que “él, tan católico que era, vivía de una mujer

²¹ GAMBOA, Federico, *Mi Diario...* vol. VII (1920-1939), México, CONACULTA, 1996, p. 164

²² *Idem.*, p. 256.

pública”,²³ refiriéndose a *Santa*, por supuesto. Otra versión de la misma, un poco más cuidada, es la que da Rodolfo Usigli, quien asegura que Federico Gamboa “no tenía inconveniente en reconocer —con aquel sentido humorístico suyo— que él vivía de *Santa*, la obra que más le había producido”.²⁴

Pero más allá de la literatura, de la vida bohemia, de anécdotas en casas *non sanctas*, de andanzas políticas y recuerdos diplomáticos, Federico Gamboa llegó a la Escuela Libre de Derecho a enseñar, a lo que él mismo consideraba la “ocupación más pura y más alta”.²⁵ El pretexto lo era el Derecho internacional público, pues las materias que verdaderamente enseñaba eran la libertad y la dignidad. Apenas hacía unos meses que había iniciado sus actividades como profesor de la Escuela cuando ya se había adaptado perfectamente al sistema de la Escuela y había adoptado también plenamente su espíritu, con el que fue fundada en 1912. La Junta Directiva de la Escuela le encomendó que pronunciara el tradicional discurso conmemorativo del 24 de julio, prueba de confianza que ilustra la seguridad que la Junta tenía de que los principios constitutivos de la Escuela ya habían calado muy hondo en el profesor novelista. Algunos párrafos de esta excepcional oración merecen ser recordados, como justo tributo a quien los pronunció lleno de fe y de esperanza:

Nuestra Escuela Libre de Derecho, muy modesta todavía, pero prudente y sabia desde su inicio, no ha querido lucir ninguna fisonomía confesional ni política, sino que ha limitado su ministerio a la enseñanza pura y simple de la jurisprudencia en todas sus múltiples e importantes ramas. Más aún, para que no se dude de esos sus propósitos de apartamiento saludable, no ha querido ni gestionar la reválida oficial de los títulos que expide; confórmase con enseñar concienzudamente lo que sus profesores saben, y hasta la fecha no

²³ Esta anécdota me la refirió el señor licenciado don Francisco de Icaza Dufour.

²⁴ Testimonio de USIGLI, Rodolfo, en *El trato con escritores*, (segunda serie), México, Instituto Nacional de Bellas Artes, 1964, p. 174.

²⁵ GAMBOA, Federico, *Discurso pronunciado en la solemne distribución de premios de la Escuela Libre de Derecho, efectuada el 24 de julio de 1921, en el Casino Español, por el señor don... Catedrático en ella de Derecho Internacional Público*, México, ELD, 1921, p. 11

se ha registrado el caso de que se tilde de incompetencia o escasa preparación a ninguno de sus graduados; lo que es mucho lograr para los tiempos que corren, en que casi todas las disciplinas se encuentran relajadas, e invertidos o postergados casi todos los valores morales.

El propio nombre que la Escuela ostenta, el venir de dónde viene y el saber a dónde va, oblijanla para consigo misma a una conducta severa y rectilínea. Si viene huyendo del atropello y del abuso, seguramente que ha de procurar no caer en ellos; si sabe que de seguir según va, contribuye a la salud nacional de que estamos harto menesterosos, tiene que cuidar, como cuida, cada uno de sus pasos; y si se llama “Escuela Libre de Derecho”, es decir, si su nombre evoca y representa las tres cosas fundamentales de que más ayunos hemos andado desde la Independencia acá, y aún antes, de escuelas, de libertad y de derechos, no hay temor de que jamás enseñe nada que tienda a menospreciarlas o escarnecerlas.

¡Qué para la magna obra de la reedificación nacional... sean los hijos de la Escuela los que más se distingan en el ejercicio de la profesión de Abogado, tan noble como la que más, si a las derechas se ejerce; que todos los muchísimos daños morales y materiales que nos afligen, y de que han sido causa nuestras pasiones políticas, desbocadas y ciegas durante más de diez años, en ellos encuentren sus esforzados defensores y sus naturales adalides; que ellos reivindiquen los derechos conculcados, que ellos enderecen todos los entuertos, que ellos enjuguen las lágrimas; sacien las hambres, vistan las desnudeces, amparen a las viudas, protejan a los huérfanos, apaguen los rencores, salven las virtudes zozobranteras, y lo mismo rescaten fortunas pingües que patrimonios modestos. En una palabra, que para bien del país, para satisfacción de la Escuela, y para desagravio de la profesión de Abogado... los graduados de esta Escuela Libre, por su preparación científica, y por su honradez y eficacia individuales, ganen al fin la victoria definitiva y tanto tiempo anhelada en esta tierra mártir y sin ventura, de enclavar para siempre en las conciencias y en las costumbres, sobre la violencia, el derecho, y sobre la injusticia, la ley!²⁶

²⁶ GAMBOA, Federico, *Discurso pronunciado...*, pp. 9 y ss.

Cuando terminó de leer esta magnífica oración, la ovación fue estruendosa. “Éxito grande de mi discurso, que emocionó profundamente al auditorio”, reconoce el propio Gamboa sin falsa modestia. “Superó a cuanto yo esperaba; abrazos, halagüeños comentarios. Propónese imprimir mi discurso para obsequiarlo entre mis admiradores”.²⁷ La vanidad de don Federico se vio recompensada por esta vez. Al día siguiente, todos los periódicos de la ciudad comentaban el gran discurso, y algún “admirador” mandó imprimir 250 ejemplares de él, obligando al Rector de la Libre, Miguel S. Macedo, a ordenar la impresión de 500 más por cuenta de la Escuela.²⁸

Al año siguiente, en 1922, la Escuela le depararía otra grata oportunidad de servirla. Fue designado como parte del sínodo ante el cual sustentaría su examen profesional el alumno Francisco Vázquez Pérez. Así recordó Gamboa ese momento que para él fue tan extraordinario: “En la mañana tuve una satisfacción muy legítima: integré, en la Escuela Libre de Derecho, el jurado que tituló de Abogado al joven estudiante Francisco Vázquez Pérez; es decir, que sin serlo yo, el mejor grupo de profesionales de México me consideró capacitado para contribuir a dar un título del que carezco”.²⁹ Sus compañeros de sínodo lo fueron los señores licenciados don Miguel S. Macedo, que lo presidió; don Ricardo Guzmán, profesor del curso práctico de procedimientos penales; don Carlos Vargas Galeana, profesor del segundo curso de Derecho romano, y don Ignacio Burgoa, profesor de Derecho administrativo. La tesis que presentó el sustentante para su examen, el 132 que celebraba la Escuela, se denominaba: “La novación por cambio de acreedor es una cesión de acciones”. El examen, por cierto, se efectuó como se estilaba en la Escuela, un sábado a las nueve de la mañana.³⁰

Probablemente algún comentario mal intencionado habrá provocado la participación de Gamboa en este examen profesional, por

²⁷ GAMBOA, Federico, *Mi Diario...*, vol. VII (1920-1939), México, CONACULTA, 1996, p. 31

²⁸ *Idem.*, p. 32.

²⁹ *Idem.*, p. 76

³⁰ Expediente de VÁZQUEZ y PÉREZ. Francisco Archivo de la Escuela Libre de Derecho, Titulados, núm. 132.

no ser Abogado y carecer de título alguno, por lo que, ya de plano soberbio y altivo, para callar a sus detractores que seguramente los tenía en la propia Escuela, rubricó el asiento del día diciendo que el título profesional “dicho sea de paso por cuenta mía, maldita sea la falta que me hizo nunca para escalar las cimas de mi intensiva vida pública”.³¹

Ya no lo incluyó en su *Diario*, poseído sin duda, como estaba, por el rencor, pero para el mismo examen profesional fue designado ponente del caso práctico, añeja costumbre de la Escuela que mide la pericia del sustentante ante un problema práctico, que se le presenta al alumno con 48 horas de anticipación a la fecha del acto público. Federico Gamboa planteó el siguiente caso de Derecho Internacional:

Un jornalero mexicano, previo contrato privado y perfecto por un año, fue a trabajar en unión de varios compatriotas suyos, a los campos algodóneros del Estado de la Luisiana, EE.UU. de A. Por razones de codicia y mala fe, disfrazadas con pretextos especiosos, el contratista luisianés, al cabo de seis meses, lo despidió y liquida hasta la fecha de su separación, dejando incumplidas, entre otras, dos condiciones del convenio, a saber: el pago de un mes de sueldo, a guisa de indemnización, y el del importe de su pasaje de regreso a México. El jornalero acudió al Cónsul de México más inmediato, en solicitud apremiante de auxilio inmediato. Dentro de sus atribuciones consulares, el Cónsul se lo impartió con toda eficacia; y cuando el negocio, admitido y tramitado en los tribunales inferiores, hubo de pasar al federal, éste desechó la demanda, a vuelta de porción de citas de leyes, ordenamientos y precedentes. El abogado, de cuyos servicios profesionales sirviérase el Consulado, demostró al Cónsul que la resolución era contraria a derecho, y por ello, una manifiesta denegación de justicia. Todavía el caso llegó hasta la Corte Suprema de Washington, y ese alto cuerpo, —esto es solo un mero suponer que en nada agravia su reputación legítimamente adquirida, de tribunal incorruptible y docto—, con-

³¹ GAMBOA, Federico, *Mi Diario...*, vol. VII (1920-1939), México, CONACULTA, 1996, p. 76

firmó la sentencia del inferior. Los pormenorizados informes consulares, la opinión pericial del letrado yanqui, y las gestiones del propio jornalero, repatriado por la Secretaría de Relaciones Exteriores, fuerzan al gobierno de México a entablar formal reclamación diplomática, por denegación de justicia. Dada la actual interrupción de relaciones diplomática entre México y los EE.UU. de América, ¿por medio de qué arbitrio legal zanjaría el conflicto nuestra Cancillería, y qué consecuencias trascendentales en pro de un forzoso reconocimiento sin condiciones, pudiera acarrear el hábil empleo de aquél arbitrio?

F. Gamboa³²
[rúbrica]

Los años felices de Federico Gamboa en la Escuela Libre de Derecho terminaron pronto. Para 1926, sus problemas con algunos maestros se intensificaron. Lamentablemente, tan cuidadoso en las formas, ni siquiera a su *Diario* confió quiénes eran sus malquerientes. Sin embargo, si bien no es posible identificarlos, es posible en cambio conocer los motivos que tuvieron algunos de los profesores para enemistarse con Gamboa: fueron éstos esencialmente políticos. Ya desde entonces, en la Escuela —independiente del poder público y ajena a todo fin político o credo religioso, como lo señala el artículo 1o. de su Estatuto de 1912—, se debatía la conveniencia o inconveniencia de mantener este espíritu de libertad frente al Estado o de someterse a él, o al menos, de no enemistarse con los poderosos, suponiendo sin conceder que esta actitud respondía de buena fe a la necesidad de que la Escuela sobreviviera en una época calificada de dictatorial. Para quienes así pensaban, Gamboa era indudablemente un elemento peligroso y perturbador, a quien el Estado callista deseaba silenciar.

La molestia contra Gamboa era producto de sus artículos periódicos, donde defendía con encono sus ideas, sobre todo las relativas a la libertad religiosa, en momentos en que arreciaba la persecución contra los católicos; además, Gamboa fue uno de los

³² Expediente de VÁZQUEZ y PÉREZ, Francisco, Archivo de la Escuela Libre de Derecho, Titulados, núm. 132.

primeros en denunciar públicamente al presidente Obregón por haber negociado los famosos Tratados de Bucareli. El asunto concreto, que demuestra la conspiración urdida desde las altas esferas del poder para hundir a Gamboa, fue el siguiente: El 31 de octubre de 1925, en el diario *Excelsior*, apareció una nota suscrita por Isidro Fabela, el diplomático de la Revolución quien por obvias razones políticas sería enemigo del diplomático porfirista y huerista Federico Gamboa, en la que lo acusaba de traición a la patria. Éste respondió al día siguiente, desmintiendo las afirmaciones apresuradas de Fabela y su respuesta causó “sensación”,³³ e incluso, en plena calle, los viandantes detenían a Gamboa para felicitarlo por su viril conducta.

Fabela replicó que publicaría una prueba contundente de la traición de don Federico y así lo hizo. Se trataba de una superchería, la burda falsificación de una carta, con una firma igualmente falsa de Gamboa, dirigida supuestamente al embajador de los Estados Unidos, con un texto muy comprometedor. El documento se deshacía por sus propias incongruencias, además de que iniciaba con una rotunda falsedad: aparecía suscrito en Nueva York en 1918, cuando en ese mismo momento Gamboa estaba en La Habana. Para acabar de demostrar la infamia, Gamboa argumentó que hubiera sido imposible que visitara aquella ciudad: años antes había sido declarado persona no grata por el gobierno de los Estados Unidos, y desde 1915 se vio obligado a abandonar aquel país.

Federico Gamboa no se conformó con responder a través de los medios impresos de comunicación. Armado de un gran valor, temerario en realidad pues nadie se atrevía a oponerse a Calles y sus secuaces, Gamboa decidió demandar penalmente a Isidro Fabela por calumnias y difamación. Fueron sus abogados los licenciados Víctor Velázquez y José María Lozano, quizá de lo mejor que había en el foro mexicano, y lograron vencer en juicio a Fabela, quien evitó la pena de cárcel con una “oportuna” comisión que la Secretaría de Relaciones Exteriores le confió en el extranjero. La opinión pública, los intelectuales, la gente de la calle, todos, unánimemente, apoyaron a Gamboa. Poco a poco se fue

³³ GAMBOA, Federico, *Mi Diario...*, vol. VII (1920-1939), México, CONACULTA, 1996, p. 157.

descubriendo el complot y Gamboa llegó por fin a enterarse de que el autor intelectual de la conjura en su contra lo había sido el encumbrado político Aarón Sáenz,³⁴ uno de los operadores más eficaces del binomio Obregón-Calles.

El triunfo judicial en contra de la dictadura y sus intrigas, celebrado por la sociedad mexicana, tuvo efectos contradictorios en el interior de la Escuela Libre de Derecho. Por una parte, los alumnos estaban de plácemes con la victoria del ilustre profesor: "Fui a mis clases. Todos mis alumnos critican acremente la injusticia de Fabela y se ponen a mis órdenes para lo que se me ofrezca. Esto me entenece profundamente",³⁵ apuntó Gamboa en su *Diario*. Además, su lance público con Fabela fue festejado jocosamente por los estudiantes. Para noviembre de 1925, siguiendo la mexicana tradición de escribir esos pequeños versos en broma llamados "calaveritas", el *Jus Vacilare* publicó la siguiente:

Ministro, diplomático,
reaccionario, académico,
literato, catedrático,
que el Foignet nos enseñó.
Nada de esto le sirvió
pues la muerte, con Fabela,
corriendo y a toda vela,
al panteón se lo llevó.³⁶

Los alumnos, como se ve, no temían a los poderosos de entonces. Sin embargo, la reacción de los profesores fue diametralmente distinta. A pesar de que Isidro Fabela no tenía ninguna relación con la Libre, quizá temerosos por las consecuencias que pudiera tener la Escuela al cobijar a tan valiente personaje o quizá también ofendidos algunos de los maestros por el atrevimiento de Gamboa, quien puso en evidencia las artimañas del grupo en el poder, el caso es que obligaron a don Federico a tomar una decisión: "Renuncié a la cátedra en la Libre de Derecho... La causa:

³⁴ *Idem.*, p. 159

³⁵ *Idem.*, p. 158

³⁶ *Jus Vacilare*, núm. 8, noviembre de 1925.

actitud de los profesores ante la calumnia y bajeza de Fabela".³⁷ Esto sucedió el 21 de enero de 1926. Prudente, en su carta de renuncia dirigida a la Escuela, anunció que un "quehacer inesperado"³⁸ le imponía el deber de renunciar. La verdad era otra, la que había apuntado en su *Diario*.

Sin embargo, la Junta Directiva de la Escuela —formada entonces por Macedo, Rabasa y Lascurain, quienes seguramente conocían el fondo del asunto, o al menos Rabasa, que era muy su amigo— no le aceptó la renuncia, y a cambio, para que pudiera atender ese inesperado "quehacer", le concedió un año de licencia.³⁹ También, con mucha propiedad, en el Libro de Actas de la Escuela Libre de Derecho no se asentaron los verdaderos motivos.⁴⁰ Al año siguiente Gamboa ya no regresó a la Escuela. En su lugar, fue designado profesor del curso de Derecho internacional público, el señor licenciado don Salvador Sánchez de la Barquera, joven ex alumno de la Escuela.

No terminaron aquí sus cuitas ni sus enfrentamientos con los autoritarios gobernantes mexicanos. En la siguiente batalla que libraría, tendría como contrincante a un egresado de la Escuela Libre de Derecho, pero esta vez, el derrotado Gamboa recibiría el afectuoso y fraterno auxilio de la Libre. Para 1928, Plutarco Elías Calles estaba harto de Federico Gamboa. El presidente interino de la República, el licenciado Emilio Portes Gil, primero de los peles que gobernaron a nombre del Jefe Máximo de la Revolución, le hizo saber a don Federico que estaba muy molesto por sus constantes artículos en donde "sistemáticamente zahiero con alfilerazos a la revolución y al gobierno",⁴¹ acompañando el aviso con una velada amenaza de destierro. No llegó a tanto, pero sí a

³⁷ GAMBOA, Federico, *Mi Diario...*, vol. VII (1920-1939), México, CONACULTA, 1996, p. 164

³⁸ Expediente de GAMBOA, Federico, Archivo Histórico de la Escuela Libre de Derecho. Clasif. G-23

³⁹ GAMBOA, Federico, *Mi Diario...*, vol. VII (1920-1939), México, CONACULTA, 1996, p. 164

⁴⁰ Libro de Actas núm. 1 de la Escuela Libre de Derecho, Archivo Histórico de la Escuela Libre de Derecho.

⁴¹ GAMBOA, Federico, *Mi Diario...*, vol. VII (1920-1939), México, CONACULTA, 1996, p. 214

otras medidas igualmente efectivas. Portes Gil había tomado posesión de la presidencia de la República el día 1o. de diciembre y ya para el 25 de ese mismo mes —“para aguinaldo, antójaseme algo tocoso”,⁴² diría Gamboa— acordaba con su Secretario de Educación Pública, el licenciado Ezequiel Padilla, otro egresado y fundador de la Escuela Libre de Derecho, la destitución por acuerdo directo del Presidente, de todas sus clases que impartía en establecimientos públicos —la Universidad Nacional y la Normal de Maestros—, aduciendo como motivos que “carezco de ideología revolucionaria y he atacado a la administración actual”,⁴³ es decir, por ser opositor al régimen totalitario impuesto por el maximato.

La situación económica se convirtió en apremiante para Gamboa, pues le cortaron la mayor parte de sus ingresos regulares. Hubo algunos intentos por ayudarlo a remediar las dificultades, como el del licenciado Carlos Díaz Duffoo, maestro fundador de la Escuela, y quien le ofreció interceder ante Portes Gil y ante Padilla, ambos discípulos suyos en la Libre, para que lo repusieran en sus empleos.⁴⁴ Gamboa se negó a pedir favor alguno a Portes Gil. Sólo hasta finales de 1934, disuelto el poder de Calles y gracias al rector Manuel Gómez Morín, la Universidad le levantó el castigo a Gamboa, lo recontrató y de paso lo designó por aclamación doctor *honoris causa*. Paradójica resulta la figura de Portes Gil en la historia de la Libre, la que el incidente con Gamboa permite reconstruir: por una parte, a él y a Ezequiel Padilla se debe el decreto que reconoce la validez de los estudios que se realizan en la Escuela, pero por otra, corría la versión entre los alumnos de las primeras generaciones de que don Emilio tenía mala reputación. A Enrique Torroella le advirtieron cuando llegó a la Libre: “Todos los muchachos que hay en la Escuela son buenos. Algunos parranderos, no por malos, sino porque están en edad de esas cosas. Pero hay uno solo que si es malo: Portes Gil”.⁴⁵

⁴² *Idem.*, p. 217

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ *Idem.*, p. 227

⁴⁵ TORROELLA DE LA ESTRADA, Enrique. “Apuntes de historia de la Escuela Libre de Derecho”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, 1985, núm. 9, p. 443.

Lo que no pudo hacer el presidente interino fue evitar que la Libre viniera en auxilio de Gamboa. Ya no era profesor de la Escuela pero sus antiguos discípulos, que no lo olvidaban, le organizaron un curso de varias conferencias a impartirse en la propia Escuela, “para ayudarme... Benevolencia de la directiva y de todos los profesores”.⁴⁶ Las conferencias versarían sobre temas literarios, históricos y jurídicos y se desarrollarían a lo largo de todo 1929. El público asistente pagaría por escuchar a Gamboa, y quizá por la publicidad obtenida por su fulminante cese, por su presencia combativa o por su fama literaria, el caso es que hubo gran demanda de localidades. El cupo sería para 200 personas y cada conferencia “me dejará por lo bajo unos 400 pesos... ¡El delirio! Si se realiza, habrá que bendecir ¡una vez más! a la Providencia”.⁴⁷ El milagro se realizó y Gamboa pudo subsistir, ganando inclusive más que lo que obtenía por sus clases en las escuelas públicas. Luego anotaría en su *Diario*: “Di mi primera conferencia con público excelente en calidad y en cantidad. La di de pie, de memoria y con serenidad admirable. Mucho me la aplaudieron. Emilio Rabasa y Pedro Lascurain acudieron a ella”.⁴⁸

Ese mismo año de 1929, en julio, Gamboa volvería a encontrarse con mucha de la gente de la Libre, con maestros, alumnos y sobre todo, ex-alumnos. Los reunía un motivo doloroso. El fallecimiento de uno de los rectores, don Miguel S. Macedo, “otro viejo amigo que se marcha”,⁴⁹ apuntaría con tristeza Gamboa. Al año siguiente, en abril de 1930, nuevamente otro duelo lo hizo compartir horas de nostalgia con la comunidad de la Escuela Libre de Derecho. Había muerto don Emilio Rabasa, amigo muy cercano de don Federico y quien lo había llevado a la Escuela. Acompañó al cortejo fúnebre hasta el cementerio y estuvo presente en la inhumación. Al llegar a su casa, de vuelta del campo santo garrapateó, abatido, estas palabras en su *Diario*: “En el entierro de Emilio Rabasa, fallecido ayer a sus setenta y cuatro años. Es

⁴⁶ GAMBOA, Federico. *Mi Diario...*, vol. VII (1920-1939). México. CONACULTA, 1996, p. 220.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Idem.*, p. 222.

⁴⁹ *Idem.*, p. 228.

una fuga de uno de nuestros mejores valores intelectuales. ¡Emilio lo fue, y altísimo! Y es lo peor que no se divisan herederos ni sucesores".⁵⁰

En 1931 regresaría a la Escuela Libre de Derecho como profesor del curso de Derecho internacional público, esta vez a petición del estudiantado en virtud de que el entonces maestro titular de la materia, el señor licenciado don Óscar Rabasa, pidió licencia y los alumnos de su cátedra elevaron una solicitud, firmada por todos ellos, a efecto de que se invitara a atenderla al "antiguo profesor de esta Escuela don Federico Gamboa".⁵¹ Impartiría la materia hasta finalizar el curso escolar de 1933,⁵² cuando se separó de la Libre; quizá creyó que ahora sí sería por última y definitiva vez.

Federico Gamboa murió el 15 de agosto de 1939, hace sesenta años. Sin embargo, el tiempo ha pasado y Gamboa ha permanecido en la Escuela Libre de Derecho. Su presencia se manifiesta en un retrato, obra del pintor Rodolfo de la Torre, fechado en 1939. ¿Quién encargó la pintura? ¿Sería la Escuela o serían sus discípulos? Imposible saberlo, pues no hay constancia de ello en su expediente personal ni mención alguna en las Actas de la Escuela. En el claroscuro del retrato, se perciben muy bien los ojos de Federico Gamboa, con su mirada de tristeza; bajo su largo y tupido bigote, sus labios esbozan una irónica sonrisa. Llaman la atención poderosamente sus manos huesudas y grandes que sostienen un libro. El título se lee perfectamente: se trata de *Santa*. Por medio de ese retrato, Gamboa se quedó físicamente con nosotros, y *Santa* también, su más famoso libro. Sin embargo, algo más se quedó aquí, una presencia espiritual que dejó huella en la Escuela Libre de Derecho: sus enseñanzas. Los alumnos que escucharon sus clases, los que asistieron al aula a escuchar al célebre profesor, fueron sabiamente conducidos por él a ser partícipes del ideal de vida humana más alto que podría alcanzarse, fincado en la paz y en la

⁵⁰ *Idem.*, p. 241.

⁵¹ Expediente de GAMBOA, Federico, Archivo histórico de la Escuela Libre de Derecho, clasif. G-23.

⁵² Libro de Actas núm. 2 de la Escuela Libre de Derecho, Archivo histórico de la Escuela Libre de Derecho.

tolerancia. Uno de ellos, emocionado y conmovido por la inolvidable y magistral disertación, concluyó que cuando se ganen la paz y la tolerancia, "entonces habremos encontrado la Arcadia soñada por los poetas y que tan bellamente nos pintó don Federico en una clase de Internacional".⁵³

⁵³ *Jus Vacilare*, núm. 3, mayo de 1925.

SECCIÓN MONOGRÁFICA

CLÁUSULAS "CANDADO" EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Reflexiones básicas sobre la autonomía de las partes para escoger la ley aplicable a sus contratos

Otto SANDROCK

Traducción de Josette SERRATO COMBE*

SUMARIO: I. Ejemplos y objetivos de las cláusulas "candado". II. La naturaleza jurídica de las cláusulas "candado". III. Nulidad resultante de las normas de orden público de la *lex fori*. IV. Nulidad resultante de una violación del orden público o disposiciones imperativas de la ley propia del contrato. V. Conclusión.

Los artífices hábiles de los contratos internacionales ocasionalmente tienen éxito en insertar ciertas cláusulas "candado". Dichas cláusulas ponen un freno a los contratantes en el ejercicio de los recursos (*remedies*) [LJSC1] contractuales. Aun cuando tienen una naturaleza vinculatoria para todos los signatarios del contrato, los efectos restrictivos de dichas cláusulas se sienten normalmente como "candado" sólo por la contraparte de la relación contractual.

* El presente artículo fue publicado originalmente en idioma inglés, en la revista *The International Lawyer*, publicación de la ABA/Section of International Law and Practice, invierno de 1997, vol. 31, núm. 4, bajo el título "Handcuffs Clauses in International Commercial Contracts: Basic Reflections on the Autonomy of the Parties to Choose the Proper Law for Their Contracts".

Aclaración: Se ha utilizado en la traducción el vocablo "recurso" o "recursos" como traducción de "remedy" e "remedies", que en el derecho anglosajón es usado, en el contexto de un contrato, como el o los mecanismos previstos en éste para subsanar situaciones de incumplimiento.

Hasta donde se conoce, las cláusulas "candado" nunca han sido objeto de un análisis jurídico. Existen dudas respecto a si dichas cláusulas tienen un valor ejecutorio, y si lo tienen en qué medida. El objeto de este artículo, por ende, es investigar hasta dónde reconocerse el efecto vinculatorio de dichas cláusulas.

Si uno no sigue la doctrina de la *lex mercatoria*, cuya precisión es cuestionable,¹ cada contrato internacional está regulado por una ley nacional específica, *i.e.*, por su ley nacional propia. La competencia de dicha ley propia no es internacional, sino que está restringida al *imperium* dentro del cual el legislador nacional puede ejercer, y ha ejercido, sus facultades legislativas. La cuestión, por lo tanto, sobre si una cláusula "candado" puede ejecutarse puede contestarse sólo sobre la base de una ley nacional específica.

La validez de las cláusulas "candado" depende, sin embargo, de los sistemas legales nacionales y de ciertos principios básicos de la ley del contrato. Estos principios básicos son más o menos similares a otros dentro de por lo menos esa parte del mundo reconocido como perteneciente a la civilización "occidental". El presente análisis examina, por ende, la validez de dichas cláusulas sobre la base de los sistemas jurídicos nacionales occidentales.

I. EJEMPLOS Y OBJETIVOS DE LAS CLÁUSULAS "CANDADO"

Al tratar de demostrar los objetivos subyacentes de las cláusulas "candado", es útil presentar primero algunos ejemplos de dichas cláusulas.

a) Ejemplos de cláusulas "candado"

Las cláusulas "candado" comparten una característica con otros tipos de cláusulas contractuales: existen legiones de diferen-

¹ Para referencias amplias ver, *e.g.*, SANDROCK, Otto, "How Much Freedom Should an International Arbitrator Enjoy?", en *The American Review of International Arbitration*, vol. 30, núm. 46, 1992. Reimpresión en la revista *Internationales Wirtschaftsrecht in Theoria und Praxis/International Business Law in Theory and Practice*, vol. 439, núm. 455, 1995; *Die Fortbildung des materiellen Rechts durch die internationale Schiedsgerichtstätigkeit, in Rshftfortbildung druch dei internacionaleschiedsgerichtsbarkeit*, Kaer Heinz Boeckstiegel, vol. 21, pp. 51-60, 1989.

tes clases. La inventiva humana es ilimitada, y permanece así respecto al tipo de cláusulas aquí estudiadas. A continuación se presentan tres ejemplos:

1. Las demandas para el cumplimiento o para cualquier implementación del presente contrato, las demandas por supuestos daños que surjan por incumplimiento del presente contrato, y cualquier otra demanda en relación con el presente contrato únicamente podrá alegarse entre las partes y contra un tercero sólo y en la medida en que este contrato lo establezca. Las demandas, por tanto, no podrán alegarse sustentándose en una estipulación estatutaria o cualquier otra norma de derecho comprendida sólo en la ley escogida por las partes como ley aplicable a. contrato.
2. (Referida a una cláusula "candado" anexada a una cláusula de arbitraje): en estipulaciones específicas, el presente contrato establece ciertos *recursos* que pueden ejercerse por las partes en caso de que sus derechos contractuales puedan ser obstaculizados o violados por la conducta de su contraparte. Las demandas para la ejecución de dichos *recursos* podrán presentarse ante el tribunal arbitral (y entonces se especifica el tribunal arbitral en lo relativo a su composición, lugar de arbitraje, etcétera). Sin embargo, las partes en el presente contrato acuerdan en que ni el tribunal arbitral antes mencionado, o ningún órgano jurisdiccional será competente para adjudicar reclamaciones introducidas con *recursos* no previstos específicamente en este contrato, y se deriven únicamente de la ley aplicable al presente contrato.
3. Los *recursos* estipulados en este contrato son exclusivos y no permiten a las partes recurrir, para ejecutar los derechos de sus derechos contractuales, a otros *recursos* fuera del presente contrato en cualquier disposición estatutaria o norma no estatutaria de la ley aplicable al contrato.

1. Los parámetros fácticos dentro de los cuales se utilizan más frecuentemente las cláusulas "candado"

Las cláusulas "candado" rara vez se encuentran en contratos comerciales internacionales cuando las partes en dichos contratos

pertenecen a la misma cultura legal. Más bien, dichas cláusulas se encuentran en contratos entre partes que se ubican en contextos legales y culturales diferentes. Su origen estriba en la preocupación de una parte de evitar estar sujeto a un sistema jurídico totalmente no familiar. Dicha preocupación crea desconfianza, y esa desconfianza conduce a un esfuerzo por la parte afectada de domar lo desconocido utilizando una cláusula "candado" como una inserción precautoria en el contrato.²

Un escenario común que acompaña la inserción de una cláusula "candado" en un contrato internacional es el siguiente: una compañía de un país industrializado está tratando de obtener un contrato por trabajos que se desempeñarán en un país en desarrollo o en un país recientemente industrializado. La parte que ofrece el contrato insiste en que la elección de la ley aplicable sea su propia ley nacional. El contratista del país industrializado, deseoso de obtener el contrato, tiene que acceder a esta petición. Así, se adopta la ley nacional del que otorga el contrato, en la elección de la ley aplicable, como la ley que regula las relaciones contractuales entre las partes.³

La compañía del país industrializado, sin embargo, no está nada familiarizada ni siquiera con los principios fundamentales de la ley aplicable al contrato elegido. Los principios de la ley aplicable pueden inclusive originarse en un código religioso de conducta, código al cual la compañía jamás se ha enfrentado. La ley aplicable al contrato también puede estar en una etapa de desarrollo y ciertas partes pueden presentarse de una forma más o menos críptica.⁴

² Como un problema similar en arbitraje internacional, ver BERNINI, Giorgio, *Neutralidad cultural: un prerrequisito en la justicia arbitral*, 10 *Nich. J. of int'l L.* pp. 39 y 56, 1989.

³ Para una lista de ejemplos confirmando esta tendencia, ver BARTELS, Martin, "Contractual adaptation and conflict resolution", pp. 106-08, 1985.

⁴ Compare el famoso laudo en la llamada Resolución Abu Dhabi Petroleum Development (Trucial Coast) ver. Sheikh de Abu Dhabi, en el cual las partes habían escogido la ley de Abu Dhabi como la ley propia del contrato y en el cual Lord Asquith of Bishopstone estableció: "pero no puede razonablemente decirse que dicha ley exista." Sin embargo, la situación en Abu Dhabi, así como en la mayoría de los otros países en desarrollo, ha cambiado fundamentalmente desde entonces, sin mencionar los países recién industrializados.

Para contener el peligro de lo desconocido, la compañía del país industrializado trata de cuidar que los derechos y obligaciones de las partes se establezcan meticulosamente en el contrato mismo, haciendo así el contrato más o menos autosuficiente. Cualquier referencia a las normas estatutarias o no estatutarias serán por lo tanto redundantes. El contrato se desarrollará hasta convertirse en un sistema jurídico completo y propio.⁵ Desde el punto de vista del contratista, la solución ideal sería que si surge una controversia entre las partes, las normas de la ley aplicable al contrato nunca tendrán oportunidad de operar.

No obstante, los abogados siempre ven, en su experiencia, que sus contratos, por perfectos que pudieran parecer, nunca podrán ser totalmente inmunes a la complejidad de la vida, particularmente cuando ocurren hechos impredecibles e imprevistos. No es de extrañar, por lo tanto, que los contratistas de los países industrializados tratarán de tomar todas las precauciones contra riesgos eventuales que pudieran aparecer en el futuro con respecto a la *lex contractus* que es desconocida para ellos. Una de las herramientas susceptibles de domar así el futuro son las cláusulas "candado".

Consecuentemente, el que las cláusulas "candado" compartan ciertas características con las llamadas cláusulas de estabilización es obvio.⁶ Mientras que éstas tratan de tomar medidas precautorias contra aquellos riesgos que resulten de disposiciones estatutarias futuras que entren en vigor dentro de la ley propia del contrato, las cláusulas "candado" tratan de manejar ciertas incertidumbre

⁵ Compare L. G. Telser, *A Theory of Self-Enforcing Agreements*, 53 *J. Bus.* 27-44 (1980); A. VERDROSS, *The Status Of Foreign Private Interests Stemming from Economic Development Agreements with Arbitration Clauses*, 9 *Osterreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht* (1958/59); *Id. Gibt es Verträge dies weder den innerstaatlichen Recht noch den volLerrecht unterliegen?*, 6 *Zeitschrift für rechtsvergleichung*, 129-34 (1965).

⁶ En cuanto a estas cláusulas ver George Rene Delaume, "Law and practice of transnational contracts", núm. 2.07, pp. 44-49 (1988); Timothy B. Hansen, *The Legal Effect Given Stabilization Clauses in Economic Development Agreements*, 28 *Va. J. of int'l L.* 1015-41 (1988); S.K. Chatterjee, *The Stabilization Clause Myth in Investment Agreements*, 5 *J. Int'l arb.* 97-111 (1988); N. David, "Les clauses de stabilité daos les contrats pétroliers-Questions d'un Practicien", núm. 113, *Journal du droit international* (Clunet), pp. 79-107 (1986); Th. Walde, *Stabilité du contrat*.

"Reglement des litigas et renégociation", *Revue de l'arbitrage*, 203-38 (1981).

que resulten de resquicios en las estipulaciones contractuales: los contratantes pueden no haber previsto un problema cuando redactaron el contrato. En contraste a sus expectativas, el contrato no es del todo autosuficiente, sino muestra ciertas lagunas que tienen que ser llenadas con las normas de la ley propia del contrato. Dichas normas pueden establecer un *recurso* contractual para una de las partes totalmente inesperado por su contraparte, y ocasionar, desde el punto de vista de este último, relaciones contractuales desiguales. Ante esta situación, una cláusula “candado” precautoriamente insertada en el contrato al tiempo de su celebración aparecerá como una especie de apoyo en la vida.

Sin embargo, este escenario no es único en los contratos que vinculan compañías de regiones de países industrializados por una parte y compañías de países en desarrollo o recientemente industrializados por la otra. El mismo conflicto de intereses puede surgir cuando compañías de cualesquiera país —ya sean industrializados, recientemente industrializados o todavía en la etapa de desarrollo— están contratando entre ellos. Cuando uno u otro de los contratantes tratan de hacer un contrato autosuficiente, la factibilidad de una cláusula “candado” puede discutirse.

2. Cláusulas “candado” vs. Cláusulas de Elección de Ley Aplicable

Es evidente por lo tanto que cuando se invoca una cláusula “candado”, por una parte, el sustentarse en esa cláusula provoca usualmente un conflicto con la cláusula de ley aplicable, que, dentro del contrato, aparece en pie de igualdad con la cláusula “candado”. Mientras que el objetivo de la cláusula de ley aplicable en general es que entren en operación todas las normas de la ley *lex contractus*, el objeto de la cláusula “candado” es justamente prevenir que algunas de esas normas entren en operación. Ya que ambas cláusulas aparecen en el mismo contrato, la tarea del juez o árbitro será eventualmente decidir cómo se resolverá el conflicto entre ellas.

In abstracto, varias soluciones son plausibles. Uno podría primero pensar en aplicar la norma *lex specialis derogat legi generali*, que ciertamente es una norma común en todos los sistemas

jurídicos que se originan en la tradición del derecho romano europeo. Entonces la cláusula “candado” es la ley especial que tendría que tener prevalencia sobre la elección de la ley que se considera general. O uno podría clasificar ese conflicto como un asunto perteneciente a la interpretación de los contratos. O más específicamente como un problema relativo a cómo pueden y deben resolverse los conflictos entre cláusulas contractuales que se contradicen. Un tercer camino de razonamiento jurídico, también compatible con todos los sistemas jurídicos de la tradición romano europea, sería inquirir si, y hasta qué punto, las cláusulas “candado” pueden conciliarse con las normas de orden público o normas imperativas de la *lex fori* y/o la ley propia del contrato.

El siguiente análisis jurídico mostrará que sólo la herramienta jurídica mencionada en último lugar es útil en el presente contexto. El punto de partida para este análisis debe ser el examen de la naturaleza jurídica de dichas cláusulas.

II. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS “CANDADO”

A primera vista, las cláusulas “candado” se aplican a los *recursos* y no a los derechos. Estas cláusulas restringen a todos los contratantes en el uso de *recursos* procesales que la ley propia del contrato respectivo hubiera puesto a su disposición. Uno podría estar tentado, por lo tanto, a caracterizar las cláusulas “candado” como estipulaciones procedimentales que están gobernadas por la *lex fori*.

Dicha caracterización sería, sin embargo, por lo menos, no plenamente correcta. Aun cuando estas cláusulas excluyen la operación de *recursos* procedimentales que, en ausencia de dichas cláusulas, serían asequibles a las partes bajo la *lex fori*, esta exclusión va más allá de la *lex fori*, *i.e.*, de la ley propia del contrato. Ellas impiden a las partes ejercer ciertos derechos sustantivos que ante su ausencia estarían a su disposición. Sería por tanto, incorrecto calificar a las cláusulas “candado” como estipulaciones que tienen sólo una naturaleza procedimental. Las cláusulas “candado” tienen una doble naturaleza, que opera tanto en el nivel de procedimiento como en el de la ley sustantiva.

Uno tiene entonces que buscar una base que invalide estas cláusulas, no sólo en la esfera de la *lex fori*, sino también en la esfera de la ley propia por la cual son gobernados.⁷ Como se demostró anteriormente, su objetivo no sólo es afectar a los *recursos*, sino también los derechos sustantivos de las partes.

III NULIDAD RESULTANTE DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO DE LA *LEX FORI*

a) Consideración básica: una justificación de la autonomía de las partes para elegir la ley propia para su contrato

En la doctrina de conflicto de leyes, la autonomía de las partes para escoger una ley propia para su contrato se justifica por la consideración de que, en principio, todos los sistemas jurídicos nacionales son iguales respecto a otros, y por lo tanto, intercambiables. En los contratos comerciales, las leyes nacionales privadas (no públicas) que se aplicarían en ausencia de una elección de ley por las partes pueden así remplazarse por las partes, a través de la cláusula de elección de ley aplicable por otra ley nacional. Se supone que la ley escogida es tan equitativa, justa y efectiva que la ley por la cual el contrato se regiría en ausencia de dicha elección de ley aplicable.⁸ Aún más, se ha argumentado que las

⁷ Es verdad que, en teoría, una cláusula candado también sería nula por violación a una norma de orden público de un tercer Estado cuyas leyes no fueran ni idénticas a las de la *lex fori* ni las de la *lex contractus*, i.e., la Ley Propia del Contrato. Dado que, en ciertos casos, un juez puede honrar las disposiciones de orden público de terceros Estados, que, desde el punto de vista de ese juez, pondrían énfasis en la tramitación de reclamaciones. Ver e.g., Convención de Roma, junio 20 de 1980, art. VII, párrafo 1., 19 I.L.M. 1492, 1494, sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales que establece:

Al aplicar esta Convención la ley de un país, puede darse efecto a las normas imperativas de la ley de otro país con el cual la situación presente un lazo estrecho, si y en la medida de que dichas normas deban aplicarse sin importar la ley aplicable al contrato. Al considerar si se da efecto a estas normas imperativas, deberá atenderse a su naturaleza y objetivo y las consecuencias de su aplicación o no aplicación.

⁸ En la doctrina germánica de conflicto de leyes, este es desde Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) el enfoque básico subyacente no sólo en la ley aplicable a las relaciones contractuales, sino en todas las normas de derecho internacional privado. El acercamiento doctrinal a la doctrina holandesa-angloamericana del *comitas* es evidente: si un juez de la *lex fori*, actuando sobre la base doctrinal de una *comitas*, aplica la ley de

partes deben conocer cual sistema nacional de leyes serviría mas adecuadamente sus necesidades contractuales.⁹ Por estos motivos, el principio de autonomía de las partes para escoger la ley propia del contrato se reconoce casi universalmente.

Este acercamiento doctrinal también explica porque las partes, haciendo uso de dicha autonomía, son capaces de optar fuera de las normas imperativas de la ley sustantiva aplicable en ausencia de su elección de ley: se considera que las normas imperativas de la ley escogida son, en su conjunto, equivalentes a las normas imperativas de la ley que hubiera sido aplicable sin la cláusula de elección de ley. Por lo tanto, la facultad de las partes, de reemplazar un sistema nacional de leyes por otro también se extiende a las normas imperativas de sus respectivos sistemas jurídicos, que se consideran como sustituibles entre ellos.

Desde luego, las normas imperativas del País A pueden, en detalle, variar considerablemente de las normas imperativas del País B. Pero a pesar de dichas diferencias, el resumen de lo que es imperativo en el País A es, siguiendo la doctrina básica subyacente en el principio de la autonomía de las partes, considerado como equivalente a lo que es imperativo en el País B. Así, el balance entre lo que es permisible en la ley privada del país A se considera más o menos igual con lo que puede acordarse libremente por las partes en el País B. La protección de ciertos participantes en los negocios comerciales (por ejemplo, personas necesitadas, sin experiencia, y el empleado *vis-a-vis su patrón*), puede lograrse de muchas formas. Por qué medio esta protección se logra en la ley escogida por las partes no es relevante. Sólo importa que exista

otra nación, el juez debe presumir que la ley extranjera así escogida es, en el balance, tan equitativa, justa y efectiva como la *lex fori* propia del juez. Las doctrinas modernas de conflicto de leyes, particularmente de los Estados Unidos (cf. el enfoque llamado la mejor ley), y también en Alemania y otros países, rechazan este enfoque doctrinal. A la vista, sin embargo, de la mayoría de los autores continentales europeos, incluyendo el autor de este artículo, el enfoque de la nueva "mejor ley" no tiene méritos. En lo que respecta a los fundamentos doctrinales de la doctrina alemana de conflicto de leyes, ver G. Kegel, "Internationales Privatrecht" (núm. 3, ix 143, 7a de. 1995); y en cuanto a los fundamentos doctrinales de los sistemas, Fritz Alexander Mann, "Foreign Affairs in English Courts" 134 (1986).

⁹ Ver KEGEL, *supra* Nota 8, en 483.

alguna protección adecuada, más o menos equivalente a la protección otorgada por la ley a la cual el contrato hubiera estado sujeto en ausencia de la cláusula de elección de ley.

b) Primera restricción a la autonomía de las partes para escoger la ley propia de su contrato: las normas de orden público de la *lex fori*.

La autonomía de las partes para escoger la ley propia de su contrato tiene, sin embargo, algunos límites. Ciertamente una de las barreras más importantes que limitan la facultad de las partes para escoger la ley se deriva de las normas de orden público de la *lex fori*. Esta barrera está definida claramente en el artículo 7, párrafo 2 de la Convención de Roma de Junio 19, 1980. Sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (en lo sucesivo, la Convención de Roma):¹⁰

C. Nada en esta Convención restringirá la aplicación de normas de la ley del fuero en una situación donde son imperativas sin importar la ley que de otra manera sería aplicable al contrato.¹¹

Esta Convención, incluyendo el artículo 7, párrafo 2, ha sido entretanto ratificada por casi todos los países de la Unión Europea, mostrando que la idea fundamental subyacente en esa disposición es un principio general de derecho más o menos reconocido universalmente por todos los sistemas jurídicos de origen romano-europeo.

En el presente contexto, una observación terminológica debe establecerse: las normas específicas de orden público no deben confundirse con normas normales o meras disposiciones obligatorias o normas obligatorias. Aquellas, como un *genus* más amplio, se definen como "que contienen una orden", "preceptivas", "imperativas" o "perentorias".¹² Una operación jurídica que las violara sería nula. Existen normas ordinarias tales como la prohi-

¹⁰ *Supra* nota 7, art. VII, párrafo 2.

¹¹ *Id.*

¹² Black's law dictionary" 114 (4a. edición, 1951).

bición de violación a las buenas costumbres, o normas relativas a cuestiones estatutarias, y *recursos* (normas) contra la usura y la mala fe, o finalmente, prohibiciones legales de cobrar interés compuesto. Todas estas normas ordinarias o prohibiciones estatutarias pueden servir aquí como ejemplos de disposiciones obligatorias normales. Con frecuencia, estas disposiciones han estado presentes desde hace siglos, y están profundamente insertadas en la cultura legal occidental. Usualmente, aparecen como parte integrante de nuestros sistemas jurídicos de leyes ordinarias occidentales. En los países de Europa continental, pertenecen al sistema jurídico de Derecho privado.

Por otra parte, las disposiciones de orden público son también clasificadas como normas imperativas. Pero son más imperativas que las normas imperativas ordinarias o prohibiciones y forman, dentro de la categoría de normas imperativas y disposiciones, una clase especial. En general las disposiciones de orden público incorporan la respuesta de los legisladores modernos a ciertas situaciones en las cuales su intervención se consideró necesaria o por lo menos útil. Consagran ciertas políticas perseguidas en campos muy variados, *e.g.* política exterior, economía, asuntos culturales o del medio ambiente, y salud pública. Decretos de comercio con el enemigo, disposiciones que prohíben la exportación de bienes pertenecientes al patrimonio cultural de una nación, normas ambientales, y normas que prescriben ciertos estándares mínimos de higiene pueden citarse como ejemplos. En los sistemas de Europa continental, estas normas se consideran como formando parte de sus leyes públicas.

Usualmente, hay pocas dudas en cuanto a su naturaleza altamente imperativa. Las disposiciones de orden público se han caracterizado como teniendo un "efecto de anulación"¹³ que hace a un lado la operación de no sólo todas las otras normas de la *lex fori*, sino también todas las estipulaciones de la ley propia de los contratos, incluyendo sus disposiciones imperativas.

El lenguaje utilizado en la Convención de Roma citada *infra* tiene que ser interpretado a la luz de las distinciones anteriores.

¹³ *Cheshire and North's Private International Law* (p.m. North et al., eds., 12a. ed. 1992).

Así, si ese párrafo habla de "normas de la ley del foro en una situación donde éstas son imperativas sin importar la ley que de otra manera sería aplicable al contrato",¹⁴ es evidente que los autores de la Convención de Roma se refirieron a las disposiciones de orden público especiales de la *lex fori* tal como se acaba de definir.¹⁵

Las consecuencias que se derivan de lo anterior son las siguientes: aun cuando las partes en un contrato comercial internacional pueden sustraerse de las normas y disposiciones imperativas normales de la ley que normalmente sería aplicable ante la ausencia de la cláusula de ley aplicable, no tienen esa facultad respecto a las disposiciones de orden público de la *lex fori*. Esto es también cierto respecto a las cláusulas "candado". Como las otras estipulaciones contractuales, las cláusulas "candado" están también sujetas al efecto de anulación de las normas de orden público de la *lex fori*.

Una cláusula "candado", por tanto, no puede ejecutarse cuando frustra cualquier política consagrada en dichas normas. Sí, y en la medida en que la cláusula "candado" choque con la política pública de la *lex fori*, tendrá que considerarse como nula y sin efecto.

c) Un ejemplo de nulidad de cláusula "candado" un contra-ejemplo de validez

Una prohibición de exportación puede mencionarse como un ejemplo ilustrativo a este respecto: en un contexto, puede inducir la nulidad de una cláusula "candado"; en otro, dicha nulidad puede ser dudosa o tendrá que rechazarse.

Supongamos, primero, que un contrato establece la entrega de bienes militares a un país extranjero cuando se viola una prohibición de exportación. En este caso, una cláusula "candado" podría

¹⁴ *Supra* nota 7, art. VI, párrafo 2.

¹⁵ La referencia específica se hace, en este contexto, al Reporte sobre la Convención de Roma presentado por M Giuliano y P. Lagarde. Una versión alemana de este Reporte ha sido publicada en los Registros del Parlamento Federal Alemán. Drucksache des Deutschen Bundestages 10/503, *id.* en 60.

haberse diseñado por las partes (presumiblemente de mala fe) para prevenir a cualquiera de ellas de presentar una reclamación o demanda ante el tribunal competente o el tribunal de arbitraje competente respecto al examen de si la obligación de entregar los bienes es compatible con la prohibición de exportación. Casi sin duda alguna una cláusula "candado", en dichas circunstancias, sería nula y no tendría efectos. Su operación frustraría evidentemente la política pública del Estado que emitió la prohibición de exportación.: las partes estarían impedidas de obtener un pronunciamiento judicial que estableciera que la prohibición de entregar los bienes es nula y que la promesa de una de las partes de entregar dichos bienes no puede ejecutarse. Dichas consecuencias ciertamente serían inaceptables.

A pesar de la cláusula "candado", por lo tanto, cada parte podría demandar a su contraparte ya sea en un tribunal estatal competente o, cuando una cláusula de arbitraje confiera la jurisdicción correspondiente, ante el tribunal arbitral competente, y buscaría como desagravio un pronunciamiento que estableciera que su obligación de entregar los bienes es nula y sin efecto, considerando la violación de la prohibición de exportación.

Esa conclusión sería, sin embargo, dudosa o tendría que negarse si, después de que el vendedor hubiese entregado los bienes y después de que el comprador hubiera pagado el precio, una de las partes, *e.g.*, el comprador, presentara una demanda para la restitución del precio pagado por él al devolver la mercancía entregada.

Más aún, suponiendo que la obligación del vendedor de entregar los bienes violara en efecto dicha prohibición y que la ley propia del contrato en efecto permitiera la restitución del precio contratado,¹⁶ no habría conflicto entre la cláusula "candado" por

¹⁶ Esto no sería factible en los sistemas legales derivados de la tradición jurídica romana, en los cuales el viejo principio *in pare turpitudine, melior est causa possidentis* gobernaría el problema. CT Lectura BGB 817, en su traducción al inglés: (N. del T. En el texto original).

Si el objeto del desempeño fuera que, con la recepción, el receptor violara la ley o las buenas costumbres, el receptor estaría obligado a la restitución. Se excluye la restitución, sin embargo, cuando la parte que desempeña es igualmente responsable de dicha violación, salvo que el desempeño consistiera en asumir la responsabilidad; un desempeño realizado haciéndose cargo de dicha responsabilidad no tiene por qué rendirse.

una parte, y la prohibición legal por la otra. La ley sólo persigue prevenir la entrega de los bienes en el país destinatario. No aceptaría cualquier otra obligación de las partes, e.g. restituir el precio sobre la base de un enriquecimiento ilegítimo en caso de nulidad del contrato. Ya que el recurso de dicha demanda por enriquecimiento ilegítimo estaría fuera de los límites previstos en la prohibición legal, la cláusula "candado" podría desenvolver plenamente su poder: el comprador estaría impedido por ella de buscar la restitución del dinero pagado bajo el contrato nulo.

El segundo ejemplo muestra que cuando la compatibilidad de una cláusula "candado" con las normas de orden público de la *lex jori* tiene que examinarse, no puede llegarse a conclusiones indiscriminadas y arrasadoras para toda una categoría de casos; todos los casos deben ser examinados individualmente sobre sus méritos específicos.

IV. NULIDAD RESULTANTE DE UNA VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO O DISPOSICIONES IMPERATIVAS DE LA LEY PROPIA DEL CONTRATO.

a) Consideraciones básicas: cláusulas de elección parcial y la prohibición de ir "picando"

Por las consideraciones anteriormente mencionadas,¹⁷ se sigue que, si un sistema nacional específico se escoge por las partes como su ley propia del contrato, esa ley, en principio, debe ser aplicada *in toto*. Desde luego, cláusulas de elección parcial de ley que establecen la aplicación simultánea de dos sistemas de ley diferentes a varias partes de uno y el mismo contrato son permisibles. De nuevo, la Convención de Roma¹⁸ es un ejemplo ilustrativo de dicha norma. El artículo 3, párrafo 1 de la Convención establece:

Un contrato será regulado por la ley escogida por las partes. La elección debe ser expresa o demostrada con certeza razonable por

¹⁷ Ver *supra*, Parte IV. A

¹⁸ Ver nota 7, art. III, párrafo 1

los términos del contrato o las circunstancias del caso. *Por su elección las partes pueden escoger la ley aplicable a todo o parte del contrato* (el énfasis es del autor).

Esta norma es también conocida en algunos sistemas de leyes fuera de la Unión Europea.¹⁹ Por lo tanto, existe una fuerte indicación de que puede ser igualmente calificada como un principio general de derecho (internacional privado) reconocido por "las naciones civilizadas".²⁰

b) Una segunda restricción a la autonomía de las partes para escoger la ley propia del contrato no se permite "picar"

La autonomía de las partes encuentra, sin embargo, una segunda restricción específicamente diseñada para cláusulas de elección parcial de la ley. Esta restricción es de suma importancia en el siguiente contexto: las partes nunca pueden dividir su contrato de tal manera que evite la aplicación de toda ley aplicable. El "picar" no está permitido.²¹ Las partes no estarían autorizadas, por ejemplo, para escoger un cierto sistema de derecho para una parte

¹⁹ En cuanto a los sistemas de leyes de los Estados Unidos, cf. *London Assurance vs. Companhia de Moagens do Barreiro*, 167 U.S. 149 (1897); *Albert Armin Ehrenzweig & Erik Jayna*, *Private International Law*, 32 (1977); en cuanto al "depeçage" en general en el sistema de conflicto de leyes en los E.U.A., cf. *Roger C. Cramton, David P. Currie & Herma Hill Kay, Conflict of Laws*, 358 (1987).

²⁰ Ver art. 38 párrafo 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Dicha expresión, objetable ya cuando fue insertada en esa norma, está en la actualidad totalmente pasada de moda.

²¹ En cuanto al conflicto de leyes alemán, ver la sentencia emitida por la Corte Suprema Alemana en 1936 (*reimpresa en 1936 Juristische Wochenschrift* 2058, 2059) en donde ese tribunal estableció: no se permite que una relación contractual se sujete a la legislación de cierto estado con la reserva de que una norma definitiva esté ya vigente o que se espere que esté vigente y que regule un problema especial, no será aplicada, salvo que dicha norma no contenga más que una norma supletoria de derecho. En el conflicto de leyes francés, el problema se comprende bajo el título de *depeçage* de un contrato; ver *Henri Batiffol, & Paul Lagarde, 2 Droit International Prive*, 274 (7a. de. 1983) en cuanto al conflicto de leyes inglés, ver *Forsikringsaktieselskapet Vesta vs. Butcher*, 2 All ER.488, 504-05 (Q.B. 1989), *aff'd* 3 W. L. R. 565, 587-588 (C.A. 1989, *aff'd* 1 Lloyd's Rep. 331, 347 (H.L.1989).

de su contrato, y luego estipular que sólo las normas derogatorias de ese derecho se aplicarán a esa parte. No pueden dividir la ley propia escogida por ellos en normas obligatorias y derogatorias y al mismo tiempo adoptar sólo las normas derogatorias así escogidas y repudiar sus disposiciones imperativas o de orden público. Cuando escogen una ley, aun cuando sea para una parte de su contrato, es una proposición de "tómelo o déjelo" que los autoriza para aceptar sólo el conjunto de ellas y no sólo las disposiciones que les plazcan y satisfagan sus deseos contractuales.

Esta norma puede ilustrarse por un ejemplo tomado de un contrato sobre la compra de acciones de una compañía extranjera. Es sabido que algunos sistemas de leyes protegen a los compradores de valores extranjeros contra ciertos riesgos desconocidos y perjudiciales para ellos a través de las llamadas leyes "blue-sky" (cielo azul), mientras que en otros sistemas legales las normas relativas a dichos riesgos se integran en otras leyes por ejemplo, en las leyes generales de sociedades o en el código civil general respectivo.²² No estaría permitido entonces, basándose en las normas antes mencionadas en las cláusulas de elección parcial de ley, que las partes convengan y que su contrato de compraventa estuviera en lo general regulado exclusivamente por los estatutos de la sociedad y en el código civil vigente en la ley interna de la sociedad adquirente si esta ley no contuviera ninguna disposición "blue-sky" y que la transferencia de las acciones en el cierre estuviera sujeta a la ley interna del comprador (que sí contiene disposiciones "blue-sky") en lo relativo a la exclusión de dichas normas "blue-sky". Ahora bien, si las partes han establecido en un contrato llave en mano, la construcción de una planta industrial o la construcción de un hotel, hospital o presa, que todos los asuntos relativos a la construcción de dichos proyectos estarán regulados por las leyes del Estado A en el cual se lleven a cabo, mientras que todas las entregas de los componentes a través del contratista estarán sujetos a las leyes internas del primero, *i.e.*, las leyes del Estado B, las partes deben aceptar las disposiciones imperativas de las leyes de ambos Estados A y B con todas sus disposiciones imperativas sin

²² Éste fue el caso en Alemania, bajo su Estatuto sobre el Comercio de Valores (*Wertpapierhandelsgesetz*), julio 26, 1994.

estar en posibilidad de excluir su aplicación por una cláusula de elección parcial hecha a la medida.

c) Consecuencias de las cláusulas "candado"

Al aplicar estas normas a las cláusulas "candado", se tiene que, primero, recordar que las cláusulas de "candado" normalmente reducen el campo de la ley propia del contrato.²³ Existe aún un conflicto en términos de las cláusulas "candado" *versus* cláusulas de elección de ley. Segundo, las cláusulas "candado" ya han sido analizadas como teniendo una doble naturaleza al afectar no sólo los *recursos* disponibles a las partes en los tribunales competentes o de arbitraje, sino también al frustrar sus derechos sustantivos.

Esto demuestra que las cláusulas "candado" tienen por lo menos un rasgo en común con las cláusulas de elección parcial de ley: restringen el campo de la ley propia del contrato. Mientras que las cláusulas de elección parcial de ley cubren la brecha con normas de otro sistema de leyes, las cláusulas "candado" dejan esa brecha abierta al remover los *recursos* y derechos sustantivos que de otra manera estarían disponibles para los contratantes. Las partes no están autorizadas para estipular con plena libertad cláusulas parciales de elección de ley, sino tienen que aceptar la aplicación de las normas imperativas inextricablemente conectadas con las leyes que escogen. Las partes no pueden "picar".

Sin embargo, si las partes no están facultadas para repudiar, por una cláusula de elección parcial de ley, la aplicación de las normas imperativas de la ley propia escogida por ellos; tampoco deberían estar en posibilidad de aniquilar los efectos de dichas normas imperativas a través de la inserción de cláusulas "candado" en sus contratos. Por lo tanto las cláusulas "candado" deben ser tratadas de igual manera que las cláusulas de elección parcial de ley. Las restricciones que se aplican a las cláusulas de elección parcial de ley deben por lo tanto, controlar el efecto de las cláusulas "candado".

²³ Ver *supra* sub 2.3 y 3.

d) Resultados: las normas doctrinales generales

Llegamos ahora a los siguientes resultados: las cláusulas "candado" son nulas e inválidas en la medida en que restrinjan a las partes del ejercicio de aquellos derechos y *recursos* contractuales que les han sido otorgados por una política de orden público o disposiciones imperativas de la ley propia del contrato. Son vinculatorias y efectivas, sin embargo, en la medida en que excluyan el ejercicio de los derechos sustantivos y *recursos* que les confiere cualquier norma derogatoria de la *lex contractas*.

Bajo el ángulo de la ley propia del contrato, la validez de las cláusulas "candado" depende, por lo tanto, de su compatibilidad con sus disposiciones de orden público y con sus normas imperativas.

e) Dos ejemplos de una cláusula (candado) válida y un ejemplo de una cláusula ("candado") nula

La operación de estos principios se ilustra mejor con unos ejemplos:

a) Es una práctica general en el comercio internacional que las partes en los contratos internacionales de compraventa reemplacen las disposiciones de la ley propia que regula la responsabilidad del vendedor por defectos en los bienes muebles vendidos, por estipulaciones específicas en su contrato que establecen otros *recursos*.

Si las partes en un contrato de compraventa internacional han escogido la Ley Interna alemana (y no la Convención sobre compraventa de la ONU) como la ley propia de su contrato internacional de compraventa, es una práctica común para ellos el derogar todos los *recursos* que se deriven de la sección del Código Civil alemán, relativos a la responsabilidad del vendedor para dichos defectos (sección 459 y sigs.). Esa sección del Código Civil alemán sigue el modelo de los *recursos* del antiguo derecho romano al establecer que, en general, el comprador puede en caso de un defecto con el bien entregado optar ya sea por la rescisión del contrato (exigiendo el pago del precio pagado al vendedor)²⁴ o pe-

²⁴ Esto sería la *actio redhibitoria* bajo el derecho romano.

dir la reducción del precio estipulado, en proporción al valor de la mercancía sin los defectos a su valor con dichos defectos.²⁵

Estos *recursos* legales están completamente pasados de moda en la actualidad. Es por lo tanto práctica común sustituirlos, tanto en los contratos domésticos como en los internacionales, por otros *recursos* que acomodan mejor las necesidades de las partes al establecer, por ejemplo, que el vendedor tiene ya sea la opción de remover el defecto dentro de un periodo determinado de tiempo o que el comprador puede requerir dicha remoción. No puede haber duda de que las cláusulas "candado" de esta naturaleza son plenamente vinculatorias y válidas, y por lo tanto tienen plena validez en los contratos internacionales de compraventa.

b) Otro ejemplo de la plena validez de una cláusula "candado" es el siguiente:

Circunstancias imprevistas, no previsibles e inevitables impiden la ejecución de un contrato internacional a largo plazo cuyo objeto es la construcción de una planta industrial y perturban la equivalencia de las obligaciones que deben cumplirse por una de las partes. En consecuencia, una de las partes se encuentra en serias dificultades. La ley propia del contrato, y no una cláusula específica relativa a impedimentos²⁶ apoyaría a la parte agraviada al permitirle exigir la adaptación de sus obligaciones contractuales a ese cambio fundamental de circunstancias.²⁷ Pero existe una cláusula candado en el contrato que prevé que la parte agraviada puede recurrir a todos los *recursos* otorgados por la ley propia del contrato.

²⁵ Esto sería la *actio diminutoria* bajo el derecho romano.

²⁶ En cuanto a estas cláusulas, ver, en términos generales, C.M. Schmitthoff, *Cláusulas de obstáculos e intervención*, *J. Bus L.* 82 (1980), Delaume, *supra* nota 6, en 57, Fontaine, *Cláusulas obstáculo*, 1975 *Droit et Pratique du Commerce International* 512.

²⁷ De conformidad con la regulación nunca codificada de la Suprema Corte de Alemania en Asuntos Civiles (que data de los años siguientes a la inflación del marco alemán después de la Primera Guerra) y con el apoyo de la doctrina alemana, la parte agraviada puede exigir la adaptación de sus obligaciones contractuales a las nuevas circunstancias en estos casos. Ver e.g. P. Hay, *Frustración y su Solución en la Ley Alemana*, 10 *Am. J. Comp. L.* 345 (1961), H. Lesguillons, *Frustración, Fuerza Mayor, Imprevisión, Wegfall der Geschäftsgrundlage*, 5 *Droit et Pratique Du Droit International* 507 (1979).

No podría dudarse que, por virtud de dicha cláusula candado, el *recurso* de la adaptación de las obligaciones contractuales no estaría a disposición de la parte agraviada. Pues, cuando las partes insertaron la cláusula "candado" en su contrato, debe considerarse que aceptaron libremente el riesgo de un desbalance entre sus obligaciones contractuales sobreveniente de un cambio fundamental de las circunstancias que rodean su contrato. Si, en dicho caso, la ley propia del contrato tomara en cuenta el cambio fundamental de circunstancias y, como una *cláusula rabas sic stantibus*, buscara aligerar el destino de la parte agraviada, esa norma de la ley propia no podría calificarse como de orden público o disposición imperativa. Se consideraría más bien como de una naturaleza derogatoria que permite a dicha cláusula "candado" desplegar sus efectos removiendo de las manos de la parte agraviada el *recurso* de reclamar la adaptación de las obligaciones mutuas contractuales.

c) Sin embargo el resultado sería diferente, en otra situación fáctica, para lo cual lo siguiente puede servir como un ejemplo práctico: una de las partes en un contrato internacional en el cual se insertó una cláusula "candado", reclama ser la víctima de una declaración fraudulenta cometida por su contratante cuando celebró el contrato. Dicha parte por lo tanto utiliza el *recurso* a su disposición contenida en la ley propia del contrato, *recurso* por el cual la parte agraviada puede pedir la rescisión del contrato y/o el pago de daños sufridos durante su ejecución. Su contraparte, sin embargo, se opone a la utilización de dicho *recurso* con base en una cláusula "candado" que prohíbe el ejercicio de ese instrumento legal.

El punto de partida para la solución de este conflicto debe ser el siguiente: los derechos legales o del derecho común que protegen la posición de una parte que de tal manera ha sido la víctima de una representación fraudulenta tienen una naturaleza imperativa.²⁸ Las partes están vinculadas por estas normas sin tener la opción de derogarlas. El efecto de la cláusula "candado" sería suprimir

²⁸ Ver. e.g., BGB núm. 123, que traducido al inglés (en el texto original) dice: "una persona que lleva a cabo un acto jurídico, basándose en una declaración fraudulenta o presión ilegal, puede rescindir dicho acto."

todos los derechos y *recursos* derivados de las estipulaciones antes mencionadas. En dicho caso la parte, por lo tanto, no puede ser privada por una cláusula "candado" de la protección que le otorga la ley propia del contrato. En otras palabras, la cláusula candado sería nula e inválida.

Este resultado parece persuasivo. No puede suponerse que una parte que conviene en la inserción de una cláusula "candado" en el contrato ha renunciado al ejercicio de los *recursos* contra una declaración fraudulenta de la cual no pudo estar consciente ni protegerse y que estaba destinado inevitablemente a ser víctima de ella.

La misma norma tiene que aplicarse cuando una parte ejerce una presión ilegal o influencia indebida sobre su contratante. Una cláusula candado entonces nunca privaría a las víctimas de dichos actos ilegales de los derechos que les corresponden contenidos en el derecho común.

V. CONCLUSIÓN

Las cláusulas "candado" no presentan misterios legales. Por el contrario, las normas sobre su validez o invalidez son relativamente simples. Todo depende de si las disposiciones de orden público de la *lex fori* o disposiciones de orden público o imperativas de la ley propia del contrato se violarían por su puesta en vigor.

Es verdad, por lo tanto, que las cláusulas "candado" no garantizan la obtención de todos los fines que las partes buscan lograr al insertarlas en sus contratos. Las partes pueden descansar en ellas sólo en forma limitada. Pero cualquier protección, aún sea reducida, otorgada por estas cláusulas ciertamente es valiosa, y su uso por lo tanto puede recomendarse.

LA COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL EN MATERIA COMERCIAL, EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL MEXICANO Y SUS FIGURAS AFINES

Luis FRANCISCO TORRES GONZÁLEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El Derecho procesal internacional y su rama la cooperación procesal internacional.* III. *El objeto de estudio del Derecho procesal internacional privado.* IV. *Las diferencias entre el Derecho internacional privado y el Derecho procesal internacional.* V. *Fuentes del Derecho procesal internacional.* VI. *La cooperación procesal internacional en el Juicio Ejecutivo Mercantil.* VII. *El Procedimiento Ejecutivo Mercantil por sus etapas.* VIII. *El arbitraje y su contacto con el litigio ante el incumplimiento involuntario del laudo que concede.* IX. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El estudio de la integración del marco jurídico procesal internacional traerá como beneficios la transformación y modernización del enlace entre los órganos jurisdiccionales de diversos países, dando por consecuencia mayor confianza en la administración de justicia extrafronteras, dinamizando así el comercio y el intercambio de mercancías.

Es inminente que ante la integración y globalización de la economía mundial, los ordenamientos normativos internos de quienes participan del comercio internacional (tanto como de los financiamientos internacionales), deben homologarse siguiendo las tendencias de los cambios económicos y sociales que se viven actualmente a nivel mundial. La similitud entre los regímenes jurídicos de aplicación o actualización del derecho sustantivo, sin duda agilizará la resolución de los conflictos comerciales entre

distintos países y por ende, el tráfico fluido de mercancías y la proliferación de las transacciones que les dan vida.

No sólo en la celebración de compraventas internacionales es necesaria la existencia de un marco jurídico que proteja a las partes de forma efectiva en caso de incumplimientos, dicha protección se hace también indispensable en el sector financiero, cuando se contratan financiamientos otorgados por instituciones bancarias de distintos países, en el caso de créditos sindicados. En este caso, es necesario que los acreedores tengan la certeza de la recuperación de su crédito para el caso de un incumplimiento culpable, o bien fortuito, por parte de su deudor. Cómo se protegería en el caso de una suspensión de pagos de esta clase. Cómo acreditar su título base de la acción y cómo presentar su demanda de reconocimiento de crédito, conforme a qué tipo de cambio y qué divisa se deberá solventar la obligación de la que reclaman el cumplimiento, cuál será su participación y cómo deben acreditar su derecho al concurrir a la audiencia de acreedores. Qué gravamen puede equipararse en el derecho extranjero al embargo, si es que existe, o bien qué figura lo puede suplir. Éste y otros múltiples tópicos vinculan a las operaciones de tipo internacional con el litigio.

Aun en el caso de la jurisdicción arbitral, aquel que pretenda ejecutar un laudo de esta especie en país distinto del suyo deberá someterse al fantasma del órgano jurisdiccional extranjero, a fin de lograr su homologación o reconocimiento y ejecución. Si bien es claro que en México el juicio de garantías no es procedente contra la resolución arbitral de fondo, por no tratarse de un acto de autoridad, sí lo es contra el procedimiento de homologación y ejecución. Así las cosas, es evidente que ante un procedimiento de carácter contencioso, por regla general (salvo cumplimiento voluntario del laudo), se deberá comparecer ante los tribunales a fin de lograr un cumplimiento coactivo.

En la especie, el presente trabajo aborda un caso práctico hipotético a efecto de expresar de qué forma, desde su inicio hasta la ejecución coactiva de su sentencia, se tramitaría un juicio de carácter mercantil fundado en título ejecutivo, en el orden del índice propuesto que se anexa. Analizamos desde la elección de la competencia hasta el punto final, la ejecución de la sentencia y el pago de gastos y costas judiciales, pasando por temas como la

acumulación, cuando es improcedente según nuestra ley, y por qué razones. También tomamos en consideración las diferentes formas de cooperación procesal entre naciones, cuándo puede solicitarse a los nacionales acreditados como personal del Servicio Exterior, que en apego al derecho del país en que actúan, practiquen diligencias que son indispensables a fin de decidir en justicia una controversia de orden judicial en litigio en el país de origen. Vemos de la misma forma cuándo es posible que la ley procesal tenga una aplicación extraterritorial, al solicitar al tribunal exhortado que aplique ciertas fórmulas o formalidades que se consideran sacramentales, en el momento que diligencia una súplica de un homólogo extranjero. En fin, tratamos de llevar al lector de la mano por todas y cada una de las etapas del juicio ejecutivo mercantil mexicano, en una situación que está evidentemente integrada con el extranjero, al haber diversidad de bienes y personas en dos distintos países, entre los que por cierto, existe una creciente relación en todos los sentidos.

Nuestro tema se justifica finalmente, considerando que el abogado postulante actual debe estar consciente de esta globalización, debido a que nunca más el derecho que tendrá que conocer es sólo el interno (ley, jurisprudencia, doctrina romano germánica), sino que su campo de conocimiento, tradicionalmente limitado a los ordenamientos sustantivos y adjetivos integrantes del Derecho nacional, se abre ante una infinidad de normas, costumbres, sistemas jurídicos e interpretaciones, que le obligarán a tener una percepción amplísima y a nivel mundial de todas las cosas que antes sólo debía saber de su país.

Quien insista en restringir su conocimiento por los límites territoriales de nuestro país y su idiosincrasia corre peligro de quedar relegado a una generación de abogados que, en el presente, lamentablemente ya no son completos.

II. EL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL Y SU RAMA LA COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL

Como exponíamos en la introducción y justificación del tema, es tan impresionante el avance de todos los procesos de globalización mundial, que hoy en día nos encontramos con que las economías de los estados modernos dependen unas de otras, por fuertes que parezcan. Ello debido a un factor esencial del que vivimos todos los seres humanos: el comercio.

Sólo para citar un ejemplo acerca de la vital importancia de este indicador, nos basta ver cuán profundos son los efectos de una crisis financiera de un país en otro. Todo está tan interrelacionado a base del comercio, que la fortaleza de una economía, tan productiva y colosal como la norteamericana, depende fuertemente de la estabilidad financiera de un país del tercer mundo que constituye un mercado esencial para la venta de sus productos, vía exportaciones. Si el mercado mexicano se ve imposibilitado para adquirir los bienes que se importan de los Estados Unidos o Canadá, simplemente quienes los producen tendrían un nivel o margen de producción que no sabrían dónde colocar, y al no venderlos tendría que bajar su precio dada la excesiva oferta, y dado que sería necesario producir menos, lo procedente sería despedir empleados innecesarios para un nivel productivo más modesto, lo cual impacta en las cifras macroeconómicas de un país y en las microeconómicas de miles de familias. Aunque no lo parezca, así de importante es el Derecho como medio de convivencia y organización social estructurada, hoy a nivel internacional. Muchos dicen que las fronteras y los sentimientos nacionalistas pronto se parecerán más a una actitud de autismo y aislamiento que a una de heroísmo político. Conceptos que consideramos esenciales para el Estado moderno, tales como la "soberanía", están quedando empañados y superados por el espectro y el inevitable poderío del capital internacional y su movimiento intempestivo. La tendencia por mejorar cada vez más las vías de cooperación comercial entre países ha motivado la celebración de acuerdos y tratados bilaterales o multilaterales de libre comercio. Así también "el progreso incesante y vertiginoso de los medios de comunicación; las cada

día mayores, aunque no siempre cordiales, relaciones mercantiles, políticas e intelectuales entre las naciones del mundo y la expansión internacional de ciertos idiomas son factores que contribuyen a fomentar y aun a exigir la cooperación entre los distintos Estados de la Tierra o, por lo menos, entre grupos de ellos más o menos ligados por vínculos de diferente especie. El campo del derecho no podía sustraerse a esta tendencia asociativa, y dentro de él, la disciplina procesal, por su carácter de instrumento para el ejercicio de la jurisdicción y el cumplimiento de las sentencias dictadas por sus órganos, reclama en numerosas direcciones el concierto entre los países para que la justicia no sea ilusoria en muchos casos."¹

Partiendo del hecho de que la jurisdicción es por naturaleza territorial, en aquellos asuntos contenciosos e inclusive del campo de la jurisdicción voluntaria, cuando concurren situaciones tales como partes residentes en varios países, bienes ubicados en otros tantos y testigos u otros medios probatorios por otras latitudes, es claro que para la efectiva y fiel aplicación de la jurisdicción, es necesario el auxilio de los órganos competentes de los diversos países en que se encuentren estos componentes del litigio, sólo en una adecuada conjunción será posible alcanzar el fin último del aparato judicial: la administración de justicia.

"Siempre que un acto procesal, sea cual fuere la fase a que pertenezca (preliminar, probatoria, asegurativa, ejecutiva), deba llevarse a cabo en el extranjero, será indispensable contar con el auxilio jurídico del Estado en cuyo suelo haya de realizarse."²

Ahí radica la incipiente importancia de una normatividad procesal internacional sencilla y efectiva, en que en ella se trazan las bases para una rápida administración de justicia cuando los componentes de un juicio no se encuentran sólo en el territorio de un Estado. Si los distintos países tenemos una adecuada normatividad en la importante materia de la aplicación del derecho sustantivo,

¹ ALCALÁ ZAMORA, Niceto. *Cooperación Procesal Internacional. Cursos Monográficos*. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, vol. VI, La Habana, Cuba, 1957, p. 21.

² ALCALÁ ZAMORA, Niceto. *op. cit.*, p. 20.

podremos asegurar que este último tenga su plena vigencia y que no sea imposible su aplicación cuando en ello esté inmerso un mundo cada vez más pequeño. Lo que tratamos de decir es que de poco nos serviría tener un derecho sustantivo que proteja a su vez los derechos reales o personales de los gobernados de un país, si no los puede proteger más allá de sus fronteras.

Una de las más excitantes características de esta rama del derecho internacional es que a través de ella tratan de homologarse sistemas jurídicos dejando abierta la puerta para que la norma jurídica procesal de un país se aplique en otro, en tanto que no constituya una violación a su orden público, o bien estableciendo elementos o formas comunes de comunicación y cooperación, como por ejemplo lo constituyen los formularios de asistencia judicial entre órganos requirente y requerido, a que se contrae la Convención Interamericana sobre exhortos o Cartas Rogatorias y su protocolo adicional, que en el desarrollo del presente trabajo alcanzamos a tratar.

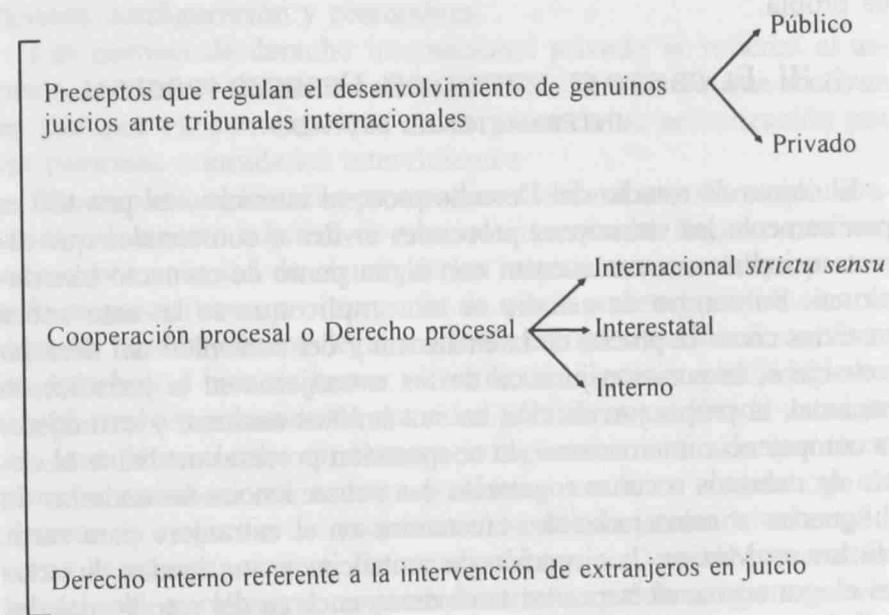
Finalmente, y en lo personal, lo que consideramos más promisorio de esta reciente e incipiente integración jurídica mundial, que para nuestro país no tiene más de diez años, es que el abogado postulante tendrá una nueva y amplia gama de conocimientos que aprender, quien por definición antes estaba aislado del derecho internacional y tenía que conformarse con saber únicamente el derecho interno, quedando reservada al abogado corporativo la tarea de conocer el derecho internacional en su diaria labor de llevar a cabo negociaciones, coinversiones, contratos internacionales, etcétera.

Caracteres y delimitación del Derecho procesal internacional

El derecho procesal internacional es el producto de antiguas necesidades históricas, como toda la ciencia jurídica, pero nació como disciplina junto con su codificación y denominación definitiva muy recientemente en comparación a las épocas en que ya se practicaba, al mismo tiempo que se separó de las instituciones pertenecientes al Derecho internacional privado, que por su amplitud abren su campo de estudio sobre una rica variedad de ramas.

Su propia novedad provoca una característica dificultad para organizar debidamente la asistencia jurídica entre los Estados, lo cual da a su vez como consecuencia el que subsistan dudas sobre su denominación más adecuada y su ámbito concreto de aplicación.

Según la opinión del autor que hemos venido citando en la parte inicial de este trabajo, las normas de derecho procesal internacional se dividen y clasifican en la siguiente forma:



y se encuentran ubicadas en diferentes ordenamientos, desde Códigos Procesales Civiles de las entidades federativas, del propio Código Federal de Procedimientos Civiles y de los múltiples Tratados, Convenciones y Protocolos internacionales que tiene celebrado México con distintos países del mundo, en el seno de Conferencias sobre Derecho Internacional Privado u organismos internacionales tales como la Organización de Estados Americanos, hasta legislación y reglamentación interna que regula la asistencia en materia de cooperación procesal por medios consulares: La Ley

Orgánica de la Administración Pública Federal, la del Servicio Exterior Mexicano y su Reglamento, etcétera.

La Cooperación procesal internacional

En palabras de Cucinotta, citado por Alcalá Zamora, la cooperación procesal internacional es la "recíproca ayuda que los órganos judiciales de los distintos estados se prestan para la realización de los fines inherentes al ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia."

III. EL OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL PRIVADO

El objeto de estudio del Derecho procesal internacional privado es precisamente las situaciones procesales civiles o comerciales que directa o indirectamente cuentan con algún punto de contacto internacional. Su campo de estudio es tan amplio que se levanta sobre materias como la prueba de la existencia y del contenido del derecho extranjero, la posición jurídica de los extranjeros en la jurisdicción nacional, la propia jurisdicción en sus ámbitos nacional y extranjero, la competencia internacional, la cooperación procesal mediante el envío de exhortos o cartas rogatorias, las consecuencias secundarias de diligencias o actos judiciales efectuados en el extranjero para surtir efectos en México, la ejecución de sentencias y aun laudos dictados en el extranjero, etcétera. Así también se encarga del estudio del derecho concursal internacional, de la competencia exclusiva de ciertas materias en favor de los tribunales nacionales de un país.

IV. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

- a) El primero es un sistema de normas sustantivas conflictuales
- b) El segundo es un sistema procedimental o adjetivo (*Lex-Fori*)
- c) Punto de contacto y entrelazamiento entre ambos.

El Derecho internacional como es bien sabido, es el conjunto de normas que tienen por objeto el regular las relaciones jurídicas que se dan entre estados como entidades soberanas, o bien entre particulares y un Estado extranjero, caso en el cual se conoce como Derecho internacional público, o propiamente entre particulares de distintos países, en cuyo caso la doctrina se ha servido otorgarle la clasificación de Derecho internacional privado. En ambas disciplinas se observa invariablemente que se dan en un ámbito extraterritorial, muchas veces entre sistemas jurídicos de diversa configuración y costumbres.

Las normas de derecho internacional privado se refieren al aspecto sustantivo de una relación jurídica. El vínculo que motivan es siempre existente aunque no se pretenda su actualización por las personas o entidades intervinientes.

Por su parte, el Derecho procesal internacional se refiere exclusivamente al aspecto adjetivo de una relación que ha llegado a existir, esta sí por voluntad de alguno de los intervinientes, o del propio estado al que pertenezcan éstos, a fin de que la potestad pública se sirva darle la validez y fuerza legal requerida en una situación de conflicto de derechos, o bien de buscar el auxilio de alguna instancia jurisdiccional también investida de autoridad pública en un Estado extranjero, para llevar a cabo un encargo indispensable, a fin de que cierto proceso jurisdiccional se haga posible, como lo es el desahogo de pruebas, la ejecución de resoluciones, la diligenciación de exhortos y cartas rogatorias, etcétera. En otras palabras, el Derecho procesal internacional se refiere al conjunto de normas jurídicas que regularán las relaciones procesales y de cooperación entre los órganos jurisdiccionales de distintos estados, a fin de que pueda hacerse posible y efectiva la administración de justicia pese a la extraterritorialidad de personas y de sus bienes.

Tal y como lo expresan Walter Frisch y González Quintanilla, el Derecho procesal internacional tiene por objeto las situaciones procesales civiles con contacto internacional.³ Esta disciplina se abre al estudio de diversas ramificaciones, como lo son por ejemplo

³ FRISCH PHILIPP, Walter; GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo y GONZÁLEZ ELIZONDO, José Arturo, *Derecho internacional privado y Derecho procesal internacional*, Editorial Porrúa, México, 1993, p. 237.

la delimitación de la competencia internacional y los límites de la propia jurisdicción, los efectos derivados de actos realizados en el extranjero que deban tener eficacia jurídica en el Estado nacional, o los que llevados a cabo en el país deban surtirlos en el extranjero, la cooperación procesal propiamente dicha e inclusive el derecho de quiebras, así como el interesante tema de la inmunidad de los estados y la supuesta imposibilidad de someterse a la jurisdicción de otro Estado, dado el principio de soberanía e igualdad entre los pueblos.

Muy claramente exponen estos autores la diferencia que existe entre el Derecho privado y el procesal internacional, al decir que "...se distinguen absolutamente estos dos derechos, que tienen por común la existencia de puntos de contacto internacionales, pero se deriva el internacional privado de ordenamientos sustantivos, es decir, de las remisiones conflictuales contenidas en los mismos, en tanto que el Procesal Internacional se desprende de ordenamientos procesales..."⁴ En concreto podemos establecer la siguiente diferencia: el primero es un sistema de normas sustantivas conflictuales, mientras que el segundo es un sistema procedimental. Es en las normas conflictuales en donde se establece cuál será el país cuyas normas habrán de regir la relación jurídica material, en ellas se establecen los supuestos e hipótesis con base en los cuales se decidirá qué normas sustantivas serán aplicables a una relación jurídica entablada entre extranjeros. Mientras que en el sistema procesal opera un funcionamiento invariable: La ley aplicable en materia procesal es la que rige en el lugar y en el sistema jurídico del organismo resolutor, la *lex fori* o Ley del Foro, cuya aplicación obedece a las razones que expresan estos mismos autores: "La justificación de la aplicación dominante de la *lex fori* procesal, descansa en consideraciones de conveniente práctica, dado no es exigible que el juez y las partes apliquen en su propio país un régimen procesal extranjero, que sería en contra de la seguridad jurídica y del orden público propio",⁵ no siendo óbice

⁴ FRISCH PHILIPP, Walter; GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo y GONZÁLEZ ELIZONDO, José Arturo, *op. cit.*, p. 238.

⁵ FRISCH PHILIPP, Walter; GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo y GONZÁLEZ ELIZONDO, José Arturo, *op. cit.*, p. 240.

que para la decisión de fondo sean utilizadas las normas sustantivas de otro estado. El Derecho sustantivo tiene por objeto los hechos del asunto en estudio, aun antes de que entren en posible conflicto, mientras que el procesal se encargará de la conducta de las partes en el proceso ya entablado con posterioridad a la existencia de los hechos y a designar la autoridad que conocerá del asunto en posible litigio, asignándole jurisdicción y delimitando su competencia.

Existen ejemplos claros de entrelazamiento entre ambas disciplinas, entre los cuales se puede mencionar el hecho de que el juez nacional esté obligado a obtener el conocimiento del derecho extranjero para aplicarlo en un caso ventilado ante tribunales nacionales; el primer acto pertenece al campo del Derecho procesal internacional y el segundo es regulado por el Derecho internacional privado.

V. FUENTES DEL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL

Derecho interno

Existe, no hace más de diez años, una nueva normatividad en materia de cooperación procesal internacional y arbitraje internacional. La más reciente es la sucedida al Código de Comercio en su Título Cuarto del Libro Quinto, el cual fue modificado y adicionado por el Decreto que reformó también al Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en fecha 22 de Julio de 1993. Su anterior adición se había realizado en los artículos del 1415 al 1437, publicado, al incluir el Procedimiento Arbitral, lo que sucedió mediante el Decreto publicado el 4 de enero de 1989.

Los cuerpos normativos vigentes, integrantes del Derecho interno emanado de nuestros cuerpos legislativos locales y Federal, que tratan sobre esta importante materia son los siguientes:

- a) Código de Comercio.
- b) Código Federal de Procedimientos Civiles.
- c) Códigos de Procedimientos Civiles de las entidades de la República.

- d) Ley del Servicio Exterior Mexicano y su Reglamento.
- e) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en lo tocante a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Derecho internacional

Por otra parte, los ordenamientos que han pasado a formar parte también de nuestro Derecho interno, pero a través del mecanismo legislativo previsto por el artículo 133 de la Constitución Política de nuestro país, mediante la celebración de los mismos por el Poder Ejecutivo Federal y la posterior ratificación por la Cámara Alta del H. Congreso de la Unión, y su publicación en el órgano informativo del Gobierno de la República, son entre otros los que señalaremos a continuación. Los referimos sólo de forma somera, toda vez que al final de nuestro trabajo, en el tercer capítulo se incluye un cuadro informativo que contiene valiosa información sobre su fecha de celebración, ratificación, publicación y entrada en vigor. Esta información fue amablemente proporcionada por el lic. Octavio Simental, quien forma parte del personal a cargo en la Ciudad de México de la Compilación de Tratados, en el edificio de Polanco de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana.

- i) Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras.
- ii) Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.
- iii) Convención de la Comunidad Económica Europea sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en asuntos civiles y mercantiles.
- iv) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- v) Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.
- vi) Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero.
- vii) Convención Consular México-Estados Unidos.
- viii) Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.

- ix) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.
- x) Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.
- xi) Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el extranjero.
- xii) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.
- xiii) Convención Consular México-Gran Bretaña y México-Estados Unidos.
- xiv) Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes.
- xv) Convención por la que se suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, de la Haya de 1961.
- xvi) Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.
- xvii) Convención de La Habana sobre Agentes Consulares.

VI. LA COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL EN EL JUICIO EJECUTIVO MERCANTIL

Supuestos Hipotéticos que sirven de base a la investigación

Dado el sentido eminente práctico del presente trabajo, el mismo se realiza con base en supuestos hipotéticos que nos permiten aterrizar en un ambiente real el tema que tratamos, en consecuencia tomaremos como antecedente de las etapas del juicio que analizamos, las siguientes:

- a) La relación jurídica se realizó mediante la celebración un contrato de crédito refaccionario con garantía prendaria e hipotecaria, documentada su disposición con pagarés. Dicho contrato se celebró en México, señalando como tribunales competentes los de la ciudad de México, Distrito Federal, y los de la Ciudad de Nueva York, EEUU a elección exclusiva de la actora. El lugar de pago sería la ciudad de Nueva York.

- b) Una de las condiciones para el otorgamiento del crédito era que la acreditada conservara en su propiedad bienes y valores determinados, los cuales se encuentran en las oficinas de tal acreditada ubicadas en la ciudad de Nueva York, mismos que fueron dados en garantía con motivo de la celebración del Contrato.
- c) La acreditante es el Chase Manhattan Bank México, S.A., una Institución de Crédito Mexicana. ("La Acreditante")
- d) El deudor principal es una sociedad mexicana denominada Cementos de Monterrey, S.A., de la que los bienes en garantía se encuentran en los Estados Unidos de América. ("Deudor Principal")
- e) Un deudor solidario persona física está domiciliado en los Estados Unidos de América y tiene sus bienes en ese país, concretamente en el Estado de Nueva York. (Deudor Solidario "A")
- f) El otro deudor solidario, también persona física, está domiciliado y tiene sus bienes en México, pero fue demandado previamente en los Estados Unidos por el mismo acreditante, por diverso crédito, por lo que al ser emplazado, promueve la acumulación y la incompetencia del tribunal mexicano hacia el norteamericano. (Deudor Solidario "B")
- g) Las esposas de los dos deudores solidarios fungieron como testigos en la celebración del contrato principal.

VII. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO MERCANTIL POR SUS ETAPAS

a) La elección de la competencia

Entendida la competencia como la medida de la jurisdicción, que es a su vez la facultad genéricamente contemplada de aplicar el derecho al caso concreto a fin de dirimir una controversia (jurisdicción contenciosa) o revestir de legalidad un acto determinado (jurisdicción voluntaria), empezaremos por dividir para efectos

académicos a la primera, a la competencia, en dos diferentes alcances o medidas: La competencia sobre el fondo del asunto y la competencia sobre determinados actos del proceso.

La primera es ejercida cabalmente por el tribunal que ha prevenido para conocer del fondo del asunto, la segunda lo es en cuanto a que tiende a auxiliar a la primera en su tarea de administrar justicia. De forma personal, llamaremos a la primera *competencia principal o de fondo* y a la segunda *competencia específica*, sin dejar de prestar atención a que ambas tienen un ámbito determinado y bien delimitado de aplicación, límite que señalan las convenciones internacionales.

En el derecho procesal internacional, la competencia principal es ejercida por aquel tribunal que se denomina requirente de la cooperación procesal, mientras que la segunda es ejercida por el tribunal requerido en delegación del requirente y en cooperación propia, con el propósito de celebrar actos por éste solicitados. Así pues, identifiquemos que las normas de competencia internacional pertenecen a más de un Estado y sistema jurídico.

Vamos a considerar que en los términos del contrato en que se basa este caso hipotético, la acreditante ha elegido la competencia del tribunal mexicano. Lo hace en los términos de los artículos 1092 y 1093 del Código de Comercio vigente, que establecen que es juez competente aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente. En el presente caso existe sumisión expresa puesto que así se estipuló en el Contrato, el cual establece que será la actora la exclusivamente facultada a elegir el foro. El fundamento jurídico de tal elección es el siguiente, perteneciente al Código de Comercio:

Art. 1092. Es juez competente aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente.

Art. 1093. Hay sumisión expresa cuando los interesados renuncian clara y terminantemente al fuero que la ley les concede y para el caso de controversia, señale, como tribunales competentes los del domicilio de cualquiera de las partes del lugar de cumplimiento de algunas obligaciones contraídas o de la ubicación de la cosa.

Pues bien, esta competencia que emana de una prórroga convencional es la que hemos llamado *competencia de fondo*. Más adelante trataremos sobre el planteamiento de incompetencia en favor de un tribunal norteamericano, en virtud del emplazamiento y situación particular del deudor solidario "B", pero por ahora hablaremos sobre la competencia específica:

Competencia específica en la citación o emplazamiento:

En la cooperación procesal internacional, al igual que cuando se tramitan exhortos entre entidades federativas de la República Mexicana, el juez exhortado debe asumir competencia en cuanto a las cuestiones que pudiesen surgir con motivo de la diligencia del auto de *exequiendo*. Por ejemplo, en el caso de México, el juez exhortado en determinado Estado, podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública a fin de estar prevenido en la celebración de un embargo, si así fuere necesario.

Así también, en el ámbito del derecho procesal internacional, el juez requerido puede asumir competencia respecto de las cuestiones que llegasen a surgir en el cumplimiento de la diligencia solicitada, según lo establece el artículo 11o. de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, veamos:

Art. 11. El órgano jurisdiccional requerido tendrá competencia para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada.

De tal forma, la competencia, que asuma dicho tribunal requerido, será tan amplia como en su derecho y sistema jurídico correspondiente, dado que no existe limitante a tal prerrogativa en la Convención ni en la ley mexicana, además de lo que establece el principio de la *lex fori*.

Competencia específica en el desahogo de pruebas

Así también, en la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, se establece otro caso de jurisdicción

específica, en la que el tribunal requerido estará en facultad de conocer de las cuestiones que con motivo de la ejecución de la diligencia solicitada llegasen a surgir, e incluso, de utilizar los medios de apremio que su derecho interno prevengan, cuestión que en el momento oportuno trataremos:

Art. 3. El órgano jurisdiccional del Estado requerido tendrá facultades para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada. Si el órgano jurisdiccional del Estado requerido se declarase incompetente para proceder a la tramitación del exhorto o carta rogatoria, pero estimase que es competente otro órgano jurisdiccional del mismo Estado, le transmitirá de oficio los documentos y antecedentes del caso por los conductos adecuados.

En cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias los órganos jurisdiccionales del Estado requerido podrán utilizar los medios de apremio previstos por sus propias leyes.

b) El emplazamiento. *A través de exhorto, carta rogatoria, comisión consular. Qué derecho resulta aplicable, el del país requerente o el del país requerido. La diligenciación del auto de exequiendo en el extranjero. Cómo constituir garantía precautoria para el caso de obtener sentencia favorable. Figura afín al embargo en el Derecho norteamericano. Término para contestar la demanda, ¿es necesario probar la distancia de un día más por cada 200 km? El lugar del domicilio que habrá de señalar la parte demandada.*

Antes de entrar en el caso hipotético, analizaremos ciertos principios y conceptos teóricos que nos permitirán desarrollar de forma más sencilla y entendible la exposición en la práctica. Empezaremos por señalar y analizar cuáles son los medios por los cuales es posible llevar a cabo la diligencia de emplazamiento.

Derecho aplicable al Exhorto, la Carta Rogatoria y la Comisión Consular

En primer lugar y con base en lo expuesto con anterioridad, debemos determinar qué derecho será aplicable en la preparación y en la diligenciación de exhortos o comisiones rogatorias⁶ o, en su caso, de medios consulares. La diferencia que existe entre ambos medios de cooperación internacional es enorme, dado que en la primera concurren autoridades y normas pertenecientes a sistemas jurídicos diversos, mientras que en la segunda no interviene más que un sistema jurídico, sus autoridades y normas, actuando sobre un territorio extranjero. En el estricto caso de comisiones rogatorias existen dos momentos procesales, constituidos por la preparación y la diligencia efectiva, que también hacen concurrir distintas reglas.

Como anteriormente se decía, en el derecho procesal internacional, a diferencia del internacional privado, la ley aplicable es la *lex fori*, la del lugar del foro donde se llevará a cabo el acto procesal. La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias⁷ en su artículo décimo establece la vigencia de este principio:

⁶ La denominación exhorto o carta rogatoria se aplica de forma indistinta en el derecho internacional privado, aunque es más usual esta última. En México su diferencia se matiza en razón del órgano que la envía, pero sobre todo de aquel que habrá de recibirla, debiendo ser rogatoria aquella súplica que se hace frente a una autoridad jurisdiccional de mayor jerarquía, simple exhorto el que se realiza con uno de similar rango y por último, despacho, aquel que se ordena a un inferior jerárquico. La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero establece en su artículo primero que las expresiones "exhorto" y "carta rogatoria" se podrán utilizar como sinónimos.

⁷ Celebrada en la ciudad de Panamá, República de Panamá, en el día 30 de enero de 1975, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 25 de abril de 1978, firmada con declaración interpretativa por los Estados Unidos Mexicanos en fecha 27 de octubre de 1977. Aprobada por el Senado de la República el 28 de diciembre de 1977, según decreto publicado en el *Diario Oficial* el 20 de febrero de 1978. El depósito del instrumento de ratificación se efectuó el 27 de marzo de 1978. Entró en vigor el 16 de enero de 1976 y para México el 26 de abril de 1978.

Artículo 10. Los exhortos o cartas rogatorias se tramitarán de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido.

A solicitud del órgano jurisdiccional requirente podrá otorgarse al exhorto o carta rogatoria una tramitación especial, o aceptarse la observancia de formalidades adicionales en la práctica de la diligencia solicitada, siempre que ello no fuere contrario a la legislación del Estado requerido.

Este sistema aplica como regla general pero tiene ciertas excepciones, como veremos más adelante, y como precisamente refiere el segundo párrafo del artículo.

Para requerir la cooperación e intervención de un órgano jurisdiccional extranjero en el cumplimiento de determinado acto, es menester la utilización de la carta rogatoria o el exhorto. En este caso el derecho aplicable será la ley de procedimiento de esta última. No sucede así cuando se trata de comisiones consulares, dado que en este caso no se solicita la intervención de un órgano extranjero, sino la participación de representantes del propio país requirente, en nuestro caso, de miembros del Servicio Exterior Mexicano, a fin de que en aplicación de nuestro derecho interno, lleven a cabo la diligenciación solicitada, no siendo óbice el que se apliquen normas mexicanas en territorios extranjeros, pues en este caso no es un tribunal extranjero quien aplica el derecho procesal mexicano, renunciando al propio, sino que es el mismo órgano de autoridad nacional, por conducto de sus representantes en el exterior, quien lleva a cabo el acto solicitado, sujetándose cabalmente al derecho del país que representa y al del país en el que actúa.

Los casos de excepción, para la tramitación de cartas rogatorias, según el segundo párrafo del dispositivo internacional citado, establecen una limitante para la aplicación de normas del derecho del país requirente en la diligenciación del acto solicitado: el orden público. Ese concepto ha sido tradicionalmente tan amplio, que por él se cuelan o se escapan innumerables consideraciones nacionalistas o usos que por ningún motivo deben constituir un obstáculo al espíritu del derecho internacional, cuyo eje toral es la cooperación entre naciones y el universalmente reconocido principio fundamental del *pacta sunt servanda*. La misma Convención,

en su artículo 17 establece que el Estado que deba llevar a cabo la diligencia judicial solicitada podrá negarse justificadamente a hacerlo cuando lo pedido sea manifiestamente contrario al orden público, veamos:

Artículo 17. El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando sea manifiestamente contrario a su orden público.

Jorge Alberto Silva, en su libro *Derecho internacional sobre el proceso*, establece al tratar el tema de la preparación de cartas rogatorias lo siguiente:

Para la preparación de la carta o comisión rogatoria dentro de los procedimientos que se siguen por el tribunal que pide, el derecho aplicable es el propio o *lex fori*.

En cambio, dentro de los procedimientos que sigue el país cooperador, resulta permisible que en casos excepcionales se aplique el derecho del país requirente.⁸

La regla general que ha seguido la tradición jurídica es fundarse en el derecho del país que requiere la práctica del acto judicial, en la preparación de la diligencia solicitada, no siendo así con el derecho que habrá de aplicarse ya en la diligenciación material del acto pedido, caso en el cual el marco jurídico aplicable será el del país requerido.

Nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles, en su artículo 555 prevé la posibilidad de que en la práctica de diligencias solicitadas por tribunales extranjeros, sean aplicadas normas de procedimiento no pertenecientes a nuestro sistema jurídico, celebrando actos procesales no contemplados por las leyes del foro mexicano.

Abunda Silva sobre las distintas normas jurídicas aplicables en ambos sistemas de cooperación judicial internacional, en el siguiente sentido:

⁸ SILVA, Jorge Alberto, *Derecho internacional sobre el proceso*. Mc Graw Hill. Serie Jurídica, México, 1997, p. 184.

Como regla general, en el exhorto o comisión rogatoria, la autoridad exhortada aplica el derecho u orden jurídico del lugar en que actúa (*lex fori*), en la comisión consular o diplomática, el agente que diligencia ordinariamente no aplica el derecho del lugar en que actúa, sino la del país que representa.⁹

Emplazamiento por medio de Comisiones Rogatorias o Exhorto Internacional

Para la preparación del acto por medio del cual se solicita la intervención de un tribunal extranjero en la práctica de una diligencia de carácter judicial en su país (es decir exhortos o comisiones rogatorias), se aplicará el derecho del país requirente, mas en su diligenciación efectiva, se aplicará el derecho del país requerido, pudiendo éste aplicar, si su orden jurídico lo contempla, las normas de procedimiento del país requirente. En cuanto al fondo del emplazamiento (plazo para comparecer a oponer excepciones y defensas), entendido como el llamamiento a juicio, se aplica la ley del requirente. En tal sentido, en lo tocante a cartas rogatorias y exhortos internacionales, se da la concurrencia de dos sistemas jurídicos.

Emplazamiento por medios consulares

Cuando se trata de comisiones diplomáticas y en el caso aislado de nuestro país, el procedimiento que debe seguirse para la tramitación de tales diligencias es presentarlo ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, quien por su conducto lo hará llegar a las autoridades consulares destacadas en el país y lugar en que deberá llevarse a cabo el acto solicitado, quienes con apego al orden jurídico mexicano llevarán a cabo el trámite, celebración del acto procesal y devolución de los autos, sin necesidad de aplicar formalidades procesales del país en que se celebra el acto, pero sí teniendo en cuenta que deberán respetar el orden público del Estado en que actúan, y con la limitante de que no podrán emplear medio que implique alguna forma de coerción.¹⁰

⁹ SILVA, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 185.

¹⁰ Art. 13 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, en su enunciado final.

Existen excepciones a esta libertad de aplicar normas de procedimiento nacionales en país extranjero. Por ejemplo, la que establece la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias en su artículo 13,¹¹ tanto como la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial en su artículo 21o.; ambas establecen que dicha libertad tiene como límite el respeto al orden jurídico interno del país en que se encuentren acreditados los funcionarios consulares, es decir, que podrán aplicar las normas de su país en tanto que no se opongan a las leyes del país en que se lleva a cabo el acto procesal.

Como justificante de estas disposiciones es conveniente recordar la parte considerativa de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que México es parte, y que en su párrafo sexto establece:

Teniendo presentes los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, *de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza* y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades,...

¹²

Ahora bien, nuestro siguiente paso es determinar cómo se prepararía en la práctica dicha carta rogatoria o exhorto, qué autoridad deberá solicitarlo y por medio de qué autoridad central si la hay, así como los trámites y formalidades que deben llevarse a cabo a fin de que los actos solicitados estén revestidos de legalidad.

¹¹ Este artículo establece que los funcionarios consulares o agentes diplomáticos debidamente acreditados podrán dar cumplimiento por sus medios a las diligencias de emplazamiento, notificaciones o citaciones, recepción y obtención de pruebas, etc., bajo la condición de que ello no se oponga a las leyes del estado en que actúan.

¹² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Emplazamiento al deudor principal y a los deudores solidarios "A" y "B"

El emplazamiento al deudor principal y al deudor solidario "B" se llevará a cabo conforme a las reglas que para el juicio ejecutivo mercantil establece el Código de Comercio, siéndole supletorio el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

De los tres componentes del auto de *exequiendo*, que son el emplazamiento, la notificación de la demanda y el embargo, sólo trataremos para el demandado principal este último, dada cuenta que los bienes dados en garantía se encuentran en los Estados Unidos de América, y es en ellos sobre los cuales deberá formalizarse el embargo. Las demás cuestiones se omitirán por no tener carácter internacional ni contacto con el tema central del presente trabajo.

A fin de que se lleve a cabo la diligenciación del auto de *exequiendo*, el tribunal mexicano deberá solicitar mediante una carta rogatoria, la intervención del órgano jurisdiccional competente en el estado de Nueva York, exclusivamente en lo tocante al embargo al deudor principal y a la notificación de la demanda y emplazamiento al deudor solidario "A", con el propósito de formalizar el aseguramiento de los bienes otorgados en garantía con motivo del contrato, y los que tenga en aquel país el solidario "A" hasta que se garantice la cuantía del juicio, mediante una orden judicial que sea similar o equiparable al embargo mexicano.

Pues bien, el juez de lo civil con competencia en la capital mexicana deberá dictar su auto admisorio o de *exequiendo* de forma tal que en su redacción, al ordenar el embargo formal de los bienes dados en garantía, no dé a entender al juez norteamericano que le solicita aplicar una medida de coerción o ejecución, ello en virtud de que si comete este error, el juez norteamericano podrá rehusarse a llevar a cabo la parte del auto en que se solicita el aseguramiento de las garantías contractuales, en virtud de lo que establece el artículo tercero de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, en su párrafo final:

La presente convención no se aplicará a ningún exhorto o carta rogatoria, referente a actos procesales distintos a los mencionados en

el artículo anterior; en especial no se aplicará a los actos que impliquen ejecución coactiva.

Una vez hecho lo anterior, emplazado a juicio y notificado de la demanda el deudor principal en la Ciudad de México, lo procedente es que si no lo hizo en el admisorio, el juez dicte un nuevo auto, a solicitud de la parte actora obviamente, en el cual se ordene girar exhorto al tribunal con jurisdicción y competencia en la ciudad de Nueva York, estado de Nueva York, en los Estados Unidos de América, citando como fundamento de su actuación los dispositivos legales pertenecientes al Código de Comercio, al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, al Código Federal de Procedimientos Civiles y a esta Convención, para llevar a cabo la tramitación de la carta rogatoria.

El auto que se dicte deberá contener la petición clara de llevar a cabo el aseguramiento solicitado, incluyendo los datos informativos sobre los bienes a ser asegurados, su ubicación y el carácter de garantías que ostentan dentro del acto jurídico incumplido que da motivo al juicio.¹³

El trámite efectivo deberá llevarse a cabo conforme a lo preceptuado por los artículos 4, 5 y 8 de la Convención Interamericana de la materia, en base a los siguientes pasos:

1. Traducir al idioma inglés, preferentemente mediante perito autorizado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el auto de exequendo, el auto que ordena girar el exhorto o carta rogatoria, si es distinto, el propio exhorto o carta rogatoria, las copias de la demanda debidamente selladas y requisitadas por el secretario del juzgado mexicano, la cédula o instructivo y los demás anexos que correspondan, tales como los documentos base de la acción. Deberá además quedar constancia clara de quién es el órgano requirente, de qué término tiene para contestar la demanda (en el caso del deudor solidario emplazado allá) y el apercibimiento de que de no contestar la demanda en tiempo y forma legal, se dictará en su contra sentencia que ordene el remate de sus bienes.

¹³ Conforme al artículo 550 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Además, deberán legalizarse dichos documentos por la cancelaría o por los funcionarios consulares destacados en la ciudad de Nueva York, en el caso de que su tramitación se haga directamente por la parte interesada, según lo dispone el artículo 5 inciso a) de la multicitada Convención.¹⁴ Del momento en que se dicta y surte efectos la resolución que ordena girar exhorto y su preparación, no deben pasar más de diez días, según lo dispone el artículo 299 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

2. Tramitar por duplicado lo anterior, a fin de que el juez mexicano conserve ejemplar para constancia de lo enviado, recibido y actuado, según dispone el artículo 556 del Código Federal de Procedimientos Civiles.
3. La transmisión efectiva del acto procesal requerido, conforme a lo siguiente:
 - a) *Por las partes interesadas directamente.* En este caso la parte actora llevará por su conducto ante la Corte competente de la ciudad de Nueva York, que lo es la Suprema Corte del Estado de Nueva York,¹⁵ el cúmulo de documentos que contiene la petición, y los presentará conforme a las formalidades que establezcan las leyes de aquel país. De conformidad con la Convención, dichos documentos deberán legalizarse, a fin de que pueda ser cum-

¹⁴ Cada Estado parte de la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias deberá informar a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA) los requisitos que sus leyes exijan para la legalización y traducción de exhortos y cartas rogatorias (art. 18 Convención).

¹⁵ Ello en virtud de que la cuantía supera los \$25,000USD, pero si fuese menor, sería competente la Corte Civil de la ciudad de Nueva York (New York Civil Court). Se recomienda ver en el capítulo tercero la organización y estructura judicial en el estado de Nueva York.

¹⁶ La legalización es, según Claude Belair, a quien cita el maestro Silva, "la declaración de autenticidad de las firmas que figuran en un documento oficial, así como la calidad jurídica de la o las personas cuyas firmas aparecen en el citado documento" BELAIR, Claude. *Legalización de documentos*. Diccionario Jurídico Mexicano.

plimentado el acto pedido, conforme a los requisitos que cada país imponga.¹⁶ La legalización en México corre a cargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, según dispone su Reglamento Interior en los artículos 14, 29 y 37. Esta vía implica que el propio litigante lleva en su mano el expediente formado con motivo de la carta rogatoria, sin intervención de la autoridad central o consular, lo que redundaría en una parcialidad dañina en contra de la oficialidad de las relaciones entre Estados. Nuestro derecho interno lo contempla cuando no se hace aplicable el derecho internacional privado emanado de las convenciones,¹⁷ pero la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero no lo considera, por lo cual este medio no es idóneo.

- b) *Por la vía judicial.* El juez mexicano tramitará por las vías oficiales la petición solicitada, sin necesidad de legalización, entablado contacto directo con la autoridad norteamericana. Este medio es utilizado cuando se trata de tribunales fronterizos, existiendo confianza en la administración de justicia del tribunal exhortante, pero sobre todo conocimiento sobre su organización y competencia.
- c) *Por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos.* Al igual que la anterior, el juez mexicano tramitará vía la Cancillería mexicana (o bien directamente, puesto que la ley mexicana no dispone nada en contrario), el hacer llegar dicha petición al vecino país del norte, a fin de que los funcionarios consulares mexicanos que se encuentren acreditados en aquella ciudad lo hagan llegar ante los tribunales competentes de Nueva York. Ello se hará con arreglo a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y el Reglamento interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores, tanto como la Ley del Servicio Exterior Mexicano y su reglamento. En este caso tampoco se requiere legalización, dada cuenta que las vías mediante las cuales se hace llegar

¹⁷ Arts. 109 del Código Procesal Civil del Distrito Federal y 1074 fracción III del Código de Comercio.

son oficiales y sus vehículos son personas de derecho público (Gobierno mexicano) que cuentan con tal reconocimiento en el derecho internacional.

- d) *Por la autoridad central del país del órgano requirente.* Esa vía oficial es la autoridad central mexicana, en este caso la Secretaría de Relaciones Exteriores, según lo dispone el artículo 28 fracción XI de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, por conducto de la Dirección General de Asuntos Jurídicos. Dirección Jurídico Contenciosa, Departamento de Exhortos. Ubicada en Ricardo Flores Magón núm. 1, Col. Tlatelolco, México, DF. Tel. 782 3440. La autoridad central que habrá de contactar es precisamente la "Office of International Judicial Assistance, Civil Division. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. 1100L St. N.W. Room 11006, Washington, DC 20530. Estados Unidos de América. Tel. (202) 307 0983 y fax (202) 514 6584" quien por su conducto hará llegar ante la Corte competente la súplica. Esta vía es la más confiable y la que mayor certeza le da al destino del acto solicitado, dado que intervienen autoridades especialmente designadas para tales efectos en las Convenciones internacionales.

4. La diligenciación efectiva, como hemos señalado con anterioridad, se llevará a cabo conforme a las leyes procesales del Estado de Nueva York, dado el principio de la *lex fori*. Esas normas procesales son genéricamente referidas como Derecho procesal civil y reglas del Estado de Nueva York, o por su denominación en inglés: "Civil Practice Law and Rules of the State of New York (CPLR)". Como veremos más adelante, lo único que tendrá que solicitarse respecto del deudor principal a la autoridad judicial neoyorquina es el aseguramiento de bienes del demandado principal, en donde no aplican las mismas reglas que en Derecho mexicano; en lo tocante al deudor solidario "A" deberá también notificársele y emplazársele a juicio.
5. Su devolución se llevará a cabo por las mismas vías que ha sido enviado.

Ahora surge el problema de cuál será el término que regirá en la contestación de la demanda para el deudor domiciliado en el extranjero. Pues bien, el término dentro del que habrá de producir su contestación, según el Código Federal de Procedimientos Civiles,¹⁸ está completamente subordinado al arbitrio del juez, quien en función de la distancia y de la mayor o menor facilidad de comunicaciones habrá de determinar discrecionalmente cuál será el término dentro del cual habrá de comparecer ante el tribunal. Esta regla aplica¹⁹ de forma general y sin distinción a la práctica de cualquier acto judicial que requiera citación de las personas partes en un juicio, cuando las mismas se encuentren fuera del lugar del juicio. El mecanismo de otorgar un día más por cada doscientos kilómetros o fracción que exceda de la mitad, de distancia del lugar del juicio aplica cuando el que deba comparecer está en el país, dentro del territorio nacional, sujeto a la salvedad de que la ley de forma expresa disponga algo en contrario o el órgano jurisdiccional determine que deba ampliarse. Esta última regla es la que señala el Código de Comercio, mismo que omite establecer de forma expresa la norma que regirá para el caso de que el demandado estuviese en el extranjero, razón por la cual debemos seguir el régimen de supletoriedad.

Por último, respecto del domicilio que habrá de señalar el demandado para ulteriores notificaciones de carácter personal, la ley establece que, tal y como sucede cuando el demandado residiere fuera del lugar del juicio pero dentro del país, habrá de señalar domicilio dentro del lugar o distrito judicial donde se ventile el juicio, de lo contrario las notificaciones de carácter personal se harán por tabla de avisos o por estrados del juzgado.

La diligenciación del auto de exequendo en el extranjero:

Con las reservas que merece la falta de conocimiento absoluto sobre el derecho norteamericano, y en particular sobre su forma de aplicación e interpretación, trataremos de exponer de forma cui-

¹⁸ En su artículo 327, que se contempla en el Capítulo de Emplazamiento.

¹⁹ Según lo dispone el artículo 134 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su Capítulo de Términos Judiciales.

dadosa lo que establecen las normas aplicables, las cuales hemos consultado gracias al auxilio de una firma estadounidense de abogados con sede en la ciudad de Nueva York.

Para iniciar este breve apartado, hemos de desilusionar a todos aquellos que tenían la esperanza de que existiese una forma de aseguramiento de bienes (semejante al embargo) que con motivo del ejercicio de una acción civil estableciere un gravamen en los bienes del demandado, a fin de que él mismo no sustrajere bienes de su activo patrimonial y pudiese colocarse de forma intencional en estado de insolvencia, para el caso de que perdiera el litigio y fuera a ser ejecutada la sentencia de forma forzosa. La primera pregunta que planteamos a quienes amablemente nos auxiliaron en este estudio fue la siguiente, que se transcribe en ambos idiomas, a fin de lograr una comparación clara:

PREGUNTA

Do defendants are required to secure assets in order to guarantee sufficient funds to be available to the plaintiff should the plaintiff ultimately prevail in litigation?

¿Los demandados están obligados a asegurar bienes o activos con el propósito de garantizar fondos disponibles para el caso de que su demandante resulte victorioso en el juicio instaurado en su contra?

RESPUESTA

Generally speaking, there is not a requirement under New York law that a defendant put up some form of secured asset to ensure payment to a successful plaintiff.

En general, no existe requerimiento alguno bajo la ley de Nueva York de que un demandado deba asegurar el pago de la sentencia que haya sido favorable a su demandante.

¿Cómo se hará la notificación de la demanda?

Según el *Civil Practice Law and Rules of the State of New York*, desde ahora CPLR, existen diversas reglas de notificación a fin de que el demandado sea notificado y emplazado a juicio. Considerando que en nuestro trabajo estudiamos precisamente el principio de *lex fori*, debemos llevar a cabo un estudio de aquellas reglas que serán utilizadas al emplazar al demandado solidario "A".

La Notificación de la demanda, o "Service of process for actions" en el Estado de Nueva York, debe ajustarse a las reglas que establece el CPLR en sus artículos 304, 305, 306 a y b, 308,

310, 311, 312a, 313 y 316, según el caso de que se trate, las cuales someramente tratan sobre los siguientes puntos:

304. Descripción del método para el ejercicio e inicio de una acción.
 305. Describe la forma del emplazamiento.
 306. a) y b) Describe los requisitos para probar que se ha realizado la notificación, mediante el acta respectiva.
 308. Describe cómo debe de notificarse de forma personal a las personas físicas.
 310. Describe cómo debe de notificarse de forma personal a las sociedades civiles (*partnerships*).
 311. Describe cómo debe de notificarse de forma personal a las corporaciones o sociedades mercantiles (*corporations*).
 312. Describe cómo puede lograrse una notificación personal por correo.
 313. Describe cómo puede notificarse a una parte fuera del estado de Nueva York.
 316. Describe cuándo y en qué circunstancias puede notificarse por medio de publicaciones.

Cómo iniciar la acción o un Procedimiento Especial

Regla 304. Método para comenzar una acción o un procedimiento especial.

Una acción es iniciada mediante la presentación de demanda y emplazamiento (*summons and complaint*) o del emplazamiento y aviso (*summons and notice*). Un procedimiento especial es iniciado mediante la presentación de un aviso de petición (*notice of petition*) o bien una orden denominada *order to show cause* y una petición. Cuando la Corte advierta que las circunstancias impiden la inmediata presentación de la demanda o petición, la suscripción de una orden que requiera la subsecuente presentación en un momento y fecha específicos no después de cinco días, iniciará la acción. Para los efectos de esta sección, y para los de las secciones 203 y 306a de este capítulo, presentación significará la entrega del

emplazamiento con el aviso, emplazamiento con la demanda, aviso de petición o bien una *orden order to show cause* al secretario u oficial de la Corte del condado ante el cual se pretende iniciar el procedimiento, o a cualquier persona designada por dicho secretario u oficial de la Corte para tal propósito, junto con la cuota requerida (*filing fee*).

En todo caso, siempre que se presente una de estas peticiones para iniciar una acción o un procedimiento especial, deberán presentarse, previo pago de los derechos que se causen en el condado ante el cual se promueva la petición, los documentos en original junto con una copia ante el secretario u oficial de la Corte correspondiente, las cuales serán selladas por éste en ambos tantos, quedándose el primero para ser turnado a la Corte y la copia será inmediatamente devuelta al promovente, debiendo sentar razón de la fecha de presentación de la petición. Los derechos que se causan se encuentran especificados en la regla 2102 del mismo Capítulo en que se encuentran estas reglas.²⁰

Diligencia de notificación

Ahora veremos la diligencia que debe levantarse con motivo de la notificación, la cual es conocida bajo el nombre de *proof of service*.

Regla 306. Prueba de la notificación

- a) *Notificación genérica.* La prueba de la notificación deberá especificar los documentos entregados, la persona que fue notificada y la fecha, hora, domicilio si lo hubiese o en el caso de que no existiere, el lugar y la forma en que se notificó, sentando los hechos que acrediten que se desarrolló efectivamente la notificación por una persona autorizada y en forma legal.

²⁰ MC LAUGHLIN, Joseph M., *McKinney's consolidated laws of New York*, Annotated. Book 7B CPLR 301 to 500. State and Federal Courts and State Agencies, St. Paul, Minn, West Publishing Co., p. 80

- b) *Notificación personal.* En cualesquier caso que la notificación sea hecha de conformidad con este artículo mediante la entrega del emplazamiento a un individuo, la prueba de la notificación requerirá, en adición a cualquier otro requisito, una descripción pormenorizada de la persona a quien se notifique, incluyendo datos como sexo, color de piel, de cabello, edad aproximada, estatura y peso aproximado y otras características identificadas, sin que deba limitarse a esos.
- c) *Otra clase de notificaciones.* Cuando la notificación sea de conformidad con la subdivisión cuatro de este Capítulo, la prueba de notificación deberá además especificar las fechas, domicilio y los tiempos en que haya intentado hacer las notificaciones de conformidad con las subdivisiones uno, dos o tres de dicha Sección.
- d) *Forma.* La prueba de la notificación deberá revestir la forma de una certificación, en el caso de que sea efectuada por un oficial u otro funcionario público autorizado, en forma de declaración jurada (*affidavit*), si es hecho por cualquier otra persona, o bien en la forma de un conocimiento firmado de recibido, de conformidad con lo dispuesto en la sección 312a de este artículo.
- e) *Firma de notificación.* Una razón de notificación firmada por la persona que fue notificada es una prueba adecuada de que quedó debidamente hecho el acto judicial.

Según un precedente judicial citado en la obra que consultamos en el presente caso, cuando una acción es iniciada correctamente presentando los documentos requeridos y se lleva a cabo la notificación del inicio de la misma o del procedimiento especial, sin haber hecho el previo y obligatorio pago de la cuota de presentación (filing fee), se considerará que dicha notificación es nula y que nunca ha iniciado legalmente el procedimiento. Fry v. Village of Tarrytown, 1997, 89 NY 2d 714, 658 NYS 2d 205, 680 N.E. 2d 578.

Regla 305. Emplazamiento; emplazamiento suplementario: reforma.

- a) El emplazamiento deberá especificar el tribunal competente (*basis of venue*) y si la competencia está otorgada en función de la residencia del actor (*plaintiff*), el domicilio de la parte actora y deberá exhibir el número de índice o expediente (*index number*) que le haya correspondido en la fecha de presentación ante el secretario u oficial de la Corte ante la que se haya presentado. El emplazamiento a un tercera persona también deberá indicar la fecha de presentación del emplazamiento de esa tercera persona ante el secretario u oficial de la Corte. El emplazamiento respecto a una acción que tenga como base una operación de tipo crediticia deberá exhibir ostensiblemente en la parte superior del emplazamiento las palabras "transacción crediticia" (*consumer credit transaction*) y cuando un comprador, acreedor o deudor sea el demandado, deberá especificar el condado de residencia del demandado si reside dentro del Estado, así como el condado en el que la operación crediticia tuvo lugar de nacimiento, si fue dentro del Estado. Cuando por orden de la Corte o por estipulación de todas las partes o conforme al derecho que consigna la sección 1003, una nueva parte deba ser llamada a juicio y ella no pueda ser incluida por petición propia, podrá emitirse un nuevo emplazamiento suplementario, especificando los alegatos que esa nueva parte deba responder, los cuales deberán ser presentados ante el secretario u oficial de la Corte y notificados a tal nueva parte.
- b) Emplazamiento y aviso. Si la demanda no es notificada junto con el emplazamiento, el emplazamiento deberá contener o tener anexo un aviso que establezca la naturaleza de la acción ejercitada y la asistencia buscada, y excepto en una acción por responsabilidad civil por práctica médica indebida, indicará también la suma económica sobre la cual versará el juicio.

- c) Reforma. En cualquier momento, en su más amplia discreción y en los términos que considere necesarios, la Corte podrá permitir que cualquier emplazamiento o prueba de la notificación de emplazamiento, sean modificados, siempre que no resulte perjudicado ningún derecho sustancial de alguna de las partes emplazadas.

Regla 306a Número de Expediente en una acción entablada ante la Suprema Corte o Corte de un Condado.

- a) Al momento de presentar el emplazamiento y la demanda o el emplazamiento con el aviso en una acción entablada ante la Suprema Corte o la Corte de un Condado, será asignado un número de expediente y la cuota de presentación que prevé la subdivisión a) de la sección 8018 de este Capítulo deberá ser cubierta. En la presentación de una demanda y emplazamiento en contra de una persona que no tenga aún el carácter de parte en juicio, como lo prevé la sección 1007 o la regla 1011, la cuota contemplada bajo la sección a) de la sección 8018 de este capítulo deberá ser cubierta, con la excepción de que no se proveerá un número de expediente adicional.
- b) Si una persona distinta de la parte actora o una tercera parte que también tenga tal carácter, que haya notificado el emplazamiento de la parte actora o de la tercera persona que goce de tal carácter, obtiene el número de expediente y paga la cuota necesaria, el secretario u oficial de la Corte podrá dirigir una orden a la parte actora o la tercera persona que tenga el mismo carácter, de reembolsar a dicha persona distinta la cantidad a que haya ascendido la cuota pagada. Si dicha cuota no es pagada a la parte que la cubrió dentro de los treinta días siguientes a la notificación de dicha orden, la persona que pagó la cuota, en adición a cualquier otro recurso que la ley le otorgue, podrá solicitar al secretario u oficial de

la Corte que ordene la disolución o rechazo de la acción intentada.

Regla 308. Notificación Personal a una persona física.

La notificación personal a una persona física, de conformidad con el CPLR se realizará de la siguiente forma, con arreglo a cualquiera de los siguientes métodos:

1. Mediante la entrega del emplazamiento dentro del Estado de forma material a la persona que deba ser notificada.
2. Mediante la entrega de los documentos a una persona con capacidad legal para comparecer en juicio, en el asiento actual de negocios, residencia habitual (*abode place* o *dwelling place*) de la persona que deba ser notificada. También podrá hacerse mediante la vía postal enviando por correo a quien deba ser notificado a su último lugar de residencia que se conozca, o enviando el emplazamiento por correo a quien deba ser notificado al domicilio en que encuentre su asiento de negocios actual, dentro de un sobre que tenga la leyenda "Personal y confidencial", sin que en su parte exterior se muestre de forma alguna, ya sea por señalamiento del remitente u otra forma, que el documento que se envía proviene de un abogado o concierne alguna acción instaurada en contra de tal persona. Dicha entrega y envío por correo deberá ser efectuado dentro de los veinte días posteriores cada uno; la prueba de notificación deberá ser presentada ante el secretario u oficial de la Corte (*clerk*) competente, dentro de los veinte días posteriores a la entrega o al envío por correo, lo que ocurra más tarde; la notificación deberá quedar hecha a más tardar dentro de los diez días posteriores a la presentación del emplazamiento. En la prueba de la notificación (diligencia de notificación) deberá identificarse aquella persona que cuente con capacidad legal y que haya recibido la notificación, la fecha,

lugar y hora en que se haya realizado, excepto en las cuestiones de matrimonio (acciones de tipo familiar) en cuyo caso la notificación deberá hacerse de conformidad con la orden que se haga de acuerdo a lo dispuesto por la subdivisión "a" de la sección 232 de la Ley o Código Familiar (*Domestic relations Law*), o bien:

3. Mediante la entrega del emplazamiento por el agente que deba realizar la notificación, con arreglo a lo dispuesto bajo la Regla 318, excepto en las cuestiones de matrimonio (acciones de tipo familiar), en cuyo caso la notificación deberá hacerse de conformidad con la orden que se haga de acuerdo a lo dispuesto por la subdivisión "a" de la sección 232 de la Ley o Código Familiar (*Domestic relations Law*).
4. Cuando la notificación no pueda hacerse por cualquiera de los medios anteriores, se hará mediante la fijación del emplazamiento en la puerta de cualesquiera de: asiento principal de negocios (*actual place of business*), residencia habitual (*dwelling place or usual place of abode*) que se encuentren dentro del Estado de Nueva York, de la persona que deba ser notificada, o bien mediante el envío vía postal a la persona que deba ser notificada, a su último domicilio conocido, o bien enviando vía postal el emplazamiento en correo de primera clase a la persona que deba ser notificada en su principal asiento de negocios en un sobre que ostente la leyenda "Personal y confidencial" sin indicar en la parte exterior mediante el señalamiento de remitente u otra forma, que el envío proviene de un abogado o está relacionado con el ejercicio de una acción en contra de la persona que deba ser notificada. Dicha fijación en la puerta y su envío deberán efectuarse dentro de los veinte días posteriores cada uno; la prueba de la notificación deberá ser presentada ante el secretario u oficial de la Corte dentro de los veinte días posteriores a la fijación en la puerta o al envío por correo, cualquiera que se lleve a cabo por último; la notificación deberá hacerse diez días después de la

presentación ante la Corte anteriormente referida; excepto en las cuestiones de matrimonio (acciones de tipo familiar), en cuyo caso la notificación deberá hacerse de conformidad con la orden que se haga de acuerdo a lo dispuesto por la subdivisión "a" de la sección 232 de la Ley o Código Familiar (*Domestic relations Law*).

5. En la forma que la Corte determine, previa moción sin aviso, si la notificación es impracticable de acuerdo con lo previsto por los párrafos uno, dos y cuatro de esta sección.
6. Para efectos de esta sección, "Actual asiento de negocios" significa cualquier local a través del cual, mediante aviso o solicitud, el demandado ha sostenido que tal sea el asiento principal de sus negocios.

Pasos que se siguen a fin de lograr la diligenciación del auto de exequendo en el Estado de Nueva York.

1. Presentación ante la Suprema Corte del estado de Nueva York de los documentos que integran la petición en dos tantos, uno se queda con el secretario u oficial de la Corte (*clerk*), quien sienta razón de lo que recibe y posteriormente devuelve la copia sellada al promovente.
2. Pago de la cuota de presentación o *filings fee*, que se utilizan como recaudaciones a favor de la Corte, al momento que se asigna número de índice o expediente.
3. Se preparará el emplazamiento especificando datos como tribunal competente, domicilio de la parte actora y de la demandada, número de índice o expediente, lugar donde tuvo origen la operación crediticia realizada.
4. Por tratarse de un asunto civil de naturaleza crediticia, deberá señalarse en la parte superior del emplazamiento la leyenda "Transacción crediticia" (*consumer credit transaction*).
5. Se ordena la notificación del emplazamiento (*service of the summons*) por el *marshall* de la Corte, por algún funcionario

público de igual jerarquía, de los documentos que integran la demanda y demás anexos, especificando la naturaleza de la acción que se ejercita y la asistencia buscada, así como la cuantía sobre la cual versara el juicio.

6. Se lleva a cabo la notificación efectiva al deudor solidario A, conforme a lo dispuesto por las reglas del CPLR, en su número 308, suponiendo que se surte el supuesto contemplado por el número 1 de dicha regla, que consiste en la entrega personal a la persona que deba ser notificada.
7. Se sienta razón de la notificación realizada mediante la regla 306 del CPLR, preferentemente conforme a su inciso e), solicitando al demandado que una vez notificado se dé por emplazado mediante una razón firmada por este último.
8. Una vez integrado dicho procedimiento, se devolverá a la autoridad central del país requerido, a fin de devolverlo a su origen.

c) *Personalidad de las partes.* Como se acredita y sus problemas respecto a la remisión hacia el Protocolo sobre Uniformidad del Regimen Legal de los Poderes y la Convención de La Haya de Octubre 5 de 1961 sobre la eliminación de requisitos de legalización de documentos públicos.

Este inciso motiva el estudio de la personalidad, entendida como la figura por la cual una persona puede comparecer válidamente en nombre de otra u otras, ante una instancia, ya sea privada o pública, realizar actos por cuenta de ella y en su nombre, a fin de ejercitar un derecho o asumir una obligación. En concreto, nuestro estudio toca de lleno los temas del a) cómo acreditar que se cuenta con la representación de una persona moral extranjera en nuestro país, y b) cómo acreditar que se cuenta con la representación de una persona física que otorgó poder en el extranjero en nuestro favor. Para ello habremos de atenernos a dos convenciones internacionales muy importantes: la Convención de La Haya, Holanda, celebrada el 5 de octubre del año de 1961, mejor conocida como Convención por la que se suprime el requisito de legalización de

documentos públicos extranjeros,²¹ y el Protocolo sobre la Uniformidad en el Régimen Legal de los Poderes.²² Ambas convenciones contienen normas jurídicas de particular importancia, dado que gracias a ellas ha sido posible hacer menor la existencia de formalidades y requisitos en la transmisión y reconocimiento de validez legal de documentos por los cuales se acredita la representación de una persona de un país extranjero. Ello ha producido mayor celeridad en el trámite de certificaciones de autoridades y de documentos emitidos por fedatarios públicos para surtir sus efectos ante las autoridades de otro Estado, las cuales estarán imposibilitadas de exigir mayores requisitos de los que se establecen en la Convención de la Haya de 1961.²³

Hablando concretamente de la Convención de La Haya, su ámbito de aplicación se eleva sobre todos aquellos documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio y conforme a la ley de un Estado contratante, que deban ser presentados y reconocidos en el territorio de otro Estado. La Convención limita el concepto de documentos públicos en favor de a) aquellos que dimanen de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción (incluyendo del Ministerio Público, de un secretario, oficial o agente judicial); b) los documentos administrativos; c) los documentos notariales; d) las certificaciones oficiales emitidas sobre documentos privados (corporativos), como lo son menciones de registro, comprobaciones de certeza de una fecha y autenticaciones de firmas. Quedarán excluidos de su ámbito de regulación los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares, así como documentos que se refieran a una operación aduanera.

²¹ Este instrumento internacional fue adoptado en La Haya, Holanda el 5 de octubre de 1961. Se aprobó por el H. Senado de la República en fecha 19 de diciembre de 1993, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 17 de enero de 1994. El instrumento de adhesión se efectuó el 1 de diciembre de 1994, entrando en vigor para nuestro país el 14 de agosto de 1995.

²² *Ibidem.*

²³ La parte considerativa de esa Convención establece que su razón de ser es "suprimir la exigencia de legalización diplomática o consular para los documentos públicos extranjeros".

La única formalidad que puede exigirse para certificar que la firma, calidad del signatario y la identidad del sello o timbre del que esté acompañado el documento, será la fijación de la apostilla a que se refiere el anexo de la Convención, a menos que por convenio entre estados contratantes se suprima, simplifique o dispense dicho requisito.

Cada Estado notificará al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos sobre qué autoridades serán competentes para expedir apostillas en el ámbito de su competencia. El único requisito excepcional que exige la Convención es que en el cuerpo de su texto aparezca el título o leyenda: "Apostilla (Convention de la Haya du octobre 5 1961.)"

Cómo acreditar la representación de una persona jurídica extranjera

Según lo ordena el artículo primero del Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes del cual México es parte,²⁴ el otorgamiento deberá hacerse ante notario o el funcionario que cuente con facultades de fedatario público en el país de que se trate haciendo una relación clara y sucinta de los siguientes requisitos:

El notario ante quien se otorgue un poder en nombre de una sociedad deberá examinar y apreciar debidamente el valor jurídico de los documentos que se le exhiban a fin de que justificadamente pueda dar fe de que:

- a) Conoce al otorgante.
- b) Que dicho otorgante cuenta con la capacidad legal necesaria.
- c) Que posee efectivamente la representación en cuyo nombre procede.
- d) Que tal representación es legítima.
- e) Que la persona jurídica en cuyo nombre se otorga el mandato está debidamente constituida conforme a las leyes del Estado o provincia y país en que se otorga.
- f) De la sede de la sociedad otorgante, de su existencia y subsistencia legal.
- g) De que el otorgamiento que se le presenta, está incluido dentro del objeto social.

²⁴ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de diciembre de 1953.

Los documentos en que se basa para demostrar tales calidades el compareciente son auténticos y gozan de fuerza legal. Debe mencionar los documentos en que se basa, sin que sea necesaria la inserción o transcripción del texto de los mismos, pero sí de los datos que provean a su identificación como lo son fecha, procedencia u origen, otorgantes que participan, relacionándolos con cada uno de los hechos que con los mismos documentos se acreditan.

En conocimiento de los anteriores requisitos y de conformidad con el artículo segundo del Protocolo, quien pretenda objetar el mandato podrá hacerlo partiendo de bases concretas y no meras presunciones.

En tal virtud, y atendiendo al alcance del Tratado que estudiamos, no es necesario ni legal que se exija en dichos otorgamientos de poderes, el que cumplan con los requisitos de forma que contemplan ordenamientos como el Código Civil para el Distrito Federal, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley de Instituciones de Crédito, Leyes del Notariado locales y del Distrito Federal, y demás ordenamientos que únicamente refieren a los poderes que se confieren dentro del territorio nacional. Más adelante comentamos con amplitud este tema.

Cómo acreditar la representación de una persona física

En nuestro caso práctico habremos de hacer constar la forma en que una sociedad extranjera o persona física mexicana, otorga también fuera del país un poder en los términos de la ley mexicana, ante un fedatario del estado de Nueva York, a fin de que el mismo mandato sea presentado y surta sus efectos frente a las autoridades judiciales mexicanas.

Pues bien, resulta que el demandado solidario A. Guillermo Ortiz Garza desea otorgar en favor de un abogado mexicano, domiciliado en la ciudad de México, un poder general para pleitos y cobranzas con las facultades necesarias para comparecer en su nombre y representación ante el juez sexagésimo segundo de lo civil del Distrito Federal, y continuar el juicio, oponiendo las excepciones y defensas que crea que le asistan, interponga los recursos que procedan, etcétera.

El trámite que deberá seguir es el siguiente:

1. Preparar el texto mediante el cual se realice el otorgamiento del poder en los términos de los artículos pertinentes del Código Civil para el Distrito Federal.
2. Comparecer ante el notario público de su elección en la ciudad de Nueva York, estado del mismo nombre, en los Estados Unidos de América, a fin de otorgar ante su fe el poder referido en el número uno anterior.
3. El fedatario público habrá de expedir una certificación notarial.
4. Posteriormente el secretario de Estado del estado de Nueva York habrá de expedir la apostilla correspondiente, a fin de que el documento esté liberado de cualquier otro requisito de legalización ante las autoridades mexicanas, por tratarse de un documento público extranjero.
5. Una vez integrado el paquete que constituye el poder, la certificación notarial y la apostilla, se procede a su traducción por perito autorizado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
6. Posteriormente el apoderado deberá comparecer ante notario Público del Distrito Federal a efecto de que se lleve a cabo una protocolización de documento público extranjero otorgado ante autoridades de la misma naturaleza, en los términos de los artículos 91 y 92 de la Ley del Notariado del Distrito Federal.²⁵
7. Se presenta al contestar la demanda, de modo que con él se acredite la representación del demandado solidario A.

Una vez hecho lo anterior, y al tenor de la Convención a que hemos venido haciendo referencia, las autoridades mexicanas no podrán requerir mayor formalidad, debiendo reconocer el documento extranjero y los efectos de validez que traiga aparejados.

²⁵ Hacemos la anotación de que en punto posterior se analiza someramente la constitucionalidad de la Ley del Notariado vigente en el Distrito Federal.

La expedición de la apostilla implica que la autoridad extranjera ante quien se ha otorgado extiende constancia de la validez y autenticidad de la firma, de la calidad con que ha sido estampada y de la veracidad del sello o timbre estampado por el fedatario del país de origen.

Inconstitucionalidad de la Ley del Notariado del Distrito Federal, en cuanto al requisito que establece que será necesaria la protocolización de documentos públicos extranjeros

Contrario a lo que manifiesta la Ley del Notariado vigente en el Distrito Federal, a la luz del protocolo sobre Uniformidad Legal de los Poderes a que nos hemos referido, no es necesario el trámite consistente en la protocolización ante notario público mexicano de los poderes otorgados en el extranjero, aun cuando las leyes notariales estatales o del Distrito Federal establezcan tal requisito, toda vez que en México no existe disposición compatible de carácter federal a dicho protocolo (como lo es un tratado al ser ratificado por el Senado y publicado en el *Diario Oficial*) que establezca los casos en que documentos públicos expedidos en el extranjero deban protocolizarse, razón por la cual debe seguirse la regla general que suprime los requisitos aludidos.

Veamos el texto del artículo 133 constitucional:

Art. 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 Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

¿En qué consiste su inconstitucionalidad entonces? Pues radica en la clara contravención del espíritu del precepto citado y del Derecho internacional, toda vez que es claro que el propósito del protocolo fue precisamente el de erradicar ese conjunto de forma-

lidades y requisitos engorrosos a que habían de sujetarse con anterioridad los poderes, para poder ejercerse en país distinto del cual fueron otorgados. Es absurdo que una ley de carácter local, que no tiene siquiera jerarquía para derogar lo dispuesto por un tratado internacional, pretenda imponer requisitos que el propio tratado ha suprimido, por lo que según el propio precepto constitucional los jueces deberán atenerse a lo que dispongan los tratados, debiendo por consecuencia ignorar lo dispuesto por esta ley.

Existe una tesis jurisprudencial sustentada por el tribunal pleno de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación que habla específicamente sobre este punto, por lo que anula la necesidad del punto número seis del procedimiento anteriormente especificado, la que por su claridad transcribimos a continuación:

Octava época

Instancia: Pleno

Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: 78, Junio de 1994

Tesis: P./J. 13/94

Página: 11

Poderes otorgados en el extranjero, para que surtan efectos en México conforme al protocolo sobre uniformidad del régimen legal de los poderes, no son necesarios su registro y protocolización mientras no lo exija una ley federal. De lo dispuesto por el artículo VII del Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes del diecisiete de febrero de mil novecientos cuarenta, ratificado por México y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del tres de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, en el sentido de que los poderes otorgados en el país extranjero no requieren como formalidad previa a su ejercicio la de ser registrados o protocolizados en oficinas determinadas, sin perjuicio de que se practique el registro o la protocolización cuando así lo exija la ley como formalidad especial en determinados casos, se desprende, como regla general, que no son necesarios el registro y protocolización de tales poderes, sino sólo en aquellos supuestos que por sus características particulares, ameriten la observancia de estas formalidades, cuando así lo establezca la ley aplicable en el lugar

en donde vaya a ejercerse el poder. En México no existe ninguna ley federal que de manera general y compatible con el Protocolo establezca los casos en que, para estos efectos, los poderes otorgados en el extranjero deben protocolizarse y registrarse, en cuya razón debe regir la norma general del tratado que libera de la observancia de estas exigencias, sin que sea obstáculo para lo anterior que alguna ley local disponga una regla de eficacia distinta, toda vez que la materia de que se trata es del orden federal, por cuanto atañe a cuestiones jurídicas relativas al tráfico internacional, de modo que no son aplicables al caso las leyes que expidan las legislaturas locales sobre materia notarial o registral.

Contradicción de tesis 3/92. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Segundo Circuito. 1o. de marzo de 1994. Por mayoría de once votos de los señores Ministros de Silva Nava, Magaña Cárdenas, Castañón León, Fernández Doblado, Llanos Duarte, Adato Green, Gil de Lester, García Vázquez, Azuela Güitrón, Díaz Romero y Presidente Schmill Ordóñez se aprobó el segundo resolutivo y el sexto considerando, correspondiente al criterio contenido en esta tesis de jurisprudencia; votaron en contra los señores Ministros Lanz Cárdenas, Montes García, Sempé Minvielle, López Contreras, Alba Leyva, Cal y Mayor Gutiérrez, González Martínez, Villagordoa Lozano y Moreno Flores. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretaria: Adriana Campuzano de Ortiz.

Nota aclaratoria: el segundo resolutivo regido por los considerandos cuarto, quinto y sexto, fue objeto de tres votaciones, porque se examinaron tres temas de contradicción de tesis.

El Tribunal Pleno en su sesión privada celebrada el martes diez de mayo en curso, por unanimidad de quince votos de los señores Ministros Presidente Ulises Schmill Ordóñez, Carlos de Silva Nava, Carlos Sempé Minvielle, Felipe López Contreras, Luis Fernández Doblado, José Antonio Llanos Duarte, Victoria Adato Green, Ignacio Moisés Cal y Mayor Gutiérrez, Atanasio González Martínez, José Manuel Villagordoa Lozano, Fausta Moreno Flores, Carlos García Vázquez, Mariano Azuela Güitrón, Juan Díaz Romero y

Sergio Hugo Chapital Gutiérrez: aprobó con el número 13/1994, la tesis de jurisprudencia que antecede. Ausentes: Ignacio Magaña Cárdenas, Noé Castañón León, Samuel Alba Leyva y Clementina Gil de Lester. México, Distrito Federal, a veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cuatro.

En tal sentido y con fundamento en el artículo 133 constitucional, considerando que la materia internacional está reservada a la Federación, las leyes estatales que contravengan las disposiciones de instrumentos internacionales no serán aplicables.

b) La cuestión de competencia: *imposibilidad de que el tribunal mexicano decline su competencia a conocer de un juicio en favor de Tribunal extranjero. Qué disponen las Convenciones Internacionales sobre el reconocimiento o no de la competencia por el hecho de asumirla con el solo propósito de diligenciar ciertos actos judiciales. Incompetencia propuesta por el deudor solidario "B"*.

En este apartado hablaremos más sobre la competencia en materia de actos judiciales llevados a cabo en el extranjero, a la luz de las convenciones internacionales de las que México es parte, que sobre la incompetencia por conexidad que surja con motivo de la acumulación planteada, tema que es objeto del siguiente apartado.

Un tribunal extranjero exhortado forzosamente adquiere competencia a virtud de la propia solicitud que se le hace, considerando que a su cargo tendrá la realización de diligencias judiciales que ameritan de él, el ejercicio de ciertas facultades que su cargo le confiere, incluyendo la de imperio. De ello hemos hablado cuando tratamos lo que decidimos denominar competencia específica. Pero al asumir esa competencia delegada de su requirente, ¿acaso el tribunal exhortado reconocerá la competencia de quien es el requirente? Pues no, según lo disponen las Convenciones Interamericanas sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, y la de Recepción de Pruebas en el Extranjero, veamos:

Artículos noveno de la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y octavo de la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero:

El cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias no implicará en definitiva el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que dictare.

La reserva que hacen ambas Convenciones tiene un doble alcance:

- a) El hecho que se admita la competencia para ejecutar diligencias sobre actos procesales por un tribunal extranjero, para surtir sus efectos en un tribunal nacional, no significará bajo ninguna circunstancia la sumisión de ese tribunal a la competencia de quien lo exhorta. Dicho en otras palabras, si en el futuro llegase a surgir un litigio relacionado entre las dos mismas partes, el tribunal que haya sido requerido podrá desde luego asumir e incluso prevenir sobre la competencia para resolverlo, sin que el tribunal antes requirente pueda solicitar decline aquel su competencia en virtud de un anterior reconocimiento.
- b) Tampoco podrá considerarse que la cooperación ejecutada en la celebración de cierto acto judicial pueda ser motivo para que el tribunal antes requerido deba reconocer la validez de la sentencia que ponga fin al juicio, ni mucho menos que por esa razón esté obligado a ejecutarla en sus términos.

De tal forma, una vez que hemos precisado qué tribunal será el competente para el conocimiento del fondo del asunto práctico en estudio, se nos plantea la posibilidad de que el deudor solidario "B" oponga como excepción al contestar su demanda la de incompetencia por declinatoria, en virtud de que este deudor ha sido ya demandado en los Estados Unidos por la misma Acreditante Chase Manhattan Bank Mexico, S. A. y por el Chase Manhattan Bank Corp. de Nueva York, asunto que a continuación tratamos a fondo, con motivo del estudio de la figura de la acumulación.

e) *La acumulación: en base al caso hipotético planteado, “El otro deudor solidario ‘B’”, también persona física, está domiciliado y tiene sus bienes en México, pero fue demandado previamente en los Estados Unidos por el mismo acreditante, por diverso crédito, por lo que al ser emplazado, promueve la acumulación y la incompetencia del tribunal mexicano hacia el norteamericano. (deudor solidario ‘B’)*

Empezaremos por aportar algunos conceptos teóricos a fin de familiarizarnos con la terminología procesal, y conociendo su alcance podamos comprender a fondo el alcance de la conclusión a la que llegamos al final del presente apartado.

La figura de la acumulación, es definida de una forma muy completa por el procesalista Carlos Arellano García, de quien tomamos el siguiente concepto:

Acumulación de autos. Gramaticalmente “acumulación” es la acción de acumular. A su vez, acumular es juntar, reunir o amontonar algo. En el proceso se reúnen expedientes conectados entre sí por algún elemento, lo que legalmente debe ser suficiente para que opere su acumulación.²⁶

Por su parte, el maestro Silva aporta un concepto muy explícito, que creemos conveniente citar:

Frente a la variedad de prestaciones, la acumulación trata de lograr la unidad de dirección del proceso, una unidad procedimental, una economía procesal, una unidad de criterio al resolver o un ahorro de actividad jurisdiccional. También trata de evitar la repetición de actuaciones, así como los juzgamientos contradictorios. En fin, que un solo juzgador sea el que conozca.²⁷

A su vez, Demetrio Sodi, quien es citado por el mismo procesalista, establece que la acumulación tiene vida al darse la reunión de unos autos o procesos en otros, para que continúen en esa forma

²⁶ ARELLANO García, Carlos, *Teoría general del proceso*, Editorial Porrúa, México, 1995, p. 112, quinta edición.

²⁷ SILVA, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 130.

y se decidan en la misma sentencia. Existe acumulación por diversos motivos aceptados por la doctrina, como lo es por razón de litispendencia, conexidad, concurso, quiebra, sucesiones y providencias precautorias.

Nuestro Código de Procedimientos Civiles vigente para el Distrito Federal establece que la acumulación por conexidad se surte en tres supuestos: el primero es cuando exista identidad de personas y acciones, aunque las cosas en litigio sean distintas. El segundo se da cuando siendo idénticas las personas y cosas en litigio, las acciones ejercitadas sean diversas, por ejemplo, una acción cambiaria en la vía ejecutiva fundándose en un contrato de crédito y certificación contable de una Institución de Banca y una acción de nulidad del mismo contrato, ejercitada en la vía ordinaria mercantil por el deudor de dicha institución de crédito. El tercer y último supuesto se da cuando las acciones ejercitadas y las cosas en pleito son las mismas, mas las personas que integran las partes son distintas.

Por nuestra parte, sólo abordaremos el caso de la acumulación por causa de conexidad en dos litigios ventilados en distintos países, cuando las personas participantes son las mismas.

Como hemos expuesto, el supuesto del que partimos es el de que un deudor solidario del deudor principal haya sido previamente demandado en los Estados Unidos de América en base a un crédito sindicado otorgado por dos personas jurídicas de distintos países: Chase Manhattan Bank Nueva York y Chase Manhattan Bank México, S.A., y en tal virtud, al existir conexidad en las personas, el deudor solidario “B” propone la posibilidad de promover un incidente de acumulación, con el propósito de que el litigio que se ventila ante el juez que previno (el primer litigio), con jurisdicción y competencia asumida en la ciudad de Nueva York, tenga el carácter de *proceso acumulante*, mientras que el juez que conoce del segundo juicio, con residencia en la ciudad de México Distrito Federal, deje de conocer del asunto conexo y lo remita para su instrucción y resolución a la Corte neoyorquina.

El deudor solidario “B” tiene la intención de que el asunto sea litigado en el vecino país del norte por equis circunstancias, razón por la cual lo que debemos hacer es determinar si ello procede en derecho, considerando las disposiciones de nuestro derecho inter-

no, si existe derecho aplicable a la especie en algún tratado o convención internacional, o si se considera una cuestión de competencia exclusiva para conocimiento de los tribunales mexicanos.

Pues bien, nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece en su artículo 40 lo siguiente:

Art. 40. No procede la excepción de conexidad:

- I. Cuando los pleitos están en diversas instancias;
- II. Derogada.
- III. Cuando se trate de un proceso que se ventile en el extranjero.

Según este dispositivo legal, la acumulación es improcedente cuando se trate de litigios ventilados ante distintos foros. Aunque ello podría parecer inicialmente un verdadero impedimento para la cooperación procesal completa entre naciones, este dispositivo obedece más a razones de tipo político y de derecho público, que a un mal planteamiento del mecanismo de cooperación procesal, o a razones de economía procesal.

La exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles, con motivo de la reforma de 1988 y 1989, sale por la tangente al establecer como justificación de la prohibición legal la economía procesal, veamos:

... se propone la adición de un segundo párrafo al artículo 72, para disponer que la acumulación no procede respecto de procesos que se ventilen en el extranjero, disposición que es congruente con la naturaleza de esta institución procesal y de la cual carecía este ordenamiento adjetivo, dando lugar a dilaciones innecesarias en los procesos.²⁸

Se ha querido establecer que la razón de esta prohibición es el de evitar dilaciones procesales; para nosotros el motivo es mil veces más profundo y justificado.

Según el concepto tradicional de Estado, que aporta el eminente constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez, Estado es la concu-

²⁸ Exposición de Motivos de la Reforma de 1988 al Código Federal de Procedimientos Civiles.

rrencia de tres elementos: población o pueblo, territorio y gobierno. En nuestra personal opinión justificamos la existencia de dicha prohibición legal en virtud de la protección que el Estado debe proveer respecto de estos dos últimos elementos, territorio y gobierno, que íntimamente vinculados, trataremos someramente.

En cuanto al gobierno. El poder público se encuentra dividido para su ejercicio en tres ramas: el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. La razón de ser del Poder Judicial obedece a razones altísimas, más allá de la administración de justicia entre los particulares, como un simple servicio. Al nacer esa rama en las constituciones y estados modernos, su propósito fundamental fue el de sustituir la autotutela de los derechos, fungiendo como hasta hoy con la supraordinación que el carácter de autoridad le da sobre los gobernados. Para el interior, el Poder Judicial tiene como propósito administrar justicia a sus gobernados, para el exterior (rogando especial atención en esto que vamos a señalar), más que ser un servicio a los particulares implica una potestad efectiva para la protección de su territorio, de la soberanía, la autodeterminación del pueblo y su autonomía. Es imposible concebir que un Estado decline la potestad de la jurisdicción que en virtud de su calidad de tal le corresponde, en favor de una fuerza extranjera, cualesquiera que fuesen los motivos.

Además, nuestra legislación interna no prevé la posibilidad de regular los conflictos competenciales existentes entre un tribunal mexicano y otro extranjero, siendo que ni en el derecho mexicano ni en el norteamericano, existe autoridad alguna superior a los tribunales de ambos, que pudiese decidir a quién le corresponderá la competencia.

En cuanto al territorio. La jurisdicción entendida como facultad de "decir el derecho" es una función que de forma monopólica le corresponde ejercer al Estado, cuando su ejecución es de forma coactiva. De tal forma, es imposible que un Estado renuncie a la facultad que su soberanía le otorga, máxime cuando en sus decisiones se encuentran en juego no sólo el patrimonio y la libertad de sus particulares nacionales, sino que también los conflictos de propiedad que versan sobre tierras y aguas; es decir, no podríamos entender que un tribunal extranjero decidiese sobre el destino de inmuebles, tierras y aguas ubicadas en otro país, puesto que es una cuestión que involucra al tercer elemento del Estado: su terri-

torio, sobre el que ejerce plena potestad. En México estas consideraciones jurídicas se encuentran consagradas nada menos que en el artículo 27 de nuestra Ley Fundamental, que establece claramente en su primer párrafo que *“La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.”*²⁹

En tal virtud, nosotros nos inclinamos más por la opinión del profesor José Luis Siqueiros, quien sustenta una opinión similar en cuanto al motivo de la prohibición legal en estudio:

*“esta excepción (la improcedencia de la acumulación), que continúa siendo válida en relación con los procesos iniciados dentro del territorio nacional, no debe proceder en relación con litigios iniciados en tribunales extranjeros, respetándose así la independencia recíproca de los poderes judiciales de uno y otro país.”*³⁰

Como breve conclusión diremos que, en la actualidad no existe autoridad jurisdiccional superior a las de los Estados o naciones que figuran como sujetos del derecho internacional público.

Finalmente, haremos visible un par de precedentes judiciales referidos a este tópico, que nos parecen útiles para señalar la actualidad y vigencia del problema.

Octava época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: II Segunda Parte-I

Página: 166

Competencia, conflictos de cuando se surte el tercer supuesto del artículo 106 constitucional. De acuerdo con el artículo 106 de la Constitución Federal corresponde al Poder Judicial de la Federación,

²⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, McGraw Hill, México, 1997.

³⁰ SIQUEIROS, José Luis, “La cooperación procesal internacional. El sistema norteamericano del Discovery”, *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, Tomo II, UNAM, México, 1990, p. 10.

en términos del Código Federal de Procedimientos Civiles, dirimir las competencias que se susciten en los casos siguientes: 1) entre tribunales de la Federación; 2) entre dichos tribunales y los de los estados, y 3) entre los de un Estado y los de otro. Este tercer supuesto se refiere, obviamente, a cuando surge un conflicto competencial entre tribunales pertenecientes a dos de los estados de los que conforman la República Mexicana, y no al conflicto competencial que pudiera llegar a darse entre un tribunal perteneciente a nuestro país y cualquier otro del orbe, pues de considerarse esto último, se estaría admitiendo la posibilidad de que el Poder Judicial de la Federación dirimiera un conflicto competencial entre un tribunal mexicano y uno de un país diverso, lo cual no es válido, dado que dicho poder sólo ejerce jurisdicción sobre tribunales mexicanos y no sobre los extranjeros; por tanto, es errónea la consideración por la que el juez federal desechó la demanda de garantías del peticionario, consistente en que la resolución reclamada, mediante la que el tribunal de segundo grado declaró fundada la excepción de incompetencia por declinatoria opuesta por la demandada en el juicio natural, y determinó que es competente para conocer de dicho juicio el juez de otro país a quien ordenó remitir los autos para que prosiguiera con el juicio, no tiene sobre la persona del quejoso una ejecución de imposible reparación, ya que es evidente que aun cuando el juez extranjero en cuyo favor el tribunal responsable declaró la competencia para conocer del referido juicio, no aceptara la competencia y el expresado tribunal insistiera en que dicho juez debe conocer el juicio, no se actualizaría el tercer conflicto de competencia que prevé el artículo 106 constitucional, pues como se precisó anteriormente, tal supuesto se refiere al conflicto competencial que surge entre tribunales mexicanos pertenecientes a dos de los diferentes estados de los que integran la República Mexicana, y no al que pudiera llegar a darse entre un tribunal mexicano y uno extranjero, de lo cual se desprende que jamás tendría aplicación en el caso el citado precepto constitucional ni, consecuentemente, el capítulo relativo a los conflictos de competencia establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles, como equivocadamente lo manifiesta el juez de Distrito y, por ende, la resolución reclamada por el peticionario de garantías sí tiene sobre

su persona una ejecución de imposible reparación, toda vez que *la declaración en el sentido de que el referido juez extranjero es competente para conocer del juicio natural, equivale a que ninguna autoridad judicial mexicana conozca de la mencionada controversia*, obligando al actor a someterse a un tribunal extranjero, quien independientemente de que aceptó o no la competencia, no propiciará que se examine su resolución por los tribunales federales mexicanos, con el consecuente perjuicio.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 825/88. Luis Gerardo de Jesús Vázquez Sentís. 14 de julio de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Ponce Farías. Secretaria: Ana Rosa Granados Guerrero.

Este tema, aunque se trata por separado, guarda una especial vinculación con el asunto de la competencia internacional, dado que al momento de surtirse la figura de la acumulación, el tribunal que cede el proceso acumulable, en favor del tribunal que conoce del proceso acumulante, renuncia a su competencia.

- f) La diligenciación de pruebas que requieren desahogo material en el extranjero. *Reglas generales sobre la prueba. Derecho aplicable al desahogo de la prueba. Particularidades de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Convención de la Haya sobre la Obtención de Pruebas en materia Civil o Comercial. Cuadro comparativo. La prueba de la existencia y la prueba del contenido del derecho extranjero. Procedimiento para obtener su información y conocimiento. Tramitación efectiva a través de las cartas rogatorias y mediante el procedimiento consular. Los medios de apremio contemplados en la legislación de la autoridad requerida. La confesional y la testimonial rendida ante una Corte estadounidense. La inspección judicial desahogada por miembros del Servicio Exterior Mexicano acreditados en Nueva York.*

El desahogo de diligencias probatorias a cargo de tribunales o autoridades extranjeras, para surtir efectos en un juicio ventilado en tribunales mexicanos, se regula con base en una diversidad de normas jurídicas pertenecientes, por lo menos, a dos sistemas. Esta aplicación armonizante supone la posibilidad de que en el desahogo de dichas pruebas se aplique desde luego el derecho del país del órgano requerido (*lex fori*),³¹ tanto como ciertas formalidades adicionales o procedimientos especiales que contemple la ley del requirente, en tanto que no provoque una inconsistencia o contraposición con el derecho del país requerido y su orden público.³² Esta cualidad la previene nuestro derecho interno en el artículo 555 del Código Federal de Procedimientos Civiles, al que ya hemos hecho referencia.

Existen ciertos conceptos en el capítulo sobre reglas generales de la prueba del Código de Comercio, que es conveniente mencionar a fin de lograr una exposición más amplia sobre este importante tópico en la cooperación procesal internacional, sin el cual un litigio ventilado en nuestro país nunca podría lograr su justa composición sin desahogar pruebas que materialmente es imposible hacer en territorio nacional. Dichos conceptos son: el término extraordinario de pruebas y la garantía que debe prestarse para el desahogo de las pruebas que lo requieran, así como la prueba sobre la existencia y contenido del derecho extranjero. Veremos primero cada uno de ellos, así como las particularidades de cada una de las Convenciones vigentes de las que México es parte; posteriormente analizaremos en la práctica como se deberá llevar a cabo la preparación de las cartas rogatorias en materia de pruebas y los medios que prevén las Convenciones para remitirlos al extranjero, tanto como el desahogo de las pruebas que por su propia

³¹ Artículo 5o. de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Celebrada en la ciudad de Panamá, República de Panamá, el 30 de enero de 1975. Firmada con declaración interpretativa por los Estados Unidos Mexicanos el 27 de octubre de 1977. Aprobada por el Senado de la República el 28 de diciembre de 1977, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de febrero de 1978. El depósito de ratificación se efectuó el 27 de marzo de 1978. Entró en vigor el 16 de enero de 1976 y para México el 26 de abril de 1978.

³² Artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

naturaleza requieren su desahogo materialmente en el extranjero, entre las que veremos la confesional, la testimonial y la inspección judicial.

Pues bien, sobre el término extraordinario de prueba el artículo 1206 del código mercantil dispone:

Art. 1206. El término de prueba es ordinario o extraordinario. Es ordinario el que se concede para producir probanzas dentro de la entidad federativa en que el litigio se sigue. Es extraordinario el que se otorga para que se reciban pruebas fuera de la misma.

Por su parte, el tercer enunciado integrante del artículo siguiente establece:

Art. 1207. ...El término extraordinario sólo se concederá cuando las pruebas se tengan que desahogar en distinta entidad federativa o fuera del país, y cuando se otorguen las garantías por cada prueba que se encuentre en dichos supuestos, bajo las condiciones que dispongan las leyes procesales locales aplicadas supletoriamente, quedando al arbitrio del juez señalar el plazo que crea prudente, atendida la distancia del lugar y la calidad de la prueba. Del término extraordinario no cabe prórroga.

El ordenamiento citado permite ampliar el término de desahogo de pruebas de forma extraordinaria y sólo por una ocasión, a la cual no cabrá nueva prórroga. Dicho término especial, se concede por el juez de forma discrecional y proporcionada, con la limitante que establezca la ley procesal civil supletoria, como lo veremos más adelante. Dicha prórroga se concede en razón de la mucha o poca dificultad que pueda haber en el desahogo por parte de la autoridad extranjera, dependiendo de la carga de trabajo que tenga ésta, las condiciones impuestas por sus leyes adjetivas y su propio sistema, así como las propias cualidades de la probanza. El Código de Comercio no establece qué tan amplio podrá ser dicho término, pero sí lo especifica el Código Procesal Civil del Distrito Federal en su numeral 300, al señalar que cuando las pruebas hubieren de desahogarse fuera del país, se recibirán a petición de

parte dentro de un término de noventa días naturales, habiéndose cumplido los requisitos de *a)* solicitarse durante el ofrecimiento de pruebas; *b)* indicar los nombres, apellidos y domicilios de los testigos que hayan de ser examinados, cuando la prueba sea testimonial y *c)* designar los archivos públicos o privados en los que consten los documentos que han de cotejarse, para la prueba instrumental, además de cumplir con un requisito *sine qua non* se recibirá la prueba: la caución.

El mismo dispositivo comercial aludido establece que el término extraordinario deberá caucionarse, pero no establece cómo, regulación que deja nuevamente en manos de la Ley supletoria. El mismo artículo 300 en su parte final establece que el juez al calificar la admisibilidad de la prueba determinará el monto de la cantidad que el prominente deberá depositar, en garantía de pago de la multa que se llegase a causar, de no desahogarse dicha prueba. Aquel litigante que hubiese ofrecido la prueba y no la rindiere, se le impondrá una multa en favor de la contraparte, por el valor del depósito hecho, sin perjuicio de otras medidas punitivas pecuniarías en contra de su omisión, a menos que compruebe que hubo impedimento bastante que motivara la inactividad.³³

La prueba del contenido y de la existencia del derecho extranjero

El otro concepto que conviene analizar es el de la prueba de la existencia y contenido del derecho extranjero, contemplado por el artículo 1197 del Código de Comercio:

Art. 1197. Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras; el que las invoca debe probar la existencia de ellas y que son aplicables al caso.

Por su parte, tanto el Código Federal de Procedimientos Civiles, como el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal

³³ El artículo 301 del Código del que se habla impone esta pena como medida que tiende a desalentar de las prácticas dilatorias de juicio.

extraen del objeto de la prueba al derecho extranjero, al no considerarlo de forma expresa en la redacción de sus artículos 86 y 284 respectivamente:

...Sólo los hechos están sujetos a prueba, así como los usos o costumbres en que se funde el derecho.

En nuestro concepto estimamos que la prueba del derecho extranjero en materia comercial es obligatoria, toda vez que se trata de una Ley Federal (Código de Comercio) y al ser expresa sobre el punto, que lo es la materia mercantil, no cabe la supletoriedad ni la derogación expresa o tácita ni aun del Código Federal de Procedimientos Civiles, por ser la ley comercial de carácter especial respecto de la procesal civil.

Ahora bien, ¿cómo podrá averiguarse o saberse la existencia, el contenido y la vigencia del derecho extranjero? Pues tanto el artículo 284 bis del Código procesal civil de la capital como el 86 bis de la misma legislación en la órbita federal establecen que el tribunal interesado en el texto, vigencia, alcance y demás datos (imaginamos incluida también la forma de interpretación) del derecho extranjero podrá solicitar auxilio al Servicio Exterior Mexicano, quien rendirá informes oficiales sobre la materia. Resulta cuestionable cómo podrá hacer el Servicio Exterior de nuestro país para transmitir de forma palpable la costumbre o la forma fiel de interpretación y aplicación del derecho extranjero por sus tribunales.

Pues bien, en virtud de la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, celebrada en Montevideo, Uruguay en mayo de 1979, de forma simultánea a otras a las que hemos estado refiriéndonos, se estableció claramente de qué forma habrían las naciones contratantes de cooperar entre ellas en esta importante materia. Dicha Convención tuvo por objeto establecer las normas para la obtención de elementos de prueba e información acerca del derecho de cada uno de ellos.³⁴

³⁴ Artículo primero de la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, celebrada en Montevideo, Uruguay el 8 de mayo de 1979, a la cual se adhirió México en fecha 3 de agosto de 1982, en vigor desde el 8 de abril de 1983.

Al tratar sobre cómo se prestarían los medios de prueba sobre el derecho extranjero, se acordó utilizar como medios idóneos los siguientes, que por cierto pueden ser ofrecidos como tal en juicios que se llegasen a ventilar en nuestro país:

- a) La prueba documental pública, consistente en copias certificadas de textos legales, indicando su vigencia, o bien precedentes judiciales igualmente certificados.
- b) La prueba pericial, rendida por expertos en derecho del que se trate, dictámenes que deberán rendir en los términos del procedimiento de obtención de prueba del derecho extranjero a que nos referiremos más adelante.
- c) Informes rendidos por la autoridad central del Estado del que se requiere conocer el Derecho, respecto del texto, alcance, vigencia y sentido jurídico, sobre aspectos generales o consultas concretas y particulares.³⁵

Antes de analizar de forma específica el procedimiento de obtención de esa información jurídica al exterior, a la luz del instrumento internacional en estudio, estableceremos cuál es la limitante que el mismo establece a la cooperación en esta materia: la seguridad nacional y la soberanía del Estado cuestionado sobre su Derecho.³⁶

Es necesario también establecer que la información que rinda el Estado solicitado, aun cuando sea rendida por su autoridad central y por lo tanto tenga carácter oficial, no constituirá obligación para el requerido de aplicar su derecho según el contenido de la consulta o respuesta proporcionada, ni hará responsable al requirente de aplicar tales normas jurídicas de la forma y términos en que la consulta llegase a sus manos. En tal sentido, es claro que la prueba e información del derecho extranjero es meramente cooperacional e informativa, valga la redundancia, y no tiene carácter vinculativo

³⁵ Artículo 3 de la Convención Interamericana sobre Prueba e información acerca del Derecho Extranjero.

³⁶ El artículo décimo de esta Convención establece que las partes no estarán obligadas a responder las consultas de otro Estado parte, cuando sus intereses estuvieren en riesgo o cuando la petición de información o su respuesta efectiva pudiera resultar nociva para su seguridad o soberanía.

para ninguna de las dos partes, ni para el requirente ni para el requerido, por lo cual el juez, que haya de aplicar el derecho extranjero en México, tendrá la facultad de juzgar en los términos en que lo entienda.

A nuestro parecer surge un problema de contradicción entre los artículos 6 de la Convención que tratamos y el 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, que enunciamos a continuación. Es de explorado derecho que en materia probatoria el Juez mexicano será el perito de peritos sobre las pruebas y el valor que les concede. En este orden de ideas, el juez mexicano, al recibir el informe de la autoridad central del país requerido, con fundamento en el numeral sexto de la Convención, podrá negarle fuerza vinculatoria al informe rendido que con carácter oficial ha llegado a sus manos, e inclusive dejar de aplicarlo en sus términos, otorgándole un valor probatorio tal vez un tanto discrecional. Ese es un extremo del problema, el otro es que en nuestra legislación nacional, que es Ley Suprema como lo es la propia Convención, se establece claramente el deber indeclinable del órgano jurisdiccional mexicano de aplicar el derecho extranjero "tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable", por lo que no podrá negarle el valor que nuestra ley procesal interna le concede a la norma extranjera. Así las cosas, el problema surge al tratar de determinar cuál de los preceptos rige sobre el otro en virtud de factores como *a)* jerarquía de normas (ambos tienen carácter de ley suprema en toda la Federación), *b)* cuál es posterior, *c)* ¿podría el precepto mexicano derogar al internacional y así violar el principio *pacta sunt servanda*? La solución en nuestro concepto debe encontrarse en la buena fe y en el sentido común. El juez mexicano sí deberá aplicar el derecho extranjero tal y como lo establezca la respuesta a la consulta realizada a la autoridad extranjera, porque es claro que nadie mejor que ésta conoce su derecho y sistema jurídico que la rige, y ni por la propia lógica podría suponerse que el juez mexicano podría saber más que la autoridad o institución nacida a la luz del derecho del que rinde información. En resumen, el juez mexicano deberá ajustarse al contenido y alcance de la consulta proporcionada por el órgano extranjero, aunque no lo conozca sino por la consulta proporcionada, reconociéndole fuerza vinculatoria.

Procedimiento para la obtención de la información y prueba del derecho extranjero

De una forma somera, y sólo con el ánimo de enunciar cuál sería en la práctica el procedimiento a seguir para obtener tal información, que es valiosísima para lograr una transparente composición de un litigio, señalamos las siguientes etapas:

1. La autoridad jurisdiccional mexicana deberá solicitar al Servicio Exterior de nuestro país, por conducto de la autoridad central mexicana, que lo es la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría del ramo, le proporcione la información que requiera sobre determinada ley, estatuto o precedente judicial, la forma de aplicarlos, su alcance y contenido, etcétera. Ello en acatamiento al artículo 86 bis multicitado.
2. La solicitud que envíe la autoridad central mexicana deberá ser redactada en la lengua del país al que se dirige la petición, o bien se acompañará una traducción a dicho idioma que debe contener lo siguiente:
 - a)* Autoridad requirente y naturaleza del asunto.
 - b)* Indicación precisa de los elementos probatorios que se requieren.
 - c)* Determinación clara y sucinta de cada uno de los puntos a que se refiere la consulta, precisando cuál deberá ser el alcance de la misma, acompañando una exposición de los hechos que se estimen pertinentes para su debida comprensión.
3. La autoridad central mexicana, que ha sido señalada antes, la remitirá a la autoridad central extranjera, quien a su vez la hará llegar ante el tribunal u organismo competente a fin de que proporcione la respuesta que se le ha solicitado.
4. El informe que rinda el extranjero deberá ser redactado en el idioma oficial de su país, respondiendo a cada uno de los puntos solicitados, de la forma más completa posible.

5. Una vez que el órgano de autoridad, o perito de la materia que haya rendido el dictamen, complete la respuesta a la consulta realizada, entonces la autoridad central extranjera la devolverá en sus términos a la Dirección General Jurídica de la Cancillería mexicana.
6. Esta última hará llegar al juez u órgano requirente la información solicitada, a fin de que surta sus efectos en los términos en que hayan sido ofrecidas como medios de convicción en el juicio. El juez deberá atenerse a la aplicación del derecho extranjero tal y como lo haría el juez extranjero.

Estimamos que mediante dichos informes es posible lograr la prueba de tales calidades en las normas jurídicas del exterior, y así ofrecerlas en juicio cuando el litigio lo haga necesario.

Veamos el siguiente precedente judicial:

Octava época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: IX-Abril

Página: 482

Derecho extranjero, prueba del. No se acredita exclusivamente con las disposiciones legales extranjeras que rijan en el lugar donde se celebren los actos jurídicos. Atento a los artículos 13 y 15 del Código Civil y 280 del Código de Procedimientos Civiles, corresponde al actor de un juicio acreditar su derecho al fundar su acción en un testamento otorgado en el extranjero y que éste fue otorgado con la forma exigida para tal efecto por las leyes del país donde se otorgó, lo que *no necesariamente se acredita con las copias legalizadas de las disposiciones legales conducentes, sino con cualquier medio probatorio que de manera auténtica pueda demostrar la validez del documento en el país que se otorgó*, como es el caso, en que se acreditó con el testamento mismo, con el trámite judicial que se siguió para obtener su declaración de validez y, fundamentalmente, con la sentencia extranjera que así lo declaró, pues se entiende que aquella resolución emitida por una autoridad extranjera,

al igual que las resoluciones dictadas por los tribunales mexicanos, llevan en sí la presunción legal de haber sido emitidas conforme a la ley, en tanto no se demuestre lo contrario.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 332/91. Jorge Alberto Millán Sánchez. 22 de enero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Molina Torres. Secretaria: Marisela Molina Leyva.

Según dispusieron los integrantes del primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto circuito al resolver el anterior juicio de garantías, la prueba del derecho extranjero no sólo se puede acreditar mediante la exhibición de copias certificadas de textos legales extranjeros, sino haciendo uso de cualquier medio que prevea nuestra ley interna, a fin de acreditar de forma fehaciente el contenido de ese derecho.

Es tiempo ahora de entrar en materia, a fin de desarrollar claramente el objeto de nuestro estudio: cómo se da la cooperación procesal internacional en materia comercial en el desahogo y recepción de pruebas; empezaremos por determinar cuál será el derecho aplicable en la generalidad:

Derecho aplicable al fondo y por regla general: lex fori

Según la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, el derecho aplicable a la recepción u obtención de pruebas será y se cumplirá de acuerdo con las leyes y normas procesales del Estado requerido,³⁷ siguiendo el principio de la *lex fori*.

Por su parte, la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia civil o comercial, adoptada en La Haya, de la cual México es parte contratante sigue el mismo criterio al establecer en el primer párrafo de su artículo noveno que:

³⁷ Artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

Art. 9o. La autoridad que proceda a la ejecución de una comisión rogatoria, aplicará las leyes de su país en lo que concierne a las formas a seguir.

Derecho aplicable del país requirente, excepciones y límites: Ley del requirente

Según la propia Convención Interamericana, como hemos referido con anterioridad, podrá aceptarse la observancia de formalidades adicionales o procedimientos especiales en la práctica de las diligencias solicitadas, principio que también contempla la de La Haya³⁸ al establecer que a petición de la autoridad requirente podrá procederse según formas especiales siempre y cuando no se contravenga con el derecho del país requerido, o que su aplicación sea incompatible con sus usos judiciales en razón de dificultades prácticas.

Nuestro Código Federal de Procedimientos Civiles y su homólogo de la capital mexicana, no sólo han recogido cabalmente este concepto, sino que además disponen que el juzgador al que se someta una cuestión de esta índole deberá aplicar ese derecho, "tal y como lo harían los jueces del estado cuyo derecho resultare aplicable", es decir en el Estado en que tales normas fueran vigentes.

Hemos obtenido tres precedentes judiciales en el mismo sentido, acerca de la vigencia del principio de la *lex fori*, sustentados por nuestros tribunales colegiados:

Octava época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: VII-Febrero

Página: 181

Leyes procesales. principio general que rige su aplicación en el espacio. El principio general que rige la aplicación de la ley procesal en el espacio, consiste en que *la normatividad aplicable es la del territorio donde se actúe*. Para limitar o excluir el imperio de esta

³⁸ Artículo 9 de la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia civil o comercial, adoptada en La Haya, Holanda, el 18 de marzo de 1970, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el día 30 de agosto de 1989 y en vigor desde el 25 de septiembre de 1989.

regla es necesario que exista una disposición expresa que contenga casos específicos de excepción, en los que se autorice la aplicación del derecho extranjero. De modo que si no existen disposiciones legales expedidas por el legislador mexicano, o tratados o convenciones aprobados conforme a la Carta Magna, en los que se contemple que ciertos actos de los órganos jurisdiccionales mexicanos se atengan a las leyes procedimentales extranjeras, éstas, no pueden ser aplicables. Como ejemplo de tal permisión de extraterritorialidad, *se puede citar el contenido de la convención de La Haya, en donde se estableció que los jueces de los países que la suscribieron, al remitir una carta rogatoria a los de otro país, pueden pedir que el acto procesal encomendado se lleve a cabo de acuerdo con las leyes procesales vigentes en el país del requerimiento*.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 859/90. Alina Castelerio y otros. 16 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: J. Jesús Contreras Coria.

Amparo en revisión 209/90. Margarita Rivera y otros. 15 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente Leonel Castillo González. Secretario: J. Jesús Contreras Coria.

Amparo en revisión 134/90. Javier Carranza y otros. 15 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Leonel Castillo González. Secretario: J. Jesús Contreras Coria.

Los mismos límites que establece la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, marca la Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, en sus artículos segundo³⁹ y décimo sexto:

³⁹ "Art. 2. ...serán cumplidas en sus términos si: 1. La diligencia solicitada no fuere contraria a disposiciones legales en el Estado requerido que expresamente la prohíban."

Art. 16. El Estado requerido podrá rehusar el cumplimiento de un exhorto o carta rogatoria cuando se manifiestamente contrario a su orden público.

Particularidades de la Convención de la Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia Civil o Comercial, en comparación con su similar, la Convención Interamericana sobre la misma materia.

La Convención de La Haya, Holanda, y la Interamericana de la OEA, que habiendo sido adoptadas por nuestro país, forman parte de nuestra Ley Suprema según lo dispone el artículo 133 constitucional, disponen normatividad muy similar en ciertos conceptos, pero se diferencian respecto de ciertos matices que a continuación vamos a precisar, veamos:

Convención de La Haya, Holanda

1. Su ámbito de aplicación abarca todo acto de instrucción, así como otros actos judiciales excluyendo notificaciones, medidas de conservación de derechos y de ejecución.
2. Es imposible echar a andar este mecanismo de cooperación procesal, cuando la información o pruebas que pretendan ser obtenidas no estén destinadas a servir como tales en un procedimiento en curso o uno de futura iniciación.
3. Supone por regla general, el monopolio de la autoridad central a fin de constituirse en enlace entre los órganos requirente y requerido, aunque permite que los Estados parte designen otras autoridades al efecto facultadas.
4. Es requisito de esta Convención que la traducción que se anexe a una comisión rogatoria deba estar certificada por un agente diplomático o consular del país requirente.
5. Se prevé también que puedan presentarse quejas contra la posible inobservancia de las formalidades que establece la Convención, en la presentación de la rogatoria, impugnaciones

- que podrán ser presentadas por la autoridad central requerida que estime o advierta que las normas internacionales no han sido respetadas.
6. En caso de que la autoridad que reciba la rogatoria para su sustanciación se estime incompetente para su realización, habrá de remitir a quien sea considerado competente, sin dilación y de oficio.
7. La Convención prevé que la autoridad requirente podrá ser informada sobre el lugar y fecha de celebración de la diligencia de desahogo de la rogatoria, además de que podrán asistir los magistrados de la autoridad requirente al acto efectivo de diligenciación.
8. Desde luego, adopta el principio de la *lex fori*, pero prevé la posibilidad de utilizar en la diligencia fórmulas solicitadas por la autoridad requirente.
9. Las causas por las cuales pueda negarse a declarar quien haya sido citado conforme a la Convención son particularmente similares a las de la Convención Interamericana.
10. Los límites o prohibiciones que establece esta Convención respecto de la no diligenciación de rogatorias, radica en dos supuestos: *a)* que no esté la ejecución de dicha rogatoria dentro de las atribuciones del poder judicial del requerido y, *b)* que su ejecución suponga un atentado a la soberanía o seguridad nacional del requerido.
11. Prevé que los gastos y costas erogadas por el Estado requerido no sólo no sean reembolsables a las partes, sino que además el requirente deberá indemnizar al primero de los gastos que haya hecho respecto de pagos a intérpretes, peritos, etcétera.
12. Los agentes consulares acreditados en el país requerido no podrán actuar en la vía de apremio al diligenciar actos encomendados por sus estados, pero sí podrán solicitar la asistencia de apremio a la autoridad del país requerido.
13. La negativa a dar curso a rogatorias que tengan por objeto la ejecución de lo que en el sistema jurídico del *common law* es

conocido como *pretrial discovery of documents* (diligencias preparatorias a juicio consistentes en la exhibición de documentos que serán objeto del litigio), deberá hacerse en el momento de la firma, ratificación o adhesión. Imaginamos que esta reserva deberá tener efectos generales.

14. Cada Estado parte deberá notificar al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos sobre qué dependencia pública tendrá el carácter de autoridad central, sobre aquellos órganos que podrán tener competencia exclusiva para la ejecución de comisiones rogatorias, así como de qué magistrados podrán asistir a las diligencias de ejecución de comisiones rogatorias.

Convención Interamericana

1. Considera como sinónimos las palabras "exhorto" y "carta rogatoria".
2. Dispone como condicionante, para que la autoridad requerida ejecute la carta rogatoria, el que la autoridad requirente ponga a su disposición los medios necesarios para su desahogo.
3. El tribunal requerido podrá asumir competencia respecto a las cuestiones que llegasen a surgir en el momento de desahogo de la diligencia.
4. Al igual que lo dispone la Convención europea, cuando el órgano jurisdiccional a quien se encomiende la ejecución de la rogatoria se estime incompetente, hará remitir de oficio al que sí lo sea, la carta rogatoria para que proceda a su diligenciación.
5. La autoridad requerida podrá hacer uso de los medios de apremio que prevea su legislación interna al momento del desahogo o con motivo de él.
6. Desde luego, se adopta tanto el principio de la *lex fori*, como el de aplicar fórmulas legales del país requirente en el desahogo de la diligencia en tanto que no contravenga la ley ni el orden público del país requerido.

7. Respecto a los gastos y costas establece que serán erogados por cuenta de los interesados, y que si no se señala en la rogatoria quién se hará responsable de los gastos que se causen, será optativo del tribunal requerido el dar trámite o no a la diligencia solicitada.
8. Establece un concepto denominado beneficio de la pobreza, por el cual el tribunal requirente deberá hacer constar en el texto de la carta rogatoria si existe o no alguna institución de defensa o asistencia legal gratuita, como lo es en México la Defensoría de Oficio.
9. Establece que el hecho de que un tribunal asuma competencia por el hecho de ejecutar en favor de otro ciertos actos judiciales, no implica que le reconozca competencia ni tampoco que esté obligado a ejecutar posteriormente su sentencia.
10. La negativa a la diligenciación de pruebas en procedimientos de *pretrial discovery* será optativa de cada Estado y particular al caso, si dicha diligencia se contrapone con el derecho interno del Estado requerido.
11. Las formas de transmisión de la Carta Rogatoria no sólo podrán hacerse mediante la autoridad central, sino además a través de a) vía judicial, y b) por medio de funcionarios consulares.
12. Las causas por las cuales podrá negarse a declarar quien fuere requerido a ello, conforme a la Convención, son similares a aquellas que prevé la Convención de La Haya.
13. El único límite que establece a la diligenciación de una carta rogatoria es el orden público del país requerido, que deberá preservarse.
14. Deberá comunicarse a la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos qué dependencias tendrán el carácter de autoridad central.

Cuadro Comparativo

CONCEPTO CONVENCION	CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RECEPCION DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO	CONVENCION SOBRE LA OBTENCION DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO EN MATERIA CIVIL O COMERCIAL, DE LA HAYA
Ámbito de transmisión	Se limita a la diligenciación de pruebas	Se extiende a pruebas y otros actos judiciales excepto notificaciones y medidas de conservación y ejecución
Formas de transmisión	Por medio indistintamente de la a) Autoridad, b) Medios consulares, c) Vía judicial	Por medio preferente de autoridad central, pero pudiendo haber organismos especializados en la ejecución de tales cartas rogatorias
Vía de apremio	El requerido podrá utilizar los medios de apremio que dispongan las leyes	El requirente podrá solicitar el auxilio al requerido para la asistencia y ejercicio de medios de apremio, pero nunca podrá hacerlos valer por sí mismo
Competencia delegada	Supone la posibilidad de que sea asumida competencia por el requerido, para las cuestiones que surjan en el momento de desahogo	No se prevé esta posibilidad, ni de forma expresa ni tácticamente
Beneficio de la pobreza	Beneficio de asistencia jurídica gratuita en el país requirente. Debe especificarse en la carta rogatoria si existe tal.	No se prevé esta posibilidad, ni de forma expresa ni tácticamente
Límite a la diligenciación	El orden público genéricamente entendido	La seguridad nacional y la soberanía del requerido, tanto como que las facultades del poder judicial de éste no prevean la ejecución de lo solicitado
Organismo que administra la Convención	La Secretaría General de la Organización de Estados Americanos.	El Ministerio de Asuntos del Exterior de los Países Bajos.
Gastos y costas	Cada quién deberá sufragar sus expensas, el tribunal requerido podrá rehusarse a ejecutar la diligencia cuanto no se prevean fondos a tal efecto.	El Estado requirente deberá indemnizar al Estado requerido por los gastos realizados en virtud de ejecución de la diligencia.
Reconocimiento de competencia	El ejecutar cierta diligencia en cooperación a un tribunal requirente no contempla que el requerido reconozca al otro su competencia	No se prevé esta posibilidad, ni de forma expresa ni tácticamente

CONCEPTO CONVENCION	CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE RECEPCION DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO	CONVENCION SOBRE LA OBTENCION DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO EN MATERIA CIVIL O COMERCIAL, DE LA HAYA
Pretrial Discovery of Documents	La reserva se hace en cada caso particular	Se hacen el momento de adhesión, firma o ratificación, en forma de reserva.
Posibilidad de presentar quejas por inconsistencia	No se prevé esta posibilidad	El órgano requerido podrá quejarse ante el requirente de no haber observado las formalidades que establece la Convención
Posibilidad de asistencia de autoridad extranjera a la diligencia	No se prevé esta posibilidad	Se prevé que pueda asistir a la celebración de la diligencia solicitada algún juez o magistrado de la autoridad requirente

Tramitación efectiva de las cartas rogatorias y procedimiento consular para el desahogo de pruebas en el extranjero

Por organización y metodología trataremos primero el procedimiento que se sigue a través de la diligenciación de cartas rogatorias, en el cual se da la intervención de Estado requirente y Estado requerido, concurriendo dos sistemas jurídicos. En el tomaremos como base la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, y el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, posteriormente hablaremos del mismo procedimiento pero a la luz de la Convención de La Haya; más tarde analizaremos la forma de desahogo de pruebas realizado por representantes de nuestro país en el extranjero, es decir, mediante procedimientos consulares, en los que sólo participa un Estado y sistema jurídico, actuando en el territorio de otro, obligado a adoptar y acatarse a las normas jurídicas del lugar en que actúa. A fin de tratar este último nos basaremos únicamente en la Convención de la Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

Obtención de pruebas en el extranjero a través de cartas rogatorias, según la Convención Interamericana

1. En primer lugar la autoridad jurisdiccional del país requirente deberá proceder a la preparación de los siguientes documentos e información:

- a) Indicación clara y precisa del objeto de la prueba.
- b) Copia de los escritos y resoluciones que funden y motiven el exhorto o carta rogatoria.
- c) Copia de los interrogatorios (incluyendo pliegos de posiciones) y documentos que resulten ser necesarios para el cumplimiento de la diligencia solicitada.
- d) Especificación del nombre y dirección de quienes hayan de ser llamados a comparecer ante el tribunal requerido, como lo son los testigos, peritos y demás personas intervinientes en la prueba, de forma directa o indirecta.
- e) Los datos indispensables para la obtención de la prueba.
- f) Informe breve y resumido del proceso y de los hechos materia del mismo, en tanto que sean necesarios para aclarar y comprender el contenido, alcance y propósito de la recepción u obtención de la prueba.
- g) Descripción pormenorizada de los trámites, requisitos, fórmulas o procedimientos especiales que el órgano jurisdiccional requirente solicitare para el desahogo de la prueba.⁴⁰
- h) Copia de la demanda o de la petición con la cual se inicia el procedimiento en el que se libra la carta rogatoria, traducida al idioma del Estado requerido.
- i) Copia fiel no traducida de los documentos que se hayan adjuntado a la petición.
- j) Copia no traducida de las resoluciones judiciales que ordenen el libramiento de la carta rogatoria.
- k) Un formulario B, elaborado según el texto del Anexo del Protocolo, que contenga la información esencial sobre la persona o autoridad a quien deban ser entregados los documentos para proceder a su diligenciación.
- l) Un formulario según el Anexo C del anexo a este protocolo, en el cual la autoridad central deberá certificar si se cumplió o no el acto solicitado.⁴¹

⁴⁰ Estos anteriores los establece la Convención sobre Recepción de Pruebas

⁴¹ Una copia del exhorto o carta rogatoria acompañada del formulario B y de las copias de los incisos h), i) y j) se entregará a la persona notificada o se transmitirá a la autoridad a la que se dirija la solicitud. 2. Otra de las copias con sus respectivos anexos,

2. Una vez hecho lo anterior, y habiendo decidido la vía por medio de la cual se va a transmitir a la autoridad requerida (por medio de su autoridad central, de la vía judicial o de procedimientos consulares), debe procederse a la traducción de todos los documentos a la lengua oficial del país requerido, a fin de que esté en posibilidad de diligenciar lo solicitado.⁴²
3. Hecho lo anterior, el órgano jurisdiccional requirente habrá de apereibir a los interesados a que provean sobre los gastos de diligenciación de la providencia solicitada, dado el principio que en materia de gastos y costas prevé la Convención.
4. El Tribunal requirente formulará y adjuntará toda la información referida en el punto número uno de este apartado a la Carta Rogatoria que, conforme al formulario "A" impreso, se deberá preparar, como se ha precisado en el punto uno anterior.⁴³
5. El tribunal requirente hará llegar a la autoridad Central de su Estado el conjunto de documentos a que nos hemos referido anteriormente.
6. La autoridad central del Estado requirente hará llegar a la autoridad central del Estado requerido dicho complejo documental.
7. La autoridad central del Estado requerido hará llegar a la autoridad jurisdiccional de su Estado, que considere competente, los documentos a fin de precisar a su diligenciación.

quedará en poder del Estado requerido para constancia. 3. El original no traducido, así como el certificado de cumplimiento expedido por el tribunal requerido, con sus respectivos anexos será devuelto a la autoridad requirente por los conductos que más adelante se precisarán.

⁴² Si se opta por la vía judicial deberán legalizarse o autenticarse los documentos, por la exclusión que hace el artículo 13 de la Convención en estudio, en la cual excluye del requisito de la legalización a las Cartas que se envíen a través de medios diplomáticos o de la autoridad central. En ese caso basta con la firma y el sello del juzgado, según lo prevé el artículo 3o. del Protocolo al establecer: "Las copias se considerarán autenticadas, a los efectos del artículo 8 inciso a) de la Convención, cuando tengan el sello del órgano jurisdiccional que libre el exhorto o carta rogatoria", para que se consideren legalizadas.

⁴³ El formulario A forma parte integrante del Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.

8. El Tribunal al que llegue inicialmente la encomienda examinará si tiene competencia para diligenciar el asunto que se le encarga, si la tiene procederá en los términos del número 9 siguiente, si no la tiene, lo remitirá sin dilación alguna y de oficio al tribunal que sí cuenta con esa atribución.
9. El siguiente paso que debe seguir el órgano requerido que resultare competente consiste en tres partes: la primera consiste en determinar si la prueba que se le solicita no contraviene su orden público o disposiciones legales, la segunda, en que estén legalizados si acaso provienen directamente de autoridad judicial, y la tercera y última si los interesados han proveído para los gastos y costas que resultaren de la celebración de la diligencia. Si no lo hicieron, será facultativo del tribunal exhortado el diligenciar o no lo solicitado.
10. Si decide diligenciarlo lo hará, dejando constancia de lo realizado del modo que prevenga su ley interna, remitiendo de inmediato a su autoridad central los documentos pertinentes, certificando el cumplimiento del exhorto o carta rogatoria a la autoridad central del país requirente, mediante el Formulario C del mismo Anexo del Protocolo Adicional.
11. Finalmente, la autoridad central requerida enviará a su contraparte para que esta última lo remita al órgano jurisdiccional que haya librado inicialmente la Carta Rogatoria.

Como abordaremos más adelante, el Estado requerido podrá, en ejercicio de sus facultades, hacerse valer de los medios de apremio que prevea su ley interna, a fin de lograr el cumplimiento de la diligencia encomendada.

Obtención de pruebas en el extranjero a través de cartas rogatorias, según la Convención de La Haya

1. La autoridad requirente redactará la rogatoria en la lengua del Estado requerido o procederá a la traducción a ésta, la cual deberá ser certificada por un agente diplomático o consular,

- o bien por un traductor autorizado conforme a las leyes del Estado requirente o requerido.
2. La autoridad requirente hará que se inserten en la comisión rogatoria las indicaciones siguientes:
 - a) La autoridad requirente y, si es posible, la autoridad requerida;
 - b) La identidad y dirección de las partes y, en su caso, de sus representantes;
 - c) La naturaleza y objeto de la instancia y una exposición sumaria de los hechos;
 - d) Los actos de instrucción u otros actos judiciales a realizar. En su caso la comisión rogatoria contendrán además:
 - e) Los nombres y direcciones de las personas a oír;
 - f) Las cuestiones a presentar a las personas a oír o los hechos sobre los que ellas deban ser oídas;
 - g) Los documentos u otros objetos a examinar;
 - h) La petición de recibir la deposición bajo juramento o con afirmación y, en su caso, la indicación de la fórmula a utilizar;
 - i) Las formas especiales cuya aplicación se demanda conforme al artículo 9.
3. Una vez preparado el expediente completo, la autoridad requirente deberá hacerlo llegar ante la autoridad central de su Estado, sin intervención de ningún otro órgano de autoridad.
4. Esa autoridad central del Estado requirente, lo transmitirá a la autoridad central del Estado requerido, quien por su conducto lo hará llegar a su vez al órgano jurisdiccional que considere competente para que éste proceda a su diligenciación.
5. El tribunal requerido analizará, antes de proceder a la diligencia, diversos presupuestos, entre los que se encuentran:
 - A) Si es o no competente para llevar a cabo el acto que se le solicita. Si lo es procede en los términos del inciso siguiente, si no lo remite de oficio al que sí lo sea, sin retardo.

- B) Analiza si la petición que se le hace la puede llevar a cabo según se encuentre o no dentro de las facultades y atribuciones que su ley o estatuto orgánico le otorgan.
- C) Verifica si, con motivo de la diligencia que se le pide, no se encuentran en riesgo los intereses de su país, su seguridad nacional o en general, si la soberanía del Estado del que forma parte no se verá menoscabada.
- D) Verifica si se han observado las formalidades que establece la Convención, si no está en posibilidad de presentar una queja ante el Estado que le ha requerido.
6. La autoridad requerida deberá informar a la requirente sobre la fecha y lugar de desahogo de la diligencia encomendada, si medió solicitud de la segunda, a fin de que ésta pueda asistir y estar presente en la celebración.⁴⁴
 7. Se procederá a la ejecución de la Carta Rogatoria; si las partes pueden recabar los medios probatorios que han solicitado al tenor de la ley interna que rige al órgano extranjero requerido, y éste no está en condiciones de proveer a su diligenciación, podrá habilitar a determinada persona a llevar a cabo la obtención de tales pruebas, habiendo previamente obtenido el consentimiento de la autoridad requirente.
 8. Si se requieren medios de apremio los hará valer de conformidad con lo que disponga su ley interna.
 9. Habiendo sido ejecutada la Carta Rogatoria, la autoridad requerida devolverá por los mismos medios que le ha llegado, los documentos pertinentes, constatando la celebración de los actos encomendados. Así también sucederá en el caso de que la autoridad requerida haya omitido el cumplimiento de lo

⁴⁴ Puede suceder que la asistencia del magistrado juez requirente a la diligencia a celebrarse en el extranjero esté sujeta a aprobación o autorización por autoridad del país requerido, según lo establece el artículo 8 de la Convención de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial.

- solicitado, caso en el cual deberá informar inmediatamente las razones por las cuales no ha ejecutado.⁴⁵
10. El Estado requirente deberá indemnizar al requerido de los gastos hechos por pago de intérpretes y expertos, así como por la aplicación de formas especiales pedidas por la requirente.
 11. La autoridad central del país requirente entregará a la autoridad jurisdiccional de su Estado la rogatoria debidamente diligenciada, a fin de que se continúe con la secuela procesal del juicio que ventila.

Obtención de Pruebas por Agentes Diplomáticos o Consulares, para el desahogo de pruebas en el exterior, según la Convención de los Países Bajos

Aunque dicho ordenamiento internacional no contiene una relación clara de etapas, a efecto de llevar a cabo el desahogo precisado con el orden que debe hacerse, identificaremos los conceptos y reglas que rigen a este procedimiento, analizando después lo que establezca nuestra ley interna sobre dicho proceder.

Es comprensible que la Convención no disponga de qué forma deberá proceder el diplomático acreditado en el país en que actúe, sino sólo establecer los límites a que habrá de sujetarse, puesto que debemos recordar que en este caso sólo un sistema jurídico es el que se aplica junto con su legislación interna, en el territorio de otro estado. En otras palabras, en la Convención se establecen los límites y canales a que habrá de sujetarse el personal consular acreditado en un Estado contratante, veamos:

1. Los presupuestos que establece esta Convención para permitir la actuación de un funcionario consular debidamente acreditado en un Estado extranjero, a fin de que pueda obtener o desahogar medios probatorios encomendados por el Estado que representa, son:

⁴⁵ Las únicas razones por las que puede denegar el cumplimiento son las que contemplan los incisos b) y c) del número 5, nunca por otra razón, ni porque el Estado requere-

- a) Que se refiera única y exclusivamente a nacionales del Estado que represente. Pero si se refiere a un nacional del país del Estado donde llevará a cabo la diligencia⁴⁶ o un nacional de un tercer Estado, el agente diplomático deberá primeramente recabar la autorización de la autoridad competente del Estado en que se encuentre acreditado, ya sea general o exclusivamente para el caso en cuestión, a fin de que se le permita llevar a cabo la diligencia encomendada por su servicio exterior.
- b) Que sea respecto de un procedimiento iniciado ante dicho Estado.
- c) Que sea sin medio de apremio alguno, ni coerción.
- d) Que respete cabalmente las condiciones que le haya impuesto la autoridad que le haya autorizado a celebrar la diligencia.
- e) Que si requiere la asistencia de la autoridad del país en que actúa, a fin de llevar a cabo la diligencia de mérito, se dirija a la autoridad competente del país a fin de obtener la asistencia necesaria y la aplicación de las vías de apremio que contemple la ley interna del Estado en que actúa. En la autorización que se otorgue para el efecto, la autoridad que la conceda podrá determinar las condiciones que juzgue convenientes, tales que se le notifiquen datos como la hora, fecha y lugar en que se llevará a cabo el acto judicial a fin de que un representante de ella esté presente en el acto de instrucción.
- f) Deberá sujetarse a la autorización que se le haya concedido a fin de diligenciar la actuación que se le encomendó, verificando previamente que dicho acto no sea incompatible con el derecho del Estado en que actúa.
- g) Si la persona a que se va a interrogar (en el caso de una confesión o testimonio) es nacional del Estado en que el procedimiento ha comenzado, la citación para la instruc-

rido reivindique una competencia judicial exclusiva, según lo establece el artículo 12 tercer párrafo de la Convención en estudio.

⁴⁶ En este caso la Convención se refiere a dicho nacional como "Nacional del Estado de Residencia", en su artículo 16.

ción podrá estar redactada en idioma de dicho Estado, en caso contrario, si se trata de un citado que sea nacional de un Tercer Estado o del Estado de residencia, entonces deberá acompañarse a la citación una copia traducida de ésta en la lengua del Estado de residencia (en el que se actúa).⁴⁷

2. En el acto de la diligencia, en la que se lleve a cabo el desahogo de la prueba que se ha encomendado a ese agente diplomático, se seguirán las siguientes reglas:
 - a) Podrá aplicar en la diligencia y de hecho desarrollarla conforme a la legislación del Estado que represente, bajo la condición de que las formalidades que prevenga no sean prohibidas por la ley del Estado de Ejecución.
 - b) La persona citada a comparecer podrá invocar las dispensas e interdicciones que se funden en alguna dispensa o prohibición a deponer, que establezcan
 - I) La ley del Estado de Residencia,
 - II) La ley del Estado que representa el agente, que hayan sido especificadas por la solicitud.
3. Si por cualquier circunstancia la diligencia encomendada no hubiese podido ser llevada a cabo, por la inasistencia de la persona que hubiese tenido que participar, ello no impedirá que pueda acudir al mecanismo de las comisiones o cartas rogatorias que prevé la parte primera de la Convención.⁴⁸

Ahora bien, ya que hemos visto con algo más de profundidad el marco jurídico internacional que regula la obtención de pruebas en el extranjero, a la luz de la cooperación procesal entre Estados extranjeros, abordaremos el estudio del caso práctico en el cual

⁴⁷ La citación deberá indicar que la persona citada podrá comparecer asistida por su consejero, y que podrá negarse a comparecer si no han sido solicitadas las medidas de apremio en su contra.

⁴⁸ Esta disposición abre la posibilidad de que si uno de los medios resulta no idóneo o estéril, pueda acudir al otro medio de cooperación procesal internacional. Es el artículo 22 de la Convención.

basamos la aplicación del presente trabajo. Con tal propósito, analizaremos cómo se diligencian desde su preparación hasta el desahogo, tres de los medios probatorios que por su propia naturaleza no quedan desahogados de inmediato y que en el caso concreto, deben ser desahogados forzosamente en el extranjero; nos referimos al caso de la Confesional por posiciones, de la testimonial y de la inspección judicial.

Partimos con la reserva y la suposición de que el desahogo de tales pruebas no es contrario al orden público de los Estados Unidos, hecho que no podemos en este caso asegurar, puesto que no conocemos a fondo el sistema procesal norteamericano en esta materia, el cual es muy diferente. Iniciaremos desde los puntos más básicos, sin intención de ser repetitivos ni obvios, pero sí con el propósito de llevar al lector de la mano desde el inicio hasta el final de los actos judiciales.

Conforme a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, su Protocolo Adicional y la Convención sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, trataremos la Prueba Confesional por Posiciones y la Testimonial que habrá de desahogarse a cargo del deudor solidario "A" y su cónyuge, quien tiene su domicilio en la ciudad de Nueva York, estado del mismo nombre, en los Estados Unidos. La Inspección se llevará a cabo por medios diplomáticos, a fin de que también veamos en la práctica este sistema.

Confesional y testimonial

1. El actor en juicio solicita mediante promoción, la apertura de un término extraordinario de pruebas, a fin de que sea citado el Sr. "A" para que, de forma personal, y no mediante apoderado, comparezca ante el tribunal que lo cite a absolver las posiciones que se le formulan y que se acompañan en sobre cerrado. Así también solicita que sea citado el Sr. Guillermo Ortiz, quien fungió como testigo de la celebración del contrato, a fin de que dé respuesta a las preguntas que en interrogatorio se le formularán. Dicho interrogatorio se acompaña por escrito y en pliego cerrado, incluyendo preguntas y re-

preguntas.⁴⁹ En el mismo escrito, solicita que se gire Carta Rogatoria al tribunal competente en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, con el propósito de proceder al desahogo de dichas probanzas, toda vez que el domicilio de ambos se encuentra en aquella ciudad.

2. El Juzgado mexicano acuerda de conformidad lo solicitado, conminando al promovente de la prueba al depósito de una cantidad que quedará en garantía del debido desahogo de las pruebas ofrecidas, apercibiendo a la parte promovente para que designe a la persona que correrá con los gastos de diligenciación en la ciudad de desahogo de la prueba, o exhiba el documento que acredite la forma de pago de tales gastos. Así también ordena girar exhorto a la autoridad judicial competente de la ciudad de Nueva York, a fin de que ésta se sirva citar de forma personal al demandado solidario Sr. "A" y al Sr. Guillermo Ortiz, el primero para que comparezca ante el tribunal competente a absolver las posiciones que se le formulan, con el apercibimiento de que de no comparecer de la forma precisada, se le dará por confeso en aquellas posiciones que sean calificadas de legales.⁵⁰ La autorización que otorgue el juez mexicano al norteamericano deberá ser clara en el sentido de que pueda declarar por confeso al absolvente si no se presentare, de otra forma no podrá hacerlo, y así, si no se presentare jamás el absolvente, no podrá operar la afirmativa ficta en el medio probatorio ofrecido.⁵¹ Al segundo personaje, se le citará con el propósito de que dé respuesta a las preguntas que se le formulan. Lo anterior con fundamento en los artículos 1206, 1207, 1211, 1212, 1215 del Código de Comercio.⁵²

⁴⁹ Esto en los términos del artículo 1269 del Código de Comercio.

⁵⁰ El artículo 1219 del Código de Comercio establece que las posiciones deberán ser previamente calificadas por el juez del conocimiento, cuando se trate de absolver posiciones fuera del lugar del juicio.

⁵¹ Así lo requiere el artículo 1220 del mismo Código.

⁵² Estamos conscientes del hecho de que por comparecer ante el tribunal mexicano a producir la contestación a la demanda y señalar domicilio en el lugar del juicio, la cita-

3. Se prepara la Carta Rogatoria en los términos de las Convenciones Interamericanas y sus Protocolos, en base al diagrama y anexos que se precisan en el Capítulo Tecero del presente trabajo.
4. Se procede a la traducción de documentos al idioma inglés, y la obtención de los tantos necesarios para cumplir con los requisitos de la Convención, decidiendo la tramitación por la vía de Autoridad Central.
5. Se hace llegar a la Dirección General Jurídica, Dirección Jurídico Contenciosa Dirección de Exhortos y Relaciones con Embajadas de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el expediente completo, a fin de que en su carácter de autoridad central se sirva remitir a la misma autoridad el expediente completo, pero de los Estados Unidos. Nos referimos a la Office of International Judicial Assistance, Civil Division del Departamento de Justicia de la Unión Americana.
6. Dicha dependencia se encarga de hacerlo llegar a la Corte con jurisdicción y competencia en la ciudad de Nueva York, que en esta caso es la Suprema Corte del Estado de Nueva York, ubicada en la ciudad capital, como se muestra en el diagrama que expone la estructura judicial de los tribunales del fuero común de dicho Estado.
7. La autoridad jurisdiccional norteamericana cita a las personas requeridas de conformidad con las prescripciones de su ley procesal interna local, valiéndose, de ser necesario, de los medios de apremio que prevea, según lo ordena el artículo 4 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

ción a la confesional se debe hacer en el domicilio en México y no girar nueva Carta Rogatoria a los Estados Unidos, pero de cualquier forma lo precisamos así para tener la oportunidad de ver cómo se desahoga la prueba Confesional en el extranjero. La Testimonial desde luego si merece el envío de nueva Carta Rogatoria, dado que la esposa del demandado solidario "A" no fue llamada a juicio y radica en los Estados Unidos.

8. De ser solicitado por el Estado requirente, deberá el órgano jurisdiccional del Estado requerido, a quien se le haya encomendado la práctica de la diligencia probatoria, informar al órgano jurisdiccional del Estado requirente, por medio de la Autoridad Central, acerca de la fecha, lugar y hora de celebración. De esta forma, los apoderados judiciales de las partes o sus abogados podrán presenciar las diligencias de cumplimiento del exhorto o carta rogatoria, quedando sujetos a la *lex fori*.
9. Una vez hecho lo anterior, se ordena la comparecencia ante la Corte competente, en ejercicio de las fórmulas y solemnidades propias de la prueba, que se precisaron y solicitaron desde el momento que se giró la Carta rogatoria. En el caso de la Confesional, deberá de tomársele el juramento al absolvente y preferentemente adicionar al mismo, anteponiendo a cada posición la frase sacramental "Diga si es cierto como lo es que..."
10. La testimonial se formulará en los términos de un interrogatorio, aplicando la ley de procedimiento neoyorkina y las fórmulas solicitadas por el juzgado del Distrito Federal.
11. Desahogadas las pruebas, la Corte de Nueva York devuelve a su autoridad Central el complejo de documentos que han motivado las diligencias celebradas, quien certificará su cumplimiento o razones que hayan hecho imposible su cumplimiento mediante el formulario B del Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.⁵³
12. La Autoridad Central estadounidense devuelve a su contraparte mexicana el cúmulo documental, quien, a su vez, lo hace llegar

⁵³. Artículo 3 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. Adoptada en la ciudad de la Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984. Suscrita por México en fecha 2 de diciembre de 1986, Aprobada por el Senado de la República en fecha 27 de diciembre de 1986 mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación del día 4 de febrero de 1987. Entró en vigor para México el día 7 de septiembre de 1987.

ante el Juzgado Sexagésimo Segundo de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, para que se integre a los autos del juicio y surta los efectos legales pertinentes.

13. El juez mexicano recibe el exhorto o carta rogatoria debidamente diligenciado y libera la garantía depositada por el promovente de la prueba.

La inspección judicial

Para esta probanza, nos referiremos a los procedimientos consulares que constituyen la otra forma de cooperación procesal, veamos:

En primer lugar citaremos el marco legal a que se someten este tipo de diligencias, que en concreto se reduce a las siguientes disposiciones:

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 28 fracciones II, X, XI y XII, el Código Federal de Procedimientos Civiles en su artículo 548, así como la Ley del Servicio Exterior Mexicano en sus artículos 2, 41, 44 y demás aplicables, consignan en su generalidad los medios por los cuales es posible que ciertas diligencias, que deben desahogarse en el extranjero para surtir efectos en un proceso pendiente en México, se hagan por medio de la participación de los agentes diplomáticos y personal a su cargo acreditados en el país extranjero de que se trate, previa solicitud de los tribunales mexicanos.

El artículo 28 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal establece:

Artículo 28. a la Secretaría de Relaciones Exteriores corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

- I...
- II. Dirigir el servicio exterior en sus aspectos diplomático y consular en los términos de la ley del servicio exterior mexicano y, por conducto de los agentes del mismo servicio, velar en el extranjero por el buen nombre de México; impartir protección a los mexicanos; cobrar derechos consulares y otros impuestos; ejercer funciones notariales, de registro civil, de auxilio

judicial y las demás funciones federales que señalan las leyes, y adquirir, administrar y conservar las propiedades de la nación en el extranjero;

- X. Legalizar las firmas de los documentos que deban producir efectos en el extranjero, y de los documentos extranjeros que deban producirlos en la República;
- XI. Intervenir, por conducto del Procurador General de la República, en la extradición conforme a la ley o tratados, y en los exhortos internacionales o comisiones rogatorias para hacerlos llegar a su destino, previo examen de que llenen los requisitos de forma para su diligenciación y de su procedencia o improcedencia, para hacerlo del conocimiento de las autoridades judiciales competentes, y
- XII. Las demás que le atribuyan expresamente las leyes y reglamentos.⁵⁴

Aunque también son tocadas materias distintas del derecho comercial, como lo es la extradición, estas fracciones denotan la vinculación que existe entre la Cancillería y su labor en la cooperación procesal consular.

Por su parte, los artículos 2o. y 41 de la Ley del Servicio Exterior Mexicano señalan las bases sobre las cuales se encuentra cimentada la obligación del personal diplomático y consular de proveer auxilio judicial, así como los límites a que se encuentran sujetos, al establecer genéricamente el vínculo a los Tratados Internacionales, la Práctica Diplomática Internacional y las Costumbres Sociales del país en que se encuentren acreditados, veamos:

Artículo 2o.

Corresponde al Servicio Exterior Mexicano:

- V. Cuidar el cumplimiento de los tratados de los que México sea parte y de las obligaciones internacionales que correspondan;
- X. Las demás funciones que señalen al Servicio Exterior ésta y otras leyes y reglamentos, así como los tratados de los que México sea parte.⁵⁵

⁵⁴ Página electrónica de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Consulta de la Legislación Federal vigente. <http://www.cddhcu.gob.mx/>

⁵⁵ <http://www.cddhcu.gob.mx/>

Artículo 41.

Es obligación de todo miembro del Servicio Exterior actuar con apego a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia que corresponde a todo servidor público en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones, así como coadyuvar al cumplimiento de las funciones que esta ley encomienda al propio servicio, conforme a las directrices que fije la secretaría.

Sin perjuicio de las inmunidades y privilegios que les correspondan, deberán respetar las leyes y reglamentos del Estado ante cuyo gobierno estén acreditados y observar las costumbres sociales del país y la práctica diplomática internacional.⁵⁶

El anterior precepto señala claramente el principio de respeto al orden jurídico internacional y al propio del país en el que se encuentren acreditados y en el cual deban llevar a cabo las diligencias que se les encomiendan.⁵⁷ Este principio es también señalado en la Convención sobre el Derecho de los Tratados y en variadas Convenciones Internacionales que en este trabajo se han consultado.

El artículo 44 del mismo ordenamiento federal señala:

Artículo 44 corresponde a los jefes de oficinas consulares:

- III. Ejercer, cuando corresponda, funciones de juez del registro civil;
- IV. Ejercer funciones notariales en los actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en territorio mexicano, en los terminos señalados por el reglamento. Su fe pública será equivalente en toda la República, a la que tienen los actos de los notarios en el Distrito Federal;
- V. *Desahogar las diligencias que les encomienden las autoridades judiciales de la Republica.*⁵⁸

Estas anteriores constituyen las facultades y obligaciones que básicamente tiene el Servicio Exterior Mexicano en materia judicial.

⁵⁶ <http://www.cddhcu.gob.mx/>

⁵⁷ Principio que recoge el artículo 12 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

⁵⁸ <http://www.cddhcu.gob.mx/>

Por su parte, el artículo 548 del Código adjetivo civil aludido establece:

Art. 548. La práctica de diligencias en país extranjero para surtir efectos en juicios que se tramitan ante tribunales nacionales, podrá encomendarse a los miembros del Servicios Exterior Mexicano por los tribunales que conozcan del asunto, *caso en el cual las diligencias deberán practicarse conforme a las disposiciones de este Código dentro de los límites que permita el derecho internacional.*

En los casos en que así proceda, dichos miembros podrán solicitar a las autoridades extranjeras competentes, *su cooperación en la práctica de las diligencias encomendadas.*"

Este precepto contiene varios puntos interesantes que es pertinente destacar:

El primero consiste en que el tribunal mexicano, en ejercicio de las facultades que la Constitución Federal le otorga en ambos fueros, podrá encomendar (nótese que no dice solicitarse, exhortarse o suplicarse), a los miembros dependientes de la Cancillería acreditados en el exterior, la práctica de diligencias que en razón, más que de la distancia, del propio territorio extranjero deban realizarse en representación del Estado mexicano, quienes tendrán el encargo de desahogar las diligencias ordenadas. El segundo es el clásico principio de respeto al orden público del país en que se actúe o lleve a cabo la diligencia, al establecerse que deberán sujetarse a los límites que permita el derecho internacional. El tercero es que dichas diligencias deberán sujetarse a la remisión y aplicación de esta legislación federal, sin excepción que prevea el artículo. El último que, conforme a la Convención de la Haya, establece que los miembros del Servicio Exterior podrán solicitar auxilio de la autoridad extranjera, por ejemplo, en caso de requerir medios de apremio para obligar a una persona a comparecer.

La Declaración Interpretativa al Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero establece que el lugar de recepción o celebración de diligencias, por ejemplo de pruebas a realizarse en México, deberán llevarse a cabo en el inmueble que ocupe la representación consular o diplomática extranjera en nuestro país.

Procedimiento de desahogo de una diligencia probatoria por parte del Servicio Exterior Mexicano.

1. El Juzgado mexicano dicta un auto, previa solicitud de parte interesada, en el cual solicita la intervención de la representación consular mexicana acreditada en la ciudad de Nueva York, estado del mismo nombre, en los Estados Unidos de América, a fin de que en auxilio de dicho tribunal se proceda a diligenciar la prueba de inspección o reconocimiento judicial, señalando los objetos, valores y elementos sobre los que deberá versar la inspección.
2. Una vez hecho lo anterior, el Juzgado mexicano hace llegar, a la Secretaría de Relaciones Exteriores, Dirección General Jurídica, Dirección de Relaciones con Embajadas, la encomienda, a fin de que ésta la haga llegar a su representación en la ciudad multicitada.
3. Previo al envío de la encomienda consular a la representación diplomática, deberá de proveerse a los gastos probables que se realicen con motivo de ella, mediante depósito ante la oficina del Servicio Exterior que corresponda, la cual deberá reportar a la SRE los depósitos que reciba por tales conceptos.
4. Los arts. 102 del Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano y 16 y 37 del Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores establecen el procedimiento de envío de la orden de desahogo de una diligencia probatoria, señalando que podrá hacerse llegar mediante dos vías distintas, la vía judicial, caso en el cual podrá hacerse llegar directamente del órgano jurisdiccional a la representación consular o diplomática acreditada en el extranjero, conforme a la circunscripción territorial que tenga ésta en aquél país, como hemos comentado con anterioridad en caso similar, esta vía es usual en aquellas zonas fronterizas que por la distancia y cercanía en las relaciones es posible omitir pasos burocráticos. La otra vía es la diplomática, a través de la Secretaría de

Relaciones Exteriores, vehículo por el cual las misiones diplomáticas reciben las encomiendas judiciales.

5. Una vez llegado a la misión diplomática o consular, habrá de ubicarse a quien deba comparecer, en nuestro caso habrá de averiguarse el lugar, las cosas, objetos y demás elementos sobre los que deba versar la inspección. Deberá llevarse a cabo una citación, en caso de haber necesidad de inspeccionar algún lugar. Dicha citación no tiene mayor término que "la oportuna citación" según lo ordena el artículo 161, relativo al "Capítulo de Reconocimientos o Inspección Judicial" del Código Federal aplicable. En este caso práctico, suponemos que la inspección versará sobre los libros contables y diversos bienes que eran propiedad de la demandada principal, mismos que debieran estar en su edificio ubicado en la ciudad de Nueva York, de los cuales dispuso, en contravención a lo que se había pactado en el Contrato que motiva la demanda.
6. De requerirse, mediante reserva que se haya hecho por el país en que se celebre la diligencia, se solicitará ante sus autoridades la autorización para llevar a cabo la diligencia encomendada. Por ejemplo, el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero ordena que los estados parte podrán limitar a determinadas materias las facultades de los agentes diplomáticos de otros estados parte que actúen en su territorio cuando se trate de pruebas que deban absolver personas de otra nacionalidad de las del requirente. Dicha limitación se referirá a condiciones sobre tiempo y lugar en que deban practicarse dichas diligencias probatorias.
7. De ser necesario, el consulado mexicano en la ciudad de Nueva York deberá solicitar a las autoridades judiciales de aquella ciudad y estado su auxilio para la utilización de medios de apremio, de modo que fuera posible lograr entrar en las oficinas de la demandada principal y llevar a cabo la diligencia solicitada, aun en contra de la voluntad de los presen-

tes, según lo previene el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.

8. Una vez recabada la autorización de mérito y con o sin haber requerido los medios de apremio solicitados a la autoridad norteamericana, el personal consular designado deberá asistir a las oficinas de la demandada principal en la ciudad de Nueva York, solicitar ante los funcionarios correspondientes la exhibición de los documentos, libros contables y bienes con motivo de los cuales se otorgó el crédito que hoy se demanda anticipadamente su vencimiento y pago, y desahogar la inspección solicitada, levantando acta circunstanciada en la que asentará cómo se realizó la diligencia practicada, misma que firmarán los concurrentes, quienes podrán hacer las observaciones que consideren adecuadas durante el desarrollo de la diligencia. A juicio del personal diplomático designado, se podrán levantar fotografías del lugar u objetos inspeccionados.⁵⁹
9. Una vez hecho lo anterior, la representación diplomática mexicana acreditada en la ciudad de Nueva York deberá devolver, por conducto de la SRE al Juzgado Sexagésimo Segundo Civil del Distrito Federal, los documentos que constituyen la diligencia realizada, los cuales una vez anexos a los autos, habrán de surtir los efectos legales pertinentes.

g) La sentencia y su cumplimiento coactivo. *Ejecución de una sentencia dictada por un tribunal mexicano en los Estados Unidos. El reconocimiento, la homologación y la ejecución por el tribunal de aquel país. El remate o el pago con el producto de la venta de los bienes en el extranjero. Como se procede a su venta o qué procedimiento se sigue para ello.*

⁵⁹ Artículos 102 del Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano y 162 al 164 del Código Federal de Procedimientos Civiles vigente.

Supongamos que el juicio ha concluido y la sentencia ha sido favorable a los intereses de la parte actora, y que ha causado ejecutoria, no siendo en consecuencia posible recurrirla a través de medio de defensa alguno.

Ahora debemos analizar el trámite que se sigue a fin de lograr su cumplimiento coactivo, considerando que buena parte de los bienes del deudor principal, así como la totalidad de los bienes del deudor solidario "A" se encuentran en el extranjero.

Actuando de forma lógica lo que procede hacer primero es solicitar su cumplimiento voluntario, de no lograrse éste lo procedente será ejecutar, sobre los bienes de la sociedad demandada ubicados en territorio nacional, los que estaban en garantía en virtud del Contrato de Crédito Refaccionario y sus demás bienes, hasta por el límite de las aportaciones de capital, a fin de que sean rematados.

Si no se lograra cubrir el adeudo con las cantidades recuperadas en el remate de los bienes ubicados en el territorio nacional, lo que ahora debemos hacer es optar por solicitar al órgano jurisdiccional competente en Nueva York que se sirva ejecutar la sentencia, para lo cual habremos de analizar cuidadosamente lo que estatuye la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros,⁶⁰ así como lo dispuesto por las normas jurídicas procesales del lugar de la ejecución, que los son las de la ciudad de Nueva York.

Esta Convención ordena que para que pueda tener eficacia extraterritorial una sentencia judicial de este tipo, deberá reunir los siguientes requisitos:

- a) Que se encuentren revestidos de las formalidades externas necesarias para ser consideradas auténticas en el Estado de donde proceden.
- b) Que la sentencia, el laudo y resolución jurisdiccional, y los documentos anexos que fueren necesarios, se encuentren

⁶⁰ Esta Convención se adoptó en la ciudad de Montevideo, Uruguay el 8 de mayo de 1979, a la cual México se adhirió mediante suscripción de fecha 2 de diciembre de 1986, aprobada por el Senado de la República el 27 de diciembre de 1986, según decreto publicado en el *Diario Oficial* en fecha 4 de febrero de 1987. Finalmente entró en vigor en nuestro país el día 11 de julio de 1987. Esta Convención es además supletoria de la Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de Panamá en el año de 1975.

debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efectos, en este caso el inglés.

- c) Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la Ley del Estado donde deban surtir sus efectos.
- d) Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efectos;
- e) Que el denominado (imaginamos que el perdidoso) haya sido notificado o emplazado en debida forma leal (¿legal?)⁶¹ de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deba surtir efectos;
- f) Que se haya asegurado la defensa de las partes;
- g) Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados;
- h) Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento y ejecución.

Ahora bien, los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de la sentencia son los siguientes:

- a) Copia auténtica de la sentencia.
- b) Copia auténtica de las piezas necesarias, como podrían ser las constancias de los autos, en que se acredite que se haya dado cumplimiento al debido emplazamiento y que las partes, sobre todo a la que se va a ejecutar, hayan tenido oportunidad de oponer las defensas que correspondan.
- c) Copia del auto o resolución por virtud del cual quede constancia de que la sentencia ha causado ejecutoria, y por lo tanto es verdad legal irrecurrible.

El juez del Estado en que deba ejecutarse podrá denegar la ejecución total, pero sí proveer a una ejecución parcial si media petición de parte interesada. En esta Convención también se adopta el principio de la *lex fori* al establecer en su artículo sexto que los procedimientos para asegurar la eficacia de las sentencias, lau-

⁶¹ Así aparece el texto del Tratado, según la Secretaría de Relaciones Exteriores.

dos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeras deberán ser regulados por la ley del Estado en que se solicita su cumplimiento.

Solamente señalamos las reglas generales a las que debe sujetarse el procedimiento de ejecución, omitiendo la narración del procedimiento requerido toda vez que por su similitud con el de emplazamiento, resultaría obvio y repetitivo, toda vez que el envío de carta rogatoria o exhorto, junto con el trámite a través de autoridad central genéricamente sería el mismo.

Queda bajo la jurisdicción de la Corte neoyorquina la responsabilidad de la ejecución de la sentencia, y remitir el producto de la misma en favor del tribunal exhortante, a fin de que por medio de éste último se proceda al pago a la acreditante actora.

- h) Incidente de Ejecución de Gastos y Costas Judiciales. *Las costas en el litigio internacional al diligenciar exhortos y cartas rogatorias en el extranjero.*

Con motivo de los actos posteriores a la ejecución de la sentencia definitiva, una vez que ésta ha causado ejecutoria, suponiendo que el actor haya obtenido sentencia favorable, resta solicitar el pago de las erogaciones y honorarios de abogados que conforme al juicio se han causado. Para este apartado consideraremos que han sido dos las instancias del juicio, sin considerar el juicio de amparo directo que, contra la sentencia definitiva que confirmó la Sala competente del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, se promovió por la parte demandada. Partimos del supuesto de que en los resolutivos ambas sentencias se condenó a la demandada al pago de dichos accesorios.

Pues bien, ¿pueden reclamarse por la parte actora los gastos realizados con motivo de la diligenciación de las pruebas en el extranjero? La respuesta es, en nuestro concepto, sí.

El artículo 14 de la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial establece:

Art. 14. La ejecución de la comisión rogatoria no podrá dar lugar al reembolso de tasas o gastos, de cualquier naturaleza que sean.

Sin embargo, *el Estado requerido tiene derecho a exigir del Estado requirente el reembolso de las indemnizaciones pagadas a los*

expertos e intérpretes y de los gastos que resulten de la aplicación de una forma especial demandada por el Estado requirente, conforme al artículo 9 párrafo segundo.”

Según este instrumento internacional, el Estado requerido puede exigir el reembolso de los gastos que haya hecho en favor de intérpretes y demás intervinientes en la diligenciación exitosa de la prueba solicitada. En ese caso es claro que sería el gobierno mexicano quien habría de responder de las erogaciones, y que éste haría responsable de los gastos a la parte promovente de la prueba. Respecto a esto último, cabe preguntarnos si el gobierno mexicano tiene provisión presupuestal para tales erogaciones, en el Presupuesto de Egresos de la Federación, por corresponder a este el financiamiento de las funciones de la Secretaría de Relaciones Exteriores y si no, a título de qué clase de contribución podría exigir a la promovente el pago de los gastos por los que respondió. Creemos que sería un buen tema de desarrollo posterior, pero por ahora debemos saber si de tales costas debe responder la parte perdidosa y, en su caso, a quién deberá indemnizar.

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero es más sencilla al establecer que será a cargo de los interesados el pago de los gastos necesarios para proveer a la adecuada diligenciación de los actos judiciales que soliciten:

Art. 7o. En el trámite y cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias, las costas y demás gastos correrán por cuenta de los interesados.

En tal virtud, corresponde directamente a las partes la responsabilidad de pagarlos, debiendo indicar en la propia Carta Rogatoria quién pagará por los gastos que se causen con motivo de la diligenciación, acompañar el documento que acredite ser instrumento de pago de tales gastos (cheque nominativo a favor del tribunal jurisdiccional del Estado requerido), o bien documento que acredite que el monto de los gastos ha sido satisfecho y puesto a disposición de la autoridad diligenciante.

Si dicha cantidad no fuese suficiente, no retrasará ni constituirá objeción para la celebración de la diligencia, pero sí dará el derecho al Estado requerido de solicitar se complete el pago, al devol-

ver la rogatoria diligenciada. Podrá además existir reciprocidad entre Estados a fin de que no se cobren los gastos y costas de las diligencias necesarias para la ejecución de rogatorias.

El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana establece que el diligenciamiento de estos medios de cooperación procesal será gratuito por regla general, pero que podrá establecerse, mediante comunicación que se haga a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, sobre cuáles son aquellas actuaciones que deban ser sufragadas directamente por los interesados. Esta comunicación se hará como si fuese un arancel, cada Estado contratante deberá especificar claramente cuáles son las actuaciones que deban ser sufragadas directamente por los interesados, dando a conocer el valor de cada una que, conforme a su justa apreciación, cubra el valor de la diligencia.

Para ver ambos extremos, expresaremos argumentos a favor y en contra de que la parte perdidosa responda de los gastos realizados en el extranjero con motivo de la diligenciación de pruebas:

A favor:

La Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal no contiene en su Título Séptimo “De las Costas y de los Aranceles” disposición que prohíba que se imputen a la parte perdidosa los gastos y costas del juicio erogados con motivo de diligencias fuera del país, dado que no distingue entre las que se hayan llevado a cabo en el país, de las que se hayan diligenciado en el extranjero. Ahora bien, los actos procesales realizados en el extranjero pertenecen a una instancia judicial, no son extraños al juicio y se realizan con motivo y por consecuencia de él, razón por la cual deben considerarse parte integrante del litigio, y por lo mismo quien resulte condenado debe cargar con ellos.

En nuestra opinión, si atendemos a la disposición de que las partes deberán sufragar los gastos realizados en la diligenciación, queda en el ámbito de éstas el exigir su reembolso a la contraparte en el momento procesal oportuno, que lo es al promover el Incidente de Liquidación de Gastos y Costas, en base al cual consideramos procedente que la parte ganadora exija el reembolso de los mismos.

En contra:

La Convención Interamericana y el Protocolo adicional establece que las diligencias que se realicen a través de autoridad central y órgano jurisdiccional requerido, serán gratuitas. Así también, menciona que las partes deberán sufragar las actuaciones que según la ley interna de éste se causen conforme a las especificaciones que hayan hecho a la Secretaría de la OEA. En tal virtud, ordena que cada parte interesada tendrá la responsabilidad de sufragar los gastos que le signifique la diligencia que solicite. Además, en todo caso, serían las autoridades extranjeras las que deberían de proveer a su cobro, no la nacional.

Ante todo, nos inclinamos más por el argumento a favor, dado que resulta ser más coherente y lógico con el concepto de "gastos y costas judiciales" y su razón de ser.

VIII. EL ARBITRAJE Y SU CONTACTO CON EL LITIGIO ANTE EL INCUMPLIMIENTO INVOLUNTARIO DEL LAUDO QUE CONCEDE.

El propósito de este pequeño apartado no es el de desarrollar con suma extensión la compleja y amplia materia del arbitraje, sino únicamente referirnos a la imposibilidad que tiene aún este útil medio de composición de controversias, de evitar encontrarse, tarde o temprano ante una falta de cumplimiento voluntario, con el aparato gubernamental, a fin de darle fuerza ejecutoria a la resolución que emane del seno de un árbitro, panel o tribunal arbitral.

Estudiaremos someramente el propósito y esencia del arbitraje, partiendo desde el claro punto de que no se trata de una jurisdicción ejercida por particulares, sino de un medio alternativo a la jurisdicción para resolver controversias. Nos centraremos sobre aquellas resoluciones emanadas de un arbitraje de tipo internacional, cuya resolución haya sido dictada en el extranjero y que únicamente deba proveerse a su ejecución en nuestro país, analizando el procedimiento que se sigue a efecto de lograr su reconocimiento y ejecución coactiva.

a) La naturaleza privada del arbitraje internacional

El arbitraje es una eficaz herramienta por la cual los particulares han hecho cambiar la forma tradicional de la administración de justicia. A través de esta moderna forma de solución de controversias se ha podido, entre otras cosas, liberar de carga de trabajo a los tribunales integrantes del aparato estatal de la generalidad de los países y Estados modernos, permitiendo una mejor administración de justicia, bajo un sistema de "juzgadores profesionales y especializados", un tanto más ajenos a la perfidia de la corrupción característica de los tribunales estatales, con una mayor celeridad del procedimiento y además con una notable flexibilidad en los medios probatorios que pueden ofrecerse durante el procedimiento.

En general, el arbitraje tiende a solucionar una necesidad, nacida como cualquier otra, ante un vacío que debe llenarse, pero que ha venido tomando cada vez más importancia, sobre todo en la solución de problemáticas entre aquellos agentes que participan y hacen posible el comercio internacional. Ellos prefieren ir ante un tribunal arbitral integrado de forma más imparcial que someterse a las leyes y tribunales del Estado de su contraparte, porque las ignoran tanto como las costumbres y usos judiciales, tanto como el nivel de corrupción que impere en ellos o el grado de parcialidad o proteccionismo que tendrá ese Estado respecto a sus nacionales.

De cualquier forma, cuando la parte perdidosa de un arbitraje se niegue a someterse al laudo y cumplirlo en los términos en que ha sido concedido, el que haya obtenido resultado favorable deberá someterlo al reconocimiento y ejecución coactiva que sólo el aparato gubernamental, a través de su Poder Judicial, podrá lograr. Sólo un tribunal estatal puede lograr, ejerciendo las facultades de imperio que su orden de supraordinación le otorga respecto a los particulares, el cumplimiento coercitivo de una resolución arbitral. No puede reconocérsele al arbitraje el carácter de acto de autoridad, por que no emana de un organismo de esa calidad. Esto nos lleva de la mano a analizar los siguientes razonamientos: aun cuando el arbitraje es una resolución de fondo, es imposible someterlo al análisis constitucional que merece un juicio de amparo directo. Este recurso extraordinario es privativo de los actos de autoridad, sólo a estas autoridades puede ponerse en el banquillo de los acu-

sados a fin de ver si su proceder se ha apegado a las leyes y a la fuente de éstas; la Constitución.

b) *El insorteable fantasma del órgano jurisdiccional estatal para el sistema del arbitraje internacional*

a) El Incidente de Reconocimiento o Ejecución del Laudo Arbitral. ¿Para qué acto se solicita el proceso incidental, para reconocerlo o para ejecutarlo? El arbitraje y el Contrato de Transacción, sus similitudes. ¿Es necesario reconocer un laudo mediante el trámite incidental y después sólo ejecutarlo?. El Juicio de Amparo Indirecto contra la resolución de reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral dictado en el extranjero. (Su trámite, procedencia, la suspensión del acto reclamado. Cómo puede retardarse su ejecución mediante recursos legales. Precedentes judiciales)

El Procedimiento de Reconocimiento y Ejecución de un Laudo arbitral internacional, que además se haya dictado fuera de territorio nacional, estará sujeto a lo que previene el Título Cuarto del Código de Comercio⁶² en sus artículos 1424, 1425, y 1461 al 1463, mediante la vía Incidental que contempla a su vez el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Trámite del Incidente de Reconocimiento y Ejecución de laudo Arbitral

Establece el primer párrafo del artículo 1461 del Código Comercial vigente:

Art. 1461. Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este Capítulo.

⁶² Recién integrado a nuestro Código de Comercio, mediante el Decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de éste y del Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 22 de julio de 1993, adicionado con anterioridad en el año de 1989.

Respecto de la literalidad de este artículo, se desprenden dos posibles significados: que el laudo será reconocido per sé como vinculante y que únicamente el trámite de ejecución será el que se lleve a cabo en la vía incidental; el segundo es que primero se tramite vía incidental su reconocimiento y una vez alcanzado éste, se proceda a solicitar su ejecución.

Estimamos, adhiriéndonos a la opinión del maestro José María Abascal Zamora, que la ley sí es suficientemente clara al distinguir entre si es necesario uno y otro trámite, o es necesaria sólo su ejecución. En tal sentido, siguiendo el espíritu de la Convención en que se inspiró la reforma a nuestro Código de Comercio, para integrar el Arbitraje Comercial, es claro que el único trámite que se hace necesario es el de su ejecución, sin mayor problema.

De cualquier modo estudiaremos ambas hipótesis, la segunda de las cuales es sostenida por nuestros tribunales de Amparo.

A) *Incidente para lograr únicamente su ejecución:*

A fin de transmitir de forma auténtica los comentarios realizados por el maestro José María Abascal Zamora, revisor y sinodal en el examen de posgrado del suscrito, me permito transcribir de forma literal los argumentos que soportan el que los laudos mercantiles no requieren homologación, veamos:

Laudos mercantiles no requieren homologación.

El artículo III de la Convención de las Naciones Unidas sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, en vigor en México, dice:

Cada uno de los Estados contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas del procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

El artículo IV de la CNY dice:

1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:

- a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
- b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

2. Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.

El artículo 1461 del Código de Comercio, tiene su antecedente en la CNY y dice que "un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo (el IX del Título Cuarto del Libro Quinto del Cco)".

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refieren los artículos 1416 fracción I y 1423 o copia certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en español, la parte que lo invoca deberá presentar una traducción a este idioma de dichos documentos, hecha por perito oficial.

II. José Ovalle Favela, en el *Diccionario Jurídico Mexicano*. Voz Homologación de laudos, dice lo que sigue:

II. Reconocimiento que hace un tribunal público de la regularidad de un laudo pronunciado por un árbitro nacional o extranjero para poder proceder a su ejecución coactiva. En un sentido amplio, la homologación implica la aprobación judicial de un acto jurídico que no había adquirido toda su eficacia jurídica antes de ser homologado.

Cabe aclarar que este término no es utilizado ni por la legislación ni por la jurisprudencia mexicana, sólo lo emplea la doctrina procesal. (Esta afirmación puede ser debida a la fecha de mi edición del Diccionario, 1987).

IV. Por lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, la doctrina mexicana considera que le son aplicables las disposiciones del CPC sobre el procedimiento de *exequatur* de las sentencias extranjeras. Aparte de estas disposiciones que se aplican a falta de tratado internacional, se debe tener en cuenta la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de junio de 1958 y publicada en el D.O. el 22 de junio de 1971.

III. Después de que Ovalle escribiera lo anterior, se modificaron el Código de Comercio y el Código Federal de Procedimientos Civiles (D.O. del 22 de julio de 1993).

Aparte de los artículos del Código de Comercio arriba citados, se modificó el artículo 1347-A para el efecto de eliminar en el mismo la mención que hacía a los laudos, ya que a partir de la modificación, los laudos tendrían el reconocimiento del artículo 1461 y, de la misma forma, serían ejecutados sin necesidad de *exequatur* u homologación; su autoridad proviene de la mera disposición legal (Código de Comercio, y más importante, de la CNY respecto de los laudos extranjeros).

La modificación al Código Federal de Procedimientos Civiles es un reflejo de lo anterior. En el DO de 22 de julio de 1993, aparece lo que sigue:

Artículo segundo. Se reforman los artículos 569, primer y último párrafos; 570; y 571, primer párrafo, del Código Federal de Procedimientos Civiles, para quedar en los siguientes términos:

Art. 569. Las sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidos en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte...

Los efectos que las sentencias, laudos arbitrales de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeros produzcan en el territorio nacional, estarán regidos por lo dispuesto en el Código Civil, por este código y demás leyes aplicables.

Art. 570. Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeros se cumplirán coactivamente en la República, mediante homologación en los términos de este código y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte.

Art. 571. Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones:

I a VIII.- ...

Cabe agregar que tanto el artículo 1462 del Código de Comercio, como el artículo V de la Convención de Nueva York, arrojan la carga de la prueba de las causas para denegar el reconocimiento y la ejecución, en su primera fracción, al ejecutado.

Creo que no cabe mayor comentario a las palabras del doctor Abascal.

Ahora compararemos el contrato de transacción con el laudo arbitral, respecto de la ejecutividad de su contenido. Ramón Sánchez Medal ha establecido de forma muy clara la similitud que existe entre el contrato de transacción y el compromiso arbitral, por lo que a continuación citamos sus propias palabras:

Finalmente, aunque la transacción y el compromiso arbitral pertenecen al grupo de contratos dirigidos a la definición de una controversia jurídica; sin embargo, la transacción pone fin inmediato a la contienda, en tanto que en el compromiso arbitral se deja subsistente la controversia y sólo se sustituye el procedimiento judicial y la jurisdicción del juez, por un procedimiento extrajudicial y por la intervención del árbitro.⁶³

⁶³ SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, décima edición, Editorial Porrúa, México, 1989, pp. 502 y ss.

Para el maestro José María Abascal Zamora, según lo que hemos entendido de la explicación que mediante analogía hace, el tratar de homologar un laudo arbitral es exactamente igual que considerar que los derechos y obligaciones, emanados de un contrato de transacción, requieren de homologación por la autoridad judicial para tener vigor y fuerza legal, y que una vez hecho lo anterior se proceda a su ejecución. En tales circunstancias, la autoridad judicial no puede ni debe cuestionar lo que las partes han levantado como su suprema voluntad, mas por el contrario, en lo único que debe intervenir es en coadyuvar a lograr su cumplimiento aun en contra de la voluntad de alguna de las partes.

B) Incidente para lograr su reconocimiento y después su ejecución:

Para entrar al estudio de esta postura, debemos tener bien presente que el trámite de reconocimiento es uno y el de ejecución es otro, que se encuentran separados procesalmente y no constituyen unidad. Si consideramos que el único que merece el trámite, que expondremos más adelante es el de reconocimiento, tendríamos que tomar como base los siguientes argumentos:

La ejecución es el trámite o etapa final de un proceso cuyo estudio ha culminado y, que no habiendo recurso alguno que permita su impugnación, sólo queda hacer efectivo en la práctica lo resuelto. En tal sentido, no cabe a nuestro parecer nuevo estudio sobre cuestión que ha causado ejecutoria. Por el contrario, es en el trámite de reconocimiento en el cual el tribunal a que se somete ese estudio habrá de averiguar si hubo vicios del procedimiento o no, si se respetaron las garantías procesales del perdidoso o no, y una vez hecho lo anterior (estudio que se logra y culmina mediante el estudio y ofrecimiento de pruebas que es posible dentro del trámite incidental) se proceda a dictar la resolución mediante la cual el tribunal jurisdiccional reconozca la legalidad y validez del laudo arbitral.

En otras palabras, la ejecución debe versar solamente sobre lo que el tribunal estatal ha reconocido, ahora sí como vinculante, previo estudio sobre su apego a derecho y que se hayan respetado las formalidades esenciales de procedimiento.

En conclusión y en concepto de un tribunal colegiado federal, el acudir ante el tribunal jurisdiccional con el objeto de solicitar la ejecución de un laudo arbitral, sin solicitar previamente su reconocimiento, es similar a solicitar ante un juez que ejecute una sentencia de un litigio que no ha conocido.

En comentarios de clase, tuvimos la oportunidad de conocer, de forma extraoficial pero fidedigna, cuál es el origen del presente malentendido que ha derivado en una dicotomía sobre el significado literal del artículo 1461 del Código de Comercio, haciéndose grave, toda vez que el espíritu de la Convención se inclina por el significado estudiado en el inciso a) anterior, mientras que los intérpretes de nuestra Constitución Federal, los tribunales de amparo, se han inclinado por la segunda que es materia del presente inciso.

Resulta ser que una vez preparada la Iniciativa de Adición del Título Cuarto del Código de Comercio, turnada para su estudio y observaciones al Ejecutivo Federal, según lo dispone el artículo 72 inciso B de nuestra Constitución Federal, fue en la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Presidencia de la República en donde confundieron el significado de la iniciativa entre "se tramitará en la vía incidental" (suponiendo la brevedad del procedimiento) y "se tramitará como incidente" (dando el trámite que merece todo Incidente según el Código Federal de Procedimientos Civiles), modificándolo para quedar finalmente como lo dispone la parte final del artículo 1463 del Código de Comercio, confundiendo el trámite de reconocimiento con el de ejecución y contrariando lo que originalmente pretendía ser un trámite meramente ejecutivo breve, tan breve como el propio procedimiento arbitral.

Art. 1463. ...El procedimiento de reconocimiento o ejecución se sustanciará incidentalmente de conformidad con el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles. La resolución no será objeto de recurso alguno.

Ahora bien, procedemos a narrar como se verificaría el procedimiento Incidental para solicitar el reconocimiento del Laudo Arbitral, según lo establece el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

1. Ordenar la traducción del acuerdo arbitral y del laudo, ante perito autorizado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.
2. Presentar ante el juez competente⁶⁴ el original del laudo debidamente autenticado o copia certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje, ya sea que se trate de una cláusula compromisoria dentro de un contrato o bien un acuerdo aparte. Se deberá presentar también, de forma simultánea, ambos documentos traducidos.
3. Promovido el Incidente, el juez mandará dar o correr traslado a la otra parte por el término de tres días.
4. La otra parte evacuará la vista que le corresponda, pudiendo ofrecer los medios probatorios que estime idóneos a fin de comprobar alguna causal de denegación o reconocimiento del laudo, que le beneficie.⁶⁵
5. Si las ofreciere, se abrirá un término probatorio por espacio de diez días.
6. Concluido el término probatorio se verificará la audiencia de ley, que se sujetará a las siguientes reglas:
 - a) Se abrirá la audiencia, poniéndose a discusión por el tribunal, los puntos que estime necesarios, presentando las pruebas documentales del actor incidentista y luego las del demandado, para que aleguen sobre las mismas alternativamente por máximo dos ocasiones, en un intervalo que no excederá de quince minutos.
 - b) Se pasará entonces a la discusión de la prueba pericial, si hubiere controversia entre sus dictámenes, podrá intervenir el perito que ofrezca cada parte por una sola ocasión en un término de 30 minutos como máximo.

⁶⁴ El juez competente será el del domicilio del ejecutado, o el de ubicación de los bienes, ya sea del fuero común o del fuero federal.

⁶⁵ Dichas causales las establece el artículo 1462 del Código de Comercio, y se refieren concretamente a causas de nulidad y violación al principio de debido proceso por falta de notificación adecuada, por ser contrario al orden público o por haber excedido el principio de congruencia de las sentencias.

- c) Ahora se pasará al desahogo de la prueba testimonial, en la que el tribunal examinará directamente a las partes y a los testigos, careándolos, a fin de aclarar los puntos discrepantes en sus declaraciones.⁶⁶
- d) Posteriormente se pasará a los alegatos, en los que el secretario leerá la parte de los autos que le solicitare quien esté en uso de la palabra.
- e) Alegará primero el actor y luego el demandado, por dos veces cada uno, quienes en réplica y dúplica respectivamente, deberán alegar sobre la cuestión de fondo y las incidencias que hubieren apreciado en el procedimiento. Cada parte tendrá para los alegatos, un término máximo de media hora.⁶⁷
- f) Finalmente se cierra el periodo de alegatos de la audiencia.

7. El tribunal dentro de los cinco días siguientes, dictará su resolución, reconociendo el laudo arbitral y ordenando ejecutarlo, o bien negando tales beneficios.

En nuestro Capítulo de Anexos aparece gráficamente cómo se lleva a cabo este procedimiento, por lo cual recomendamos su consulta.

A fin de hacer notar que éste es el criterio que siguen los tribunales federales, invitamos al lector a consultar la ejecutoria de amparo que se transcribe al final de nuestro próximo apartado, al tratar sobre la suspensión en el juicio de amparo indirecto promovido en contra del trámite de homologación y ejecución del laudo arbitral.

El Juicio de Amparo Indirecto contra la resolución de reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral dictado en el extranjero. (Su trámite, procedencia, la suspensión del acto reclamado. Cómo puede retardarse su ejecución mediante recursos legales. Precedentes judiciales).

⁶⁶ Estimamos que más que una testimonial respecto de las partes, el tribunal desahoga una prueba confesional, puesto que declaran sobre hechos que les son propios.

⁶⁷ El Código Federal de Procedimientos Civiles prevé la posibilidad de que el tribunal amplíe el término en el cual las partes hacen uso de la palabra, bajo la única condición de la equidad.

Su trámite.

El juicio de amparo indirecto tiene por objeto resolver la controversia que se suscite con motivo de una posible violación de garantías individuales o de una invasión de esferas entre la Federación y la órbita de autonomía y soberanía de las entidades integrantes de la República. Su origen: cualesquier acto materialmente legislativo, administrativo o jurisdiccional en tanto que no constituya la resolución de fondo, sino una cuestión de trámite, procedimiento o incidental.

En este caso habremos de discutir el carácter y la naturaleza jurídica del acto de autoridad que ha de impugnarse ante el juez de garantías. Recordemos de antemano (y aunque es motivo del estudio de nuestro siguiente y último inciso) que la resolución arbitral de fondo no tiene carácter de sentencia en virtud de que no es un órgano estatal el que la dicta, por lo que no tiene carácter de autoridad. El acto de autoridad que en todo caso habrá de estar sujeto al análisis de constitucionalidad es el de la tramitación del Incidente de Reconocimiento, y el acto mismo de la ejecución.

Órgano Jurisdiccional competente y naturaleza del Juicio.

La instancia ante la cual debe ventilarse esta cuestión constitucional es, ante todo caso, el Juicio de Amparo Indirecto, Amparo juicio o Amparo biinstancial, ante el juez de distrito.

Tercero perjudicado:

Actor incidentista, que a su vez es el que resultó ganador en el juicio arbitral.

Autoridad responsable:

Con el carácter de ordenadora:

Juez de Distrito o Juez de Primera Instancia ante quien se someta el Incidente respectivo.

*H. Congreso de la Unión, Presidente de la República, Director del Diario Oficial de la Federación, Secretaría de Gobernación.⁶⁸

⁶⁸ * Sólo en el caso de que el amparo se promoviese en contra de la constitucionalidad de la Ley de procedimiento.

Con el carácter de ejecutora:

Actuarios adscritos.

Cuerpos policíacos llamados en el ejercicio de medios de apremio.

Naturaleza del acto reclamado:

Es ante todo un acto materialmente jurisdiccional de tipo accesorio. Entiéndase por ello la orden de ejecución, las violaciones de procedimiento que dejen al quejoso sin defensa, etcétera.

Naturaleza de los efectos del acto reclamado:

La resolución que reconoce la validez del laudo es un acto meramente declarativo, pero la que ordena su ejecución contiene un acto positivo, de inminente ejecución, cuya ejecución es además inmediata, y cuyas consecuencias una vez sufridas son irreparables.

¿Quién será competente en caso de que se interponga Recurso de Revisión?

El Tribunal Colegiado en materia civil competente en el Circuito al que pertenezca el mismo A quo.

* La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La suspensión del acto reclamado.

Uno de los grandes beneficios del arbitraje es su celeridad; tal vez esta característica sea su mayor cualidad. El beneficio de la suspensión provisional, confirmada en definitiva con suerte y razón en la audiencia incidental, puede empañar en su mayor grado la bonanza del arbitraje.

En caso de que el quejoso la solicite, se trate de una cuestión que no importe perjuicio al interés público y que los efectos de no dejar en suspenso las consecuencias del acto reclamado sean de difícil reparación, cabrá a todas luces la posibilidad de que el quejoso obtenga este beneficio legal, en los términos de los numerales 122, 124 y demás aplicables de la Ley de Amparo.

El trámite de la suspensión podrá hacerse incluso desde la presentación de la demanda de amparo, y se promoverá en contra

precisamente de aquellos actos que importen un principio de ejecución. Con el ánimo de ilustrar el tema que nos ocupa, mas no de saturarlo con múltiples precedentes, resulta conveniente ver la siguiente ponencia:

Octava época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*

Tomo: XII-Agosto

Página: 585

Suspensión. Procedencia de la. Cuando se reclama la homologación y ejecución del laudo arbitral. *Si se impugna la ejecución del laudo arbitral, ante el juez de Distrito y se señalan en la demanda de garantías irregularidades en el procedimiento de homologación que culminó con la ejecución que de ese laudo se pretende llevar a cabo, es procedente conceder la suspensión de los actos reclamados habida cuenta que son los vicios de procedencia de la homologación los que en sí se reclaman.* Siendo oportuno mencionar que en el caso, puede establecerse que existe una equiparación como cuando se promueve una demanda de amparo directo, ya que en ambos eventos se está combatiendo un fallo definitivo; esto es en el amparo uniinstancial lo es la sentencia que sin ulterior recurso resuelve un juicio y en la especie, se combate la homologación que se hace del laudo arbitral, concediéndole en ese momento la categoría de fallo definitivo. Es por esas razones que debe concluirse que si en el juicio de amparo directo civil procede la suspensión de la ejecución del acto reclamado, no hay motivo para establecer que no proceda en relación con la ejecución de un laudo cuando se reclama también su homologación.

Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Queja 203/93. Jorge Alberto Contreras Piedragil. 10 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: Guillermo Campos Osorio.

Recursos que pueden retardar la ejecución del laudo arbitral

Si el quejoso o sus representantes legales son lo suficientemente "mañosos", pueden incluso retardar su ejecución una vez obtenida la suspensión definitiva, aunque el juez de distrito haya negado o sobreseído en el juicio de amparo, si tuvieron la precaución de demandar la inconstitucionalidad de la ley de procedimiento, visto que el recurso de revisión habrá de ser competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Será retardado, considerando el desafortunado hecho de que nuestro máximo tribunal de la Nación se encuentre permanentemente saturado de trabajo. Ante todo, debemos reconocer que este tipo de prácticas atentan contra la esencia del arbitraje, contra el principio de economía procesal y contra la ética jurídica, razón por la cual deben ser erradicados, cuando tristemente son tan frecuentes.

El Juicio de Amparo Directo en contra de un Laudo Arbitral (Su absoluta improcedencia. Precedentes)

El laudo arbitral es una resolución de fondo, que al tener la facultad de jurisdicción que le reconocen las partes que se someten a él, establece a quién corresponde finalmente el derecho a obtener una indemnización o quién ha fallado en el cumplimiento de un contrato. Las partes le reconocen fuerza legal y vinculatoria al laudo que se dicte por este órgano de administración de justicia privado, que carece de las características necesarias para que sea procedente el amparo recurso o amparo directo, veamos:

La improcedencia del amparo directo en contra de un resolución arbitral radica en la falta de uno de los presusupuestos procesales de la acción constitucional, consistente en que el tribunal arbitral no tiene el carácter de autoridad. Nos parece conveniente acudir a la opinión de un eminente amparista, como lo es el doctor José de Jesús Gudiño Pelayo, a fin de hablar un poco acerca de este tema. El citado jurista dice en su obra *Introducción al amparo mexicano* lo siguiente:

¿Cuáles son los presupuestos de la acción de amparo? Además de los presupuestos procesales de toda acción, es decir los generales, Jurisdicción y Capacidad, entre otros, existen los presupuestos especiales, particulares de la acción de amparo, que son los siguientes: la existencia de un Quejoso, de un acto reclamado, de una autoridad responsable y perjuicio?⁶⁹

Mariano Azuela, actual Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, habla de este punto en específico de la siguiente forma:

... el amparo requiere un acto de autoridad susceptible de violar la Constitución o la ley con agravio de los intereses de un particular.⁷⁰

En tal virtud, es claro que al no existir un acto de autoridad, ni autoridad responsable a quien se impute violación de garantías individuales alguna, es imposible promover amparo exitosamente en contra de un fallo de esta naturaleza. No creemos que amerite mayor estudio una cuestión tan obvia.

Ahora bien, veamos el siguiente precedente, que salta a la vista por ser incomprensible como pudo resolverse en ese sentido, considerando que no es procedente el amparo biinstancial, sino más bien el amparo directo, por tratarse de una resolución de fondo:

Octava época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*
Tomo: VI Segunda Parte-1
Página: 191

Laudo Arbitral Homologado y Actos Tendientes a su Ejecución, Procedencia del Amparo Directo y no del Indirecto tratándose de. El laudo arbitral y su homologación, así como el auto que ordena su ejecución y el lanzamiento del inmueble arrendado, es improce-

⁶⁹ GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, *Introducción al amparo mexicano*, Textos ITESO, Tlaquepaque, Jalisco, México, 1993, p. 88.

⁷⁰ AZUELA, Mariano, *Introducción al estudio del amparo*, Universidad de Nuevo León, Departamento de Bibliotecas, Monterrey, N. L., 1968, p.108.

dente reclamarlos en amparo indirecto, por ser *el juicio de amparo directo el que procede contra los laudos homologados que pongan fin al juicio arbitral*, y a todos los actos tendientes a la ejecución del mismo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 158 de la Ley de Amparo. Por lo tanto, al resultar improcedente el juicio de amparo indirecto respecto de esos actos, el mismo debe ser sobreseído, en términos de la fracción XVIII del artículo 73, en relación con la fracción III del artículo 74 de la Ley de Amparo.

Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo en revisión 725/90. Carmen Kuri Aiza. 6 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Eduardo Francisco Núñez Gaytán.

Nota: el rubro de esta tesis fue modificado para hacerlo acorde con su contenido. Se publicó como: "Laudo Arbitral Homologado y actos pendientes a su ejecución, procedencia del Amparo Directo y no del indirecto tratándose de".

Véase: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, núm. 72, p. 41, tesis por contradicción 3a./J.32/93.

Finalmente agregaremos que, el momento procesal para impugnar la legalidad del laudo, y acusar las violaciones procesales que se hubiesen cometido, es precisamente al desahogarse la vista al Incidente de Reconocimiento y Ejecución del Laudo, a través de las pruebas y alegatos de que hablamos con anterioridad.

IX. CONCLUSIONES

En términos generales, y siguiendo el mismo sentido práctico de nuestro trabajo, las conclusiones a las que hemos llegado son propositivas y se reducen a las siguientes, que a juicio de nuestros sinodales son un tanto apresuradas e impulsivas, dada la dificultad que presenta lograr lo que se propone:

1. Acogiéndonos a la opinión de Alcalá Zamora, debemos señalar que "para llegar a una efectiva cooperación judicial internacional, el primer paso es el de unificar, o por lo menos, simplificar el maremagno que con su diversidad de enjuiciamientos internos muestran numerosos países y entre ellos, varios de los más importantes de la Tierra."⁷¹ Esto consiste en reducir la gran diversidad que existe entre los ordenamientos procesales civiles de distintas entidades federativas. En México sufrimos ciertamente de este problema, puesto que hay una remisión general a las reglas que establece el Código Federal de Procedimientos Civiles en lo tocante a los asuntos del orden federal, según lo establece el artículo 543 de dicho ordenamiento, no siendo así en los asuntos civiles pertenecientes a la competencia del fuero común, por ejemplo el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal en sus artículos 605 y 606 establece una remisión no muy clara en favor de aquel ordenamiento federal, imaginamos que estableciendo un régimen de supletoriedad, que podría quedar más claramente definido. Por su parte, los Estados Unidos de América han avanzado de forma mesurada a través de la formación de una compilación denominada *restate-ment*, que si bien no tiene carácter de ordenamiento, cumple con una finalidad muy valiosa, así como la República de Brasil, que desde 1939 unificó su legislación procesal. De tal forma, el comentario se hace en el sentido de simplificar o

⁷¹ ALCALÁ ZAMORA, Niceto, *op. cit.*, p. 34.

por lo menos determinar de forma clara cual es el régimen de supletoriedad en esta materia, así como lograr que se hagan uniformes los ordenamientos de los distintos estados de la República en lo que respecta a esta materia.

2. Debe asimismo hacerse una recopilación y simplificación del conjunto normativo tocante a la cooperación procesal internacional, cuyas normas en nuestro país están regadas por una diversidad de cuerpos normativos de diferente naturaleza, desde ordenamientos ordinarios procesales hasta ordenamientos orgánicos, tanto como ordenamientos sustantivos federales. Es decir, que sería conveniente conjuntar en un cuerpo normativo único todas o por lo menos la mayor parte de las normas jurídicas tanto sustantivas como procesales que rigen esta materia, que va adquiriendo un auge cada vez mayor.
3. Convendría también dejar en claro cuál es el criterio aplicable en materia de prueba del contenido y de la existencia del derecho extranjero, considerando que en el desarrollo de nuestro trabajo descubrimos que la ley comercial contempla como objeto de prueba no sólo a los hechos, sino también al derecho extranjero, cuestión que no establece el Código Federal de Procedimientos Civiles, y que por su matizada diferencia, en la cual simplemente debe atenderse al principio de buena fe, podría provocar un acalorado litigio incidental en una cuestión tan sencilla, pudiendo incluso terminar en un amparo directo en el que se determine que en virtud de que no se desahogó la prueba del derecho extranjero, como lo establece la ley comercial, se incurrió en una violación de procedimiento de las que contempla el artículo 158 fracciones III, VII y IX de la ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal.
4. Parecería un tanto necio el comentario, pero a fin de no dejar en manos de nuestros tribunales federales una interpretación que debió dejar en claro el legislador desde el momento de concebir el artículo 1461 del Código de Comercio vigente,

convendría determinar si para lograr la ejecución de un laudo arbitral extranjero es necesario primero solicitar su reconocimiento u homologación, como lo dicen los tribunales de amparo, y después su ejecución, o si el laudo se considera legal por sí mismo y lo único que debe tramitarse es la efectividad de la resolución arbitral. Nos atenemos más al primer argumento. La razón de este comentario es en el sentido de que existen casos de resoluciones arbitrales que han sido dictadas debidamente en el extranjero, pero que al presentarse ante el tribunal mexicano a solicitar su ejecución, sucede que se ha negado en virtud de que falta un presupuesto procesal para tal medida coactiva, que lo es el Reconocimiento. Este tipo de problemas, que han también llegado hasta el Amparo por una cuestión de mera falta de claridad del precepto, han afectado o retardado la ejecución efectiva de este tipo de asuntos, por más de un año, lo que atenta otra vez, contra el principio y razón de ser del arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- FRISCH PHILIPP, WALTER; GONZÁLEZ QUINTANILLA, JOSÉ ARTURO y GONZÁLEZ ELIZONDO, JOSÉ ARTURO, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, Porrúa, México, 1993.
- ALCALÁ ZAMORA, NICETO, *Bases para unificar la cooperación procesal internacional*, Cursos Monográficos de la Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional, volumen VI, La Habana, Cuba, 1957.
- SILVA, JORGE ALBERTO, *Derecho Internacional sobre el Proceso, Procesos Civil y Comercial*, Mc Graw Hill Interamericana, Serie Jurídica, México, 1997.
- LÓPEZ, SERGIO, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998.

- GARCÍA OLANO, FERNANDO, *Cooperación internacional en los procedimientos civiles y mercantiles*, UNAM, México, 1982.
- SIQUEIROS, JOSÉ LUIS, *La Cooperación Procesal Internacional. El Sistema Norteamericano del Discovery, Derecho Constitucional comparado México-Estados Unidos*, tomo II, UNAM, México, 1990.
- ABARCA LANDERO, RICARDO, "La Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, su protocolo adicional y la cooperación judicial internacional", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, Escuela Libre de Derecho, México, 1984, p. 408.
- ARELLANO GARCÍA, CARLOS, *Teoría General del Proceso*, Porrúa, México, 1995.
- TENA RAMÍREZ, FELIPE, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, México, 1994, quinta edición.
- AZUELA, MARIANO, *Introducción al Estudio del Amparo*, Universidad de Nuevo León, Departamento de Bibliotecas, Monterrey, N. L., 1968, p. 108.
- GUDIÑO PELAYO, JOSÉ DE JESÚS, *Introducción al Amparo Mexicano*, Textos ITESO, Tlaquepaque, Jalisco, México, 1993.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Manual del Juicio de Amparo*, Themis, México, 1994.
- MC LAUGHLIN, JOSEPH M., *Mckinnney's Consolidated Laws of New York, Annotated*, libro 7B CPLR, 301-500, State and Federal Courts and State Agencies, St. Paul, Minn, West Publishing Co.
- SÁNCHEZ MEDAL, RAMÓN, *De los Contratos Civiles*, Porrúa, México, 1989, décima edición.

BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA EN INTERNET

1. Homepage del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América. <http://www.state.gov/>
2. Homepage de la Organización de Estados Americanos. <http://www.oas.org/>
3. Homepage de la Biblioteca de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos de América:

<http://www.house.gov/89.htm>

4. Homepage del H. Congreso de la Unión mexicano: <http://www.cddhcu.gob.mx/>
5. Homepage del Directorio Martindale Hubbell, Convenciones Internacionales Seleccionadas: http://www.martindale.com/products/intl_law_dir.htm

LEGISLACIÓN CONSULTADA

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales.
3. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
4. Ley del Servicio Exterior Mexicano.
5. Código de Comercio.
6. Código Federal de Procedimientos Civiles
7. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
8. Demás Tratados y Convenciones Internacionales a que se ha hecho referencia con anterioridad.

CONSTITUCIÓN 2000

Juan Federico ARRIOLA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Propuestas de contenido de la nueva Constitución Política*. III. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva realidad política mexicana, en la que la transición a la democracia se constata en la mayor participación de partidos políticos, algunos de ellos nuevos; en medios de comunicación social sobre todo los escritos cuya apertura y pluralidad son importantes; en la diversidad de gobiernos locales en los que la oposición ha logrado triunfos electorales y desde luego en la movilización social donde la ciudadanía deja sentir sus agobios, en particular en temas como inseguridad pública, desempleo y corrupción.

Ante esta realidad de fines del siglo XX, es necesario adecuar en una nueva legislación los cambios y los retos de la sociedad y Estado mexicanos, precisamente porque una democracia sin Estado de Derecho es estéril y frágil.

Como el sistema político mexicano dominado por el PRI está en decadencia por las crisis sexenales y por los graves problemas políticos, económicos y sociales que aún están sin solución, el nuevo sistema político —que se abre hacia la democracia en la que la organización electoral no depende del gobierno federal, en el que la división de poderes se genera ya sobre todo desde la Cámara de Diputados y en el que el mismo electorado funge como un gran elector— requiere de un nuevo marco jurídico que exprese claramente los propósitos y las necesidades del Estado mexicano donde la alternancia en el poder debe quedar garantizada por una legalidad que no desajuste los avances logrados.

La Constitución mexicana de 1917 surgió como una expresión de su tiempo y trató en gran medida de dar cauce legal a los principios de la revolución social de 1910. Sus prontas y consecutivas reformas y adiciones sirvieron en muchos casos, en otros no. La Ley Fundamental y su legislación secundaria han sido parcialmente rebasados por la realidad.

Ante tantos cambios internos y externos y ante la imperiosa necesidad de fundamentar y fortalecer la democracia mexicana, la convocatoria para el establecimiento de un nuevo Congreso Constituyente es resultado lógico y legítimo de las aspiraciones del pueblo mexicano que exige un orden jurídico justo y eficaz que dé certidumbre para un auténtico desarrollo nacional, en el que la soberanía quede resguardada sin aislar al país del concierto de las naciones.

La nueva legislación fruto del quehacer del Congreso Constituyente tendrá como objetos primordiales: la defensa y respeto de los derechos humanos, el equilibrio y división de los poderes de la Unión, áreas económicas estratégicas por parte del Estado y economía bajo un estricto control constitucional —aquí se propone que exista un capítulo económico— y una clara conceptualización sobre temas tales como, nacionalidad y extranjería, uso de recursos naturales, responsabilidades de servidores públicos, federalismo y reparto de atribuciones administrativas, sistema de partidos.

La Constitución de 1917 ya no refleja como lo necesita el país, la realidad social, económica, cultural y política de México. Es más, este grave problema no se puede resolver con más reformas y adiciones al Código Político.

El país no está condenado a vivir con parches legales y ajustes continuos que resultan efímeros y que demuestran que el sistema jurídico mexicano tiene que ser renovado con una nueva legislación constitucional.

En virtud de que el pueblo de México es el titular de la soberanía y en tanto que el poder se ha instituido en beneficio del propio pueblo, éste con base en el artículo 39 constitucional tiene el inalienable derecho en todo tiempo de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Sin embargo, como la propia legislación mexicana vigente no tiene previstos los mecanismos para convocar a un nuevo Congreso Constituyente, sería necesario que los legisladores federales, actuales, previo consenso con la ciudadanía, preparen jurídicamente una ley específica donde se marquen los tiempos y las formas de elecciones de los diputados constituyentes.

Ahora bien, si es necesario involucrar también a las legislaturas locales de todo el país, podría prepararse una reforma constitucional donde se justifique plenamente el derecho del pueblo de crear a través de sus representantes una nueva Ley Fundamental.

Todo lo anterior debe ser remarcado para evitar que los grupos antagónicos a los cambios democráticos acusen a los promotores de esta idea de golpistas o rebeldes, no obstante que se pretende que los cambios políticos y legales sean por la vía pacífica.

Pretender la convocatoria de una nueva Constitución política no tiene su origen en desconocer los Poderes de la Unión actuales, sino renovar y fundamentar con solidez y claridad la actuación de los gobernantes, legisladores y jueces de los próximos años.

Por lo tanto, el pueblo de México, al ser el titular de la soberanía nacional, tiene el derecho de convocar a un Congreso Constituyente cuya tarea es exclusivamente la creación de una nueva Ley Fundamental. Al nacer la Constitución, desaparece el Congreso Constituyente para dar paso a los nuevos Poderes Constituidos.

Como no se plantea en este documento la reforma de la Constitución vigente, el procedimiento que señala el artículo 135 es inoperante para el propósito de la convocatoria al Congreso Constituyente, pues el Congreso de la Unión y las legislaturas locales no están autorizados por la propia Constitución más que para reformarla y adicionarla y por ende no pueden erigirse en Poder Constituyente.

En relación al artículo 136 de la Ley Fundamental que ha sido con frecuencia incorrectamente interpretado en el sentido de que “esta constitución no perderá fuerza y vigor aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia”.

La Constitución de 1917 no es eterna, obedeció a un tiempo y ha regido a un país con múltiples transformaciones sociales, económicas, políticas, educativas, etcétera.

Si el argumento que utilizan quienes se oponen a una renovación jurídica del país, es que la Constitución de 1917 sólo se puede reformar o adicionar, entonces dónde quedaría la legitimidad de la Ley Fundamental que nos rige y de sus creadores frente a la Constitución de 1857 y de ésta frente a la de 1843 y así sucesivamente.

La resolución de los principales problemas a partir y con una legislación incluyente y real no puede darse ya con reformas y adiciones a los textos legales vigentes, porque se aclaran y mejoran algunos aspectos, pero otros tantos empeoran.

II. PROPUESTAS DE CONTENIDO DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Será necesario conceptualizar con claridad y ordenar lógicamente los diferentes capítulos.

a) De los Derechos Humanos y de las garantías que otorga el Estado.

En este apartado no sólo será importante clasificar los principales derechos del hombre, así como las obligaciones del Estado para protegerlos. Naturaleza jurídica, facultades y funciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

b) Nacionalidad y extranjería.

Aunque debe quedar explicado desde el apartado anterior, que los extranjeros gozan de las garantías que otorga el Estado, aquí se propone que se estipulen las principales obligaciones de los nacionales y las restricciones para los extranjeros. Desde luego, es importante discernir quiénes son mexicanos.

c) Capítulo económico

Para dar un orden institucional a las finanzas públicas, hay que establecer mecanismos concisos del manejo de la economía, para

evitar cambios bruscos y crisis y también para proteger la economía por la natural alternancia en el poder que vive una democracia.

Actividades estratégicas del Estado y participación de los agentes económicos. Régimen jurídico de adquisiciones del gobierno federal.

d) Soberanía nacional y territorio del Estado

El pueblo como titular de la soberanía nacional. Integridad y defensa del territorio y regulación de los recursos naturales y del medio ambiente.

e) Sistema de partidos y organización electoral

Naturaleza jurídica, obligaciones y prerrogativas de los partidos políticos y del Instituto Federal Electoral. El Tribunal Federal Electoral como medio idóneo de resolución de controversias electorales.

f) Poder Legislativo Federal.

g) Poder Ejecutivo Federal.

h) Poder Judicial Federal.

i) Régimen Federal. Gobiernos de los estados y municipios.

j) Régimen jurídico del Distrito Federal.

k) Responsabilidades de los servidores públicos.

l) Estado y Derecho social. Régimen de relaciones laborales, agrarias y familiares.

m) Estado y asociaciones religiosas.

n) De las reformas y adiciones a la Constitución.

o) De la defensa e inviolabilidad de la Constitución.

III. CONCLUSIONES

Un nuevo sistema político requiere un nuevo rostro jurídico. La convocatoria para un Congreso Constituyente es una necesidad social para reordenar las instituciones de la República.

Sin embargo, la creación de una nueva Ley Fundamental debe estar acompañada de una nueva cultura política donde se destie-ren el presidencialismo con su inevitable concentración de poder, la falta de división de poderes, el abstencionismo y la impunidad que protege a los gobernantes y ciudadanos corruptos.

Hacer ver claramente la importancia de una nueva Constitución reforzará la apertura democrática, la vida republicana, el federalismo, la libertad de prensa y la participación de la sociedad.

Crear una nueva Constitución no es dar la espalda a nuestra historia, es asumir sus experiencias para ver de frente, cara al siglo XXI. De no hacerlo quedaremos atrapados en crisis recurrentes.

Para un sistema político nuevo, leyes nuevas con hombres con ideas nuevas.

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Ramón SÁNCHEZ MEDAL

Cuando en un caso concreto dos o más personas quieren que se defina de manera definitiva y con certeza una determinada relación jurídica dudosa que entre ellas existe tienen que recurrir a la autoridad judicial para que declare cuál es la voluntad de la ley en ese caso concreto y para que sustituya la *res dubia* que le plantean las partes por la *res judicata* que ella emite.

Esta tarea es la que se lleva a cabo por los tribunales judiciales a través de la *jurisdicción de conocimiento* que culmina con la sentencia ejecutoriada.

Pero en el orden jurídico, como en el orden de la naturaleza, es posible recurrir a la *ficción* con el fin de imaginar para efectos prácticos que existe algo que no ha existido, es decir, aceptar como cierto para que produzca efectos jurídicos un determinado acto jurídico que en realidad no ha existido.

Es lo que sucede en el caso de la adopción donde se tiene como cierta para que produzca efectos jurídicos una relación de paternidad que no ha existido en la realidad.

Es también lo que acontece con el grupo de contratos destinados a la definición o esclarecimiento de una relación jurídica incierta, porque en ellos el acuerdo de las partes produce los mismos efectos jurídicos que si hubiera existido una sentencia ejecutoriada que en la realidad no ha existido.

Por ello, en el contrato de transacción, que es uno de esos dos contratos destinados a la definición o esclarecimiento de una relación jurídica incierta, las partes declaran y aceptan que se tenga a

su acuerdo de voluntades como si hubiera existido una sentencia ejecutoriada que no ha existido en la realidad.

Sucedec también lo mismo en el compromiso arbitral, que es el otro de esos dos contratos destinados a la definición o esclarecimiento de una relación jurídica incierta, dado que también aquí opera una *ficción*, por cuanto que el laudo arbitral produce los mismos efectos que hubiera producido una sentencia ejecutoriada que en la realidad no ha existido.

En estos dos contratos, en el de transacción y en el compromiso arbitral, porque su destino es hacer desaparecer una determinada relación jurídica incierta y sustituirla por una relación jurídica cierta, no se admite alegar el error de derecho, porque de aceptarse ello, se destruiría la esencia misma de esos contratos que se proponen definir y dar certeza en una determinada relación jurídica dudosa; sería tanto como querer certeza y al mismo tiempo incertidumbre en una dudosa relación jurídica.

Una vez establecido que el laudo arbitral no es sino la ficción de una sentencia ejecutoriada, se puede examinar en qué casos y por qué causas puede impugnarse un determinado laudo arbitral.

Para analizar esta situación hay que desentrenar antes el contenido jurídico del compromiso arbitral o acuerdo de arbitraje.

Hay casos en que la actuación de las partes en un determinado contrato implica la existencia de un *mandato implícito*, es decir, de un contrato de mandato que no lo declaran expresamente las partes, pero que en realidad lo celebran.

Cuando en el acto de celebrarse el contrato de fianza entre el fiador y el acreedor, concurre el deudor para dar a entender su conformidad, se reconoce por la doctrina que existe la figura de un *mandato implícito* por cuanto que el deudor prácticamente está encomendando al fiador que efectúe el pago al acreedor, en caso de que el mismo deudor no lo haga.

Otro caso es el previsto en el artículo 2251 del Código Civil relativo al contrato de compraventa en el que las partes encomiendan a un tercero que fije el monto del precio que el comprador debe pagar al vendedor. Dicho tercero no es un árbitro porque ni antes, ni después de celebrarse el contrato, existe de por medio una controversia jurídica a decidir entre el comprador y el vendedor tampoco es un dictamen pericial, porque su resolución no es

una simple opinión técnica, sino que es una definición jurídica que vincula al comprador y al vendedor ya que dicho tercero ha sido considerado como un mandatario doble del vendedor y el comprador a la vez. Hay aquí también un *mandato implícito* del comprador al tercero y un *mandato implícito* del vendedor a ese tercero.

Un tercer caso de *mandato implícito* nos lo ofrece el secuestro convencional previsto en el artículo 2541 del Código Civil "cuando los litigantes depositan la cosa litigiosa en poder de un tercero que se obliga a entregarla, concluido el pleito, al que conforme a la sentencia tenga derecho a ella", pudiendo también ser, en lugar de dicha sentencia, el laudo que el árbitro emita como culminación de un procedimiento arbitral que se ha tramitado ante él.

Es evidente que en todos estos casos se está en presencia de un *mandato implícito*.

En el compromiso arbitral hay igualmente un mandato dable, un *mandato implícito* que confieren los dos comprometientes al árbitro, para que defina, esclarezca y clarifique una determinada relación jurídica incierta. "Los árbitros al aceptar, dice Roberto de Ruggiero, contraen la obligación de resolver el litigio y quedan obligados para con las partes como mandatarios, pues el mandato les fue conferido por los contrayentes" (R. de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, Traducción, Tomo II, vol. 1, Madrid, 1944, núm. 98, p. 5251).

Nuestra legislación confirma en los artículos 1430 y 1431 del Código de Comercio que la actuación del árbitro es llevar a cabo el *encargo* que le han hecho los comprometientes, al igual que la actuación del mandatario consiste en ejecutar el *encargo* que le ha hecho el mandante de realizar determinados actos jurídicos. Es más, el artículo 1432 del mismo Código expresamente se refiere dos veces al caso del tribunal arbitral que "ha excedido su mandato", o que "excede su *mandato*".

Por ello, el árbitro como todo mandatario debe actuar, por una parte, dentro de las *facultades* que le han conferido sus dos mandantes y, por otra parte, con apego a las *instrucciones* que ha recibido de sus dos mandantes. Esas *facultades* son: ceñirse a definir únicamente las cuestiones concretas que se le han indicado, circunscribirse al "negocio o negocios que se sujeten a juicio arbitral", dice el artículo 616 del Código de Procedimientos Civiles, o

ceñirse a “todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas (las partes), respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, dice a su vez el artículo 1416-1 del Código de Comercio, ésto es, no traspasar los límites de las *facultades* que le han conferido los mandantes; y esas *instrucciones* a su vez son apegarse en su actuación a las reglas de procedimiento que se le han señalado en el compromiso arbitral, y aplicar la ley sustantiva que los comprometientes le indicaron que debía regir el fondo del litigio, es decir, no contrariar en uno y otro de estos casos las *instrucciones* que le han dado los mandantes.

El árbitro puede traspasar las *facultades* que se le han conferido si entra a conocer y resolver cuestiones que no se le han sometido y a su vez puede contradecir las *instrucciones* que se le han dado, si, al hacer el estudio de las cuestiones sometidas a su decisión, no respetó las reglas concretas de procedimiento que las partes le señalaron, como sería, por ejemplo, no admitir las pruebas permitidas o no desahogarlas de la manera indicada en el compromiso arbitral, o bien, si no aplicó la ley sustantiva que le indicaron los comprometientes que debía regir el fondo del litigio, según la frase del artículo 1445 del Código de Comercio.

Cuando se acude por los comprometientes al juez para el reconocimiento u homologación y para la ejecución del laudo arbitral, lo único que se pretende es que el juez proceda como cuando se trata de cualquier contrato a ordenar la ejecución forzada del laudo arbitral.

El acto jurídico que le ha sido encargado por el mandante al mandatario y que éste realiza en ejecución o cumplimiento del contrato, en virtud de que se trata de un acto jurídico de un particular, nunca puede ser impugnado a través de un recurso procesal de impugnación. De la misma manera las actuaciones arbitrales y el laudo arbitral que emite el árbitro, en virtud de que también son sólo los actos jurídicos que le han sido encargados por los dos comprometientes y que realiza él en cumplimiento o ejecución del acuerdo de arbitraje o compromiso arbitral, de ninguna manera puede ser objeto de un recurso judicial de impugnación. Tanto el acto jurídico que realiza el mandatario como las actuaciones arbitrales y el laudo arbitral que emite el árbitro por ser actos jurídicos de un

particular, sólo pueden ser impugnados a través de una acción de nulidad, la cual, cuando se refiere al laudo arbitral puede fundarse únicamente en cualquiera de estos tres motivos: 1) en virtud de que la cuestión sometida a la decisión del árbitro no es de derecho privado porque es de dominante interés público y está fuera del comercio, y debido a ello no puede ser materia de arbitraje, como es, por ejemplo, la validez de un matrimonio, la declaración de filiación o el derecho a recibir alimentos; 2) en virtud de que durante la tramitación del procedimiento arbitral o en las actuaciones arbitrales se infringieron *normas imperativas* que según la ley tienen por fuerza que observarse en todo procedimiento judicial y que por ficción deben observarse en el procedimiento arbitral como si se tratara de un procedimiento judicial, aunque éste en realidad no exista como es “recibir pruebas y oír alegatos si cualquiera de las partes se lo pidiera”, según lo ordena el artículo 619 del Código de Procedimientos Civiles y “tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”, según lo prescribe el artículo 1434 del Código de Comercio; y 3) en virtud finalmente, de que el árbitro se ocupó de definir cuestiones que no fueron sometidas a su decisión y traspasó por tanto las *facultades* que los comprometientes le habían conferido, o bien de que no cumplieron las reglas procesales concretas o no se aplicó la ley que los comprometientes le indicaron que debía regir el fondo del litigio, que a manera de *instrucciones* convencionales plasmaron los dos comprometientes de común acuerdo en el compromiso arbitral o en su caso en la previa clausula compromisoria.

Naturalmente que, como en todo contrato, además de estas tres causas especiales y directas de nulidad del laudo arbitral, pueden afectar la validez jurídica de éste y fundar una acción de nulidad del mismo las causas generales de nulidad de todo contrato, como la incapacidad o los vicios del consentimiento de alguno de los comprometientes o del árbitro mismo.

Una sentencia de primera instancia, para ser ejecutoria y poder decretarse la ejecución de ella, requiere antes de una declaración judicial que la declare ejecutoria de acuerdo al artículo 427 del Código de Procedimientos Civiles, es decir, no basta la existencia escueta de una sentencia de primer grado para que ella sea una

sentencia ejecutoria, sino que es necesario una declaración judicial que así lo establezca.

Asimismo, la sola existencia de un contrato de transacción no constituye la ficción de una sentencia ejecutoriada, sino que es necesario que la autoridad judicial lo apruebe y condene a las partes a estar y pasar por lo convenido por ellas en ese contrato como si se tratara de cosa juzgada, y es sólo en este sentido como debe entenderse el artículo 2953 del Código Civil cuando declara que "la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada". Igualmente también la sola existencia del laudo arbitral no constituye la ficción de una cosa juzgada, sino que es necesario que la autoridad judicial así lo reconozca como tal y lo apruebe, que es lo que constituye la "homologación". Precisamente por ello los artículos 1461 y 1463 del Código de Comercio distinguen entre el *reconocimiento* de un laudo como vinculante para las partes, y la *ejecución* de ese mismo laudo, debiendo considerarse como reconocimiento del laudo la homologación que de él hace el juez, aprobándolo y teniéndolo como vinculante, a fin de que hasta después de ello pueda el mismo juez decretar su ejecución mediante el *exequatur*.

Ordinariamente no es el comprometiente perdidoso o condenado en el laudo arbitral, quien toma primero la iniciativa para impugnar ante el juez su validez jurídica y promover en la vía ordinaria civil o en un incidente mercantil, conforme al artículo 1460 del Código de Comercio, según la materia de que se trate, la nulidad del laudo en los casos en que exista para hacerlo alguna de las causas especiales o generales antes apuntadas. Cuando esto ocurra en el juicio ordinario civil de referencia cabrán oportunamente todos los recursos como en cualquier otro juicio común y corriente, y al final de ellos, en su momento, el juicio de amparo directo contra la sentencia definitiva de apelación. En cambio, cuando ello suceda en el incidente mercantil, no habrá ya recurso alguno que interponer contra la interlocutoria que se dicte según el mismo artículo 1460 del Código de Comercio, y sólo podrá interponerse contra ella el amparo directo ante el Tribunal Colegiado de Circuito, conforme al artículo 158 de la Ley de Amparo.

Por lo común, el comprometiente vencedor que aparezca en el laudo arbitral es quien se apresura a ocurrir ante el juez a solicitar con un simple escrito, acompañado del compromiso arbitral o acuerdo de arbitraje y del laudo arbitral, que se reconozca u homologue éste, es decir, que se declare vinculante para los comprometientes, y se condene a éstos a estar y pasar por él como si se tratara de sentencia ejecutoriada, de cuyo escrito debe darse vista por el juez al otro comprometiente para que en el plazo de tres días pueda producir su contestación y, en su caso, oponga como excepción si existe alguna de las causas de nulidad especiales o generales ya indicadas, puesto que la sustanciación para el reconocimiento u homologación del laudo debe hacerse en forma de incidente, mismo que en materia mercantil se tramita de conformidad con lo dispuesto por el artículo 360 del Código Federal de Procedimientos Civiles al que remite el artículo 1463 del Código de Comercio, y en materia civil se tramita también con apego al artículo 88 del Código de Procedimientos Civiles siendo en realidad idéntico para uno y otro caso la sustanciación del incidente.

Contra la sentencia interlocutoria que se dicte en el incidente no cabe apelación ni recurso alguno propiamente dicho en su contra por disposición del mismo artículo 1463 del Código de Comercio que así lo establece expresamente, y de conformidad también con los artículos 527 y 723, fracción II, del Código de Procedimientos Civiles que disponen que "de todas las resoluciones dictadas para la ejecución de una sentencia no se admitirá otro recurso que el de responsabilidad y si fuere sentencia interlocutoria, el de queja ante el superior", recurso este último que no ataca a la resolución, sino al juez que la dictó y por ello se le conoce con el descriptivo y coloquial nombre de queja-chisme.

El juez ante el cual puede promoverse la tramitación del incidente en cuestión es de primera instancia, o de lo civil, o del arrendamiento inmobiliario o de lo familiar, según la materia, que se hubiere designado en el acuerdo de arbitraje o en la cláusula compromisoria, y a falta de tal designación, el juez de la materia al que corresponda el turno de la computadora de la oficialía de partes.

Por último, como la sentencia interlocutoria que se dicte en el incidente de referencia pone fin al juicio, es aplicable el artículo

158 de la Ley de Amparo para que contra tal resolución judicial pueda interponerse el juicio de amparo directo ante Tribunal Colegiado y no amparo indirecto ante Juez de Distrito.

Hay una polémica cuestión pendiente de resolver y que consiste en saber si, con base en alguno o algunos de los preceptos de la ley sustantiva que se le indicó al árbitro que debía regir el fondo del litigio, podría fundarse acaso la impugnación alegando que esos preceptos o no fueron aplicados o fueron aplicados indebidamente en el laudo, ya que no bastaría para la correcta actuación del árbitro que de una manera genérica se fundara en preceptos de la ley que le indicaron los comprometientes que debía regir el fondo del litigio, sino que deberán entenderse aquí los diversos artículos concretos que contiene esa ley aplicable y que debieron servir de fundamento correcto al laudo. A primera vista puede pensarse que no cabe quejarse de esta aplicación indebida u omisión de aplicación de determinados artículos de la ley que debió aplicarse para regir el fondo del litigio, aduciendo para ello que en materia de compromiso arbitral, al igual que en materia de transacción, no cabe invocar el error de derecho; pero también, en contrario, puede preguntarse con extrañeza que cómo es de aceptar que una sentencia definitiva de apelación en un litigio puede impugnarse a través de un juicio de amparo cuando ha habido omisión de aplicación o aplicación indebida de determinados artículos de la ley aplicable y, en cambio, no cabe combatir indirectamente el laudo arbitral, atacándolo después a través de la interlocutoria que lo reconoció como vinculante y ordenó la ejecución del mismo, aduciendo para ello que hubo incorrecta aplicación o falta de aplicación de determinados preceptos de la ley que los comprometientes indicaron que debía regir el fondo del litigio. La cuestión se reduce, por tanto, a decidir si la garantía individual de legalidad del artículo 14 constitucional debe respetarse sólo en la sentencia definitiva de apelación porque ésta la dicta una Sala del respectivo Tribunal Superior; pero, en cambio, dicha garantía individual de legalidad no tiene que respetarse en un laudo aunque éste sea una ficticia sentencia ejecutoria emitida por un particular como lo es el árbitro.

A mi entender, la solución a tan delicado problema radica en los razonamientos antes expuestos en el sentido de que el laudo

arbitral es el acto jurídico que ejecuta el árbitro en ejecución del doble mandato que le confirieron los dos comprometientes en el acuerdo de arbitraje, y por ello contra los actos jurídicos que realiza un particular como es el árbitro en calidad de mandatario no cabe ningún recurso procesal, ni mucho menos un juicio de amparo sino que el único medio de impugnarlo es la nulidad y por esa razón no cabe plantearse siquiera, a propósito del laudo arbitral, si debe o no respetarse en él la garantía individual de legalidad.

Esta concepción puramente contractual del laudo arbitral que nos viene del Derecho de Roma nos la expone de esta manera la obra clásica sobre Derecho Procesal Romano.

“El acto con el cual éstas (las partes comprometientes) remiten a tales personas (árbitros) la decisión de una controversia es un *pactum* que ha tomado el nombre especial de compromiso *cum-promissum*. Por sí mismo, este pacto no tiene eficacia jurídica es necesario agregar la obligación de ejecutar lo que resuelva el árbitro... el modo ordinario al que se alude siempre en las fuentes, cuando no se habla expresamente de otro, de dar al compromiso la eficacia que no tendría por sí. Se promete por una y otra parte pagar una cierta suma en concepto de pena si no se obedece la decisión del árbitro. Es precisamente esta doble promesa de pena que las partes se hacen recíprocamente, lo que constituye la *compromissio*, de aquí la palabra *compromissum*... si una de las partes infringe el compromiso o desobedece la decisión del árbitro, tendrá lugar la *exceptio pacti* del *pactum de non petando*, establecido desde el principio” (Vittorio Scialoja, *Procedimiento Civil Romano*, traducción de Vincenzo Arangio Ruiz, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1952, pp. 433 y 434).

Bajo la inspiración de este antecedente romano, si se llega a establecer expresamente en el acuerdo de arbitraje o en la cláusula compromisoria que los dos comprometientes confieren mandato irrevocable al árbitro para que, a nombre del comprometiente que resulte perdedor en el laudo, ejecute en favor del comprometiente triunfador los actos jurídicos necesarios para la ejecución del laudo, a semejanza del secuestro convencional previsto en el art. 2541 del Código Civil, y sí, además de ese doble mandato, se pacta una pena convencional para el caso de que el que resulte vencido en el laudo no dé cumplimiento al mismo, se evitarían muchas con-

troversias judiciales, después de haberse dictado el laudo arbitral, tendientes a retardar o a bloquear la ejecución de éste.

Cuando se tomaran estas dos precauciones se conjurarían litigios muy largos que anularían prácticamente las ventajas del arbitraje, litigios que se han suscitado y han hecho que en Italia sea de poca aplicación el arbitraje por esos graves peligros, como lo destaca Ludovico Mortara en su curso de Derecho Procesal Civil (*Commentario del Codice e dalle Leggi di Procedura Civile*, 4a. edición, núms. 34 a 101, pp. 49 a 114).

Antes de terminar es muy importante volver de nuevo a la estructura del compromiso arbitral o acuerdo de arbitraje para destacar la diferencia que se advierte en la concepción jurídica del árbitro que tiene el Código de Comercio y la diferente que aparece en el Código de Procedimientos Civiles.

El Código de Comercio se apega más a la figura romana del árbitro, al estimar suficiente fundarse en el *pactum de non petendi*, pacto de no pedir si indebidamente llega a plantearse ante el juez por uno de los comprometientes la cuestión que por el compromiso quedó sujeta a arbitraje, como aparece en el artículo 1424 de dicho Código, cuando simplemente establece que “el juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas”, sin necesidad de acudir a la ficción hasta el extremo de atribuir al árbitro jurisdicción como lo hace el artículo 620 del Código de Procedimientos Civiles que dispone que “el compromiso produce las excepciones de incompetencia y *litis pendencia*”, y de facultar al árbitro en el artículo 631 para condenar al pago de daños y perjuicios y para imponer multas.

Acerca de este punto, la cuestión de *competencia* del árbitro y la “excepción de *incompetencia*” que puede hacerse valer en el arbitraje mercantil, de conformidad con el artículo 1432 del Código de Comercio, no significa que el árbitro tenga “jurisdicción” y que la *competencia* sea la medida de ella, ya que esta última palabra, como ocurre, por ejemplo, cuando se habla de la *competencia* de una asamblea de accionistas para tratar y aprobar únicamente los asuntos listados en el orden del día anunciados en la respectiva convocatoria sólo quiere decir que al árbitro únicamente le han conferido facultades las partes comprometientes para entrar al es-

tudio y definición de las “controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” que, conforme al artículo 1416l, le hubieren señalado las mismas partes comprometientes en el acuerdo de arbitraje.

El artículo 1445 del Código de Comercio expresa que los comprometientes podrán indicar, es decir, a título de *instrucciones*, la ley que debe regir el fondo del litigio, y que si no lo hacen ellos el tribunal arbitral, “tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable”, en tanto que el artículo 628 del Código de Procedimientos Civiles prescribe en forma muy diferente que “los árbitros decidirán según las reglas del derecho, a menos que en el compromiso o en la cláusula, se les encomendara la amigable composición o el fallo en conciencia”.

Además, como ya se ha señalado antes, el Código de Comercio en los artículos 1430, 1431 y 1432, califica la actuación que lleva a cabo el árbitro como un *encargo* o un *mandato*, precisiones éstas que no aparecen en ningún precepto del Código de Procedimientos Civiles.

Finalmente, al árbitro en materia mercantil se le reconoce mayor confianza como una muestra de la buena fe con la que los comprometientes han acudido a él para la definición o esclarecimiento de la *res dubia* o relación jurídica controvertida, puesto que en el artículo 1435 del Código de Comercio “a falta de acuerdo”, puede el árbitro “dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado”, incluyendo la facultad de “determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas”, y en el artículo 1445 se establece a su vez que “si las partes no indicaren la ley que debe regir el fondo del litigio” el árbitro “tomando en cuenta las características y conexiones del caso, determinará el derecho aplicable”, todo lo cual hace que el árbitro en materia mercantil se aproxime más al árbitro romano que como su nombre mismo lo indicaba, tenía amplitud de arbitrio y de facultades *arbiter dicitur iudex qui totius rei arbitrium et facultatem*.

BIENVENIDOS AL SIGLO XXI REFLEXIONES SOBRE LA GLOBALIZACIÓN, LAS LEYES DE LOS ESTADOS Y LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

Josette SERRATO COMBE

El final del siglo XX, y naturalmente, el inicio del siglo XXI nos hacen necesariamente reflexionar sobre lo que implica el estado actual de las cosas, y la evolución hacia el futuro. Estamos ante un proceso que se ha denominado “globalización”. Se entiende por este concepto el llevar a un plano global (mundial) todos, o casi todos los aspectos de la actividad humana: el vertiginoso proceso de desarrollo de la tecnología y sistemas de comunicación avanzados tales como el Internet —*¡puede afirmarse que es del último lustro!*— han hecho desaparecer las fronteras, si no en el aspecto meramente territorial, cuando menos en el conceptual. Esto obliga a que todos los aspectos de la actividad humana requieren, bajo la pena de quedarse a un lado o al margen de este proceso, una adecuación: es imperativo estar conscientes de que este proceso nos afecta y requiere una actualización constante. Sin temor a equivocarnos, puede afirmarse que estamos en una nueva era: la del *mundo globalizado*.

En el ejercicio de la profesión de abogado, ya sea como consultor o litigante, esto tiene implicaciones profundas. En la concepción clásica, la competencia y la jurisdicción estaban limitados geográficamente; sin embargo, la geografía es algo que no tiene sentido en el mundo del Internet y la globalización. La celebración de todo tipo de actos jurídicos se lleva a cabo ya sin preocupación alguna por la limitación que implica un marco jurídico determinado. En materias tales como: laboral, propiedad intelectual, fiscal, contra-

tos aleatorios (apuestas), publicidad, licencias, responsabilidad civil derivada de actos ilícitos, todo tipo de operaciones financieras: ¿cuál ámbito jurídico protege a los contratantes, o terceros? ¿Ante cuál autoridad jurisdiccional o administrativa se presenta una reclamación, si una operación se realiza “virtualmente” a través de Internet? ¿Se habla ya de un “Derecho cibernético”!

Desde luego, los Estados, muy específicamente los países que conforman la Unión Europea, han reaccionado activamente, mediante la suscripción de tratados o convenciones que contienen regulaciones específicas. La creación y desarrollo de la Unión Europea han ocasionado importantes reformas, de las cuales lo menos que puede decirse es que son revolucionarias y creativas en el ámbito jurídico. Pueden mencionarse, en este aspecto, la Convención de Roma sobre la Ley Aplicable a Obligaciones Contractuales (1980), (la Convención de Roma), la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980), y más recientes, diversas Directivas expedidas por la Unión Europea (v.gr. la Directiva 94/95 —disponible en <http://europa.eu.int/comm/dg15/en>— que entró en vigor en octubre de 1998). Sin embargo, estos instrumentos sólo tienen efectos para los países signatarios, y en la medida de que se complementen con adecuaciones a su legislación interna.

De igual forma, las legislaciones internas de los Estados contienen ordenamientos tendientes a *regular* ciertas actividades que implican necesariamente actividades internacionales, o sea, que trascienden las fronteras formales de cada país, tales como el intercambio comercial, la aviación, las telecomunicaciones, el transporte de fluidos como el gas natural o el petróleo. Pero, ¿hasta dónde puede llegar esta “regulación”? ¿Hasta qué punto puede regularse una “señal” que se origina en algún punto lejano del planeta y se recibe en el territorio nacional, por algún medio, como el Internet sobre el cual no tiene control? Los Estados tienen “soberanía” sobre el espacio aéreo, pero ¿qué ocurre cuando un satélite, que está en el espacio, “invade” con sus señales el espacio aéreo? ¿Tiene límites el espacio aéreo? ¿Ocurre con el espacio lo mismo que con las aguas internacionales, donde ningún Estado ejerce su soberanía? En el aspecto ambiental, ¿qué ocurre jurídicamente cuando un desastre ambiental ocasionado por el hombre, por ejemplo, una

explosión nuclear, afecta a todos los productos agrícolas o animales del planeta? El desarrollo de la biogenética, que cambia los patrones genéticos de las semillas y los animales en formas desconocidas hace pensar en nuevos desafíos jurídicos: ¿cómo opera la responsabilidad extracontractual en estos casos? Observamos que la regulación de estos temas no puede ir más allá de un esfuerzo por ejercer cierto control administrativo cuando la actividad se lleve a cabo por particulares en el territorio nacional, pero hasta cierto límite. En esta nueva era, hay aspectos donde los Estados no pueden actuar mediante la regulación, ni el marco jurídico, con sus mecanismos actuales, es suficiente.

En el campo de la contratación internacional y el derecho privado, las personas privadas han reaccionado también activamente (o han aprovechado la coyuntura), ejerciendo en forma amplia la libertad de contratación, ahora ya sin fronteras que los limiten. Recordemos que la libertad de contratación, en cada sistema jurídico, siempre ha tenido un límite: los derechos de terceros y el orden público. Pero estos principios se desvanecen en la globalización. Así, se ha desarrollado y ha florecido, valga la expresión, una figura que genéricamente puede denominarse como “contrato internacional”. Aun cuando el objeto del contrato sea específico, estos contratos tienen varias características comunes:

a) Una observación preliminar es que se requiere conocer, en los contratos internacionales, cuando menos el idioma inglés, *lingua franca* en el comercio internacional. La primera dificultad del estudioso de estos temas es entender la conceptualización de los términos utilizados en él, sobre todo cuando se encuentra que la traducción literal no corresponde a un concepto equivalente en los sistemas del derecho común de la tradición romana.

Como ejemplos pueden mencionarse:

—Los *positive* y *negative covenants*, que bien puede traducirse como obligaciones de hacer o de no hacer, pero resulta que en el contexto de un contrato, dichas obligaciones de hacer no hacer tienen un peso determinado que acarrea consecuencias diferentes para

cada una, que pueden llevar a la rescisión, terminación, u otra cosa, que se encuentra en otra parte del contrato, con la simple fórmula de que “En caso de incumplimiento de lo estipulado en la cláusula x (relativa a las obligaciones de no hacer (*negative covenants*) —o de hacer (*covenants*), la consecuencia será el vencimiento anticipado, o la rescisión, etcétera.

—Otro concepto relacionado con lo anterior, son los *remedies*—remedios, traducidos literalmente. Éstos son mecanismos previstos en el contrato para “remediar” —subsanan— ciertas situaciones antes de llegar a la rescisión o terminación anticipada. Por ejemplo, “Si una parte deja de pagar puntualmente, está obligada a ... (avisar a su contraparte, o pagará además de lo pactado, la cantidad de..., etcétera. Estas cláusulas no encuentran su equivalente en nuestros contratos, donde el marco jurídico nos indica claramente qué hacer en caso de incumplimientos de cualquier tipo.

—Estos contratos tienen “Capítulos”. En el primer capítulo denominado “Definiciones” se establece un verdadero glosario/diccionario *ad hoc*, que señala con claridad cuál es el alcance y contenido de las palabras utilizadas en el contrato. No sólo se refieren a lo que usualmente contenemos en nuestros contratos en lo relativo a la personalidad de las partes, sino también qué se debe entender, por ejemplo, como “interés”, “lugar de pago”, “día”, “día hábil”, etc. Esto llega al punto de que el Capítulo de definiciones es más extenso que el contenido mismo de las estipulaciones.

b) En su estructura, siguen básicamente un esquema angloamericano.

c) Pretenden ser autosuficientes, en el sentido de que en sus estipulaciones se comprenden, hasta llegar al mínimo detalle, todas las obligaciones y derechos de las partes sin referencia a un marco jurídico concreto; así, no contienen, como nuestros contratos clásicos, una parte de declaraciones y otra de cláusulas, en el entendido de que implícitamente el marco legal concreto suple, o protege a los contratantes en aquellos aspectos no previstos concretamente en el contrato.

d) En consecuencia, se habla de una “ley propia” del contrato, que es la que la voluntad de los contratantes establece. No existe, o se pretende que no existan, los límites del orden público (¿cuál?) o las *bonae mores* (¿de dónde?); y, en cuanto a los terceros, se minimiza el problema, pues, ¿ante quién recurren? No obstante esta aparente libertad de contratación que se quiere irrestricta, las partes en los contratos internacionales, al llegar a la cláusula de ley aplicable, tienden a establecer una ley aplicable como marco jurídico, dejando el resquicio de que esa ley se aplicará en todo lo no previsto específicamente en el contrato, o bien parcialmente a ciertas cláusulas, y en otras a otra ley. Esto hace surgir la figura de ciertas cláusulas denominadas “cláusulas candado” que señalan los límites a la ley aplicable (ver artículo de Otto Sandrock en esta Revista).

e) En lo que se refiere a solución de controversias, normalmente se estipula el arbitraje como medio de dirimir controversias, con el claro propósito de no estar sujeto a las resoluciones de tribunales estatales. De igual forma, se maneja ahora la “mediación” como procedimiento de solución de controversias donde las partes se sujetan a la mediación que se lleva a cabo por juristas destacados y especializados. Pero en ambos el problema grave es la ejecución de las resoluciones o laudos.

En los países de derecho consuetudinario, se ha facilitado más el proceso de adaptación a la globalización; en contraste, los países de derecho escrito (y de estricto derecho), sufrirán en mayor grado el proceso. Estas reflexiones nos llevan a la conclusión de que, como abogados en un país como el nuestro, nos enfrentamos a retos importantes que implican una apertura a la globalización. En cada tema que se nos ocurra, surge la necesidad de realizar análisis jurídicos. Habrá que diseñar, con creatividad e ingenio, nuevos esquemas e instrumentos jurídicos, donde será necesario echar mano de todos nuestros conocimientos y experiencia, para establecer en el campo jurídico nuevos esquemas adecuados a los avances de la ciencia y la tecnología.

¡BIENVENIDOS AL SIGLO XXI!

IN MEMORIAM

JULIO MONTEJANO HILTON (1955-1998)

“Con el deseo de que si me es dado volver a nacer, vuelva a nacer en su casa”. Con estas palabras dedicó a sus padres su tesis profesional presentada en nuestra Escuela en 1992 mi amigo, alumno y, mas tarde, colega Julio Montejano. Estoy seguro, porque lo conocí, que de habersele preguntado hubiera contestado que si le fuera dado volver a nacer volvería a estudiar Derecho y en las aulas de la Libre. La eligió y la Escuela lo escogió para impartir Historia General del Derecho. Murió repentinamente, al atardecer de un día gris de diciembre de 1998. Apenas unos días antes, en la última mesa de la cafetería, el lugar donde con José Manuel Villalpando, Jorge Gaxiola y otros colegas acostubrarnos, en sesudos y divertidos desayunos, componer al mundo, en especial a México nos despedíamos y nos felicitábamos con motivo de la Navidad. Tuvo suerte, la pasó con el Señor. Su tránsito por la Escuela fue tardío pero brillante. Comenzó la carrera a los treinta y un años de vida, con la seguridad de quien sabe lo que quiere y está seguro de cómo conseguirlo. Alcanzó las más altas calificaciones y un promedio superior a 9.5. Al aprendizaje condicionado por la memorización y por la consulta de los apuntes de clase prefirió el estudio, la lectura y la comprensión de los libros, de los artículos de las revistas especializadas, de las fuentes del Derecho que tanto le preocuparon y que fueron el objeto de una tesis recepcional que tuve el honor de dirigir. Aquí planteó una hipótesis audaz y de enorme actualidad, en aras de una mayor justicia: “el grado de justicia que un sistema jurídico logra, está en función directa del número de fuentes formales que lo nutren y en función inversa al grado de jerarquización de las mismas”. Una vez recibido, a las veleidades, caprichos y dependencias del trabajo burocrático antepuso la liber-

tad del ejercicio privado de la abogacía. Fue, porque nos lo arrancó la muerte, un buen abogado y un abogado honesto y libre, lo cual hoy en México es mucho decir. Su interés por la Historia del Derecho lo inclinó a la búsqueda y lectura de obras clásicas y nuevas. Lo mismo festejaba la compra de la *Summa* de Rolandino Pasagero que los volúmenes de comentarios al Código de Derecho Canónico de 1983. Tanto la nulidad del matrimonio como los problemas relacionados con la ejecución de las sentencias —sin duda uno de los problemas más graves del México de hoy— llamaron su atención, y en éste último caso, su preocupación y desaliento. Desde su cátedra continuó la labor de renovación de la historia jurídica emprendida por Jorge Adame hace años. De mente despier-ta y curiosa mucho fue lo que llamó su atención: la historia, el Derecho civil y el internacional privado, la vida política, el humo-rismo, la informática, los libros. Supo ser, dio lo mejor de él; hijo, padre, esposo, hermano, alumno, maestro... y amigo, “un gran amigo”. Fue, además, discípulo fiel. Quien sabe lo que es un maestro, podrá entender el dolor que puede causar su partida y el vacío que deja.

Jaime del Arenal Fenochio

FERNANDO YLLANES RAMOS (1908-1999)

Nace en la Ciudad de México, Distrito Federal, el día 15 de julio de 1908. Después de estudiar la primaria y secundaria en el Colegio Franco Inglés, hace sus estudios preparatorios en el Colegio Francés, que se ubicaba en la avenida Morelos en esta ciudad capital. De 1925 a 1929, estudia la carrera de abogado en la Escuela Libre de Derecho, recibiendo su título profesional el 18 de marzo de 1930.

Don Fernando, como cariñosamente le decíamos, cumplió con creces una vida llena de entereza y valor civil. Defendió con profesionalismo y lealtad a sus representados y pudo enfrentar con valentía los desafíos que la vida le puso enfrente. En las épocas heroicas del inicio del Derecho Laboral en México, representó los intereses del sector patronal y se impuso a posiciones radicales de algunas organizaciones sindicales, luchando siempre con entereza y en defensa del Estado de Derecho. Sin duda, Fernando Yllanes Ramos es un ejemplo de rectitud, cabalidad y de éxito en nuestro campo de acción.

Destaca la actitud de Fernando Yllanes Ramos cuando fue partícipe y actor importante en las discusiones que se tuvieron en el proceso de modificación de la Ley Federal del Trabajo de 1931, que dieron como resultado la nueva Legislación Laboral a partir del 1o. de mayo de 1970.

Desde el año de 1947 fue miembro de la Asamblea y del Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social y miembro durante muchos años de la Comisión para el Reparto de Utilidades, así como de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos, defendiendo siempre los intereses del sector patronal.

En el terreno internacional se distinguió y dio realce a la Abogacía Mexicana, ya que a partir de 1944 actuó como Delegado Pa-

tronal en la Organización Internacional del Trabajo con sede en Ginebra, Suiza, en donde con posterioridad, se convirtió en miembro de su Consejo de Administración.

Fue, con mucho, el abogado decano y consultor de cabecera de la Confederación de Cámaras Industriales de la República Mexicana, fue miembro de la Barra Mexicana, del Colegio de Abogados y del ilustre y Nacional Colegio de Abogados, de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, de la Academia Mexicana de Derecho Internacional, por citar algunas instituciones colegiadas en el país, y sirvió como profesor titular del primer curso oficial de Derecho del Trabajo en la Escuela Libre de Derecho.

La Barra Mexicana, Colegio de Abogados, le otorgó el Premio Nacional de Jurisprudencia en el año de 1995. En esa ocasión, Jorge de Presno, recalcó de Don Fernando el que "...en forma permanente ha dedicado su vida a combatir los abusos y malas prácticas en el Derecho Laboral y exigir siempre justicia".

En el terreno familiar, Fernando Yllanes Ramos, fue un esposo ejemplar y padre amoroso. Como da testimonio Jorge Gaxiola, "...el tío Fernando es la imagen viva del esposo ejemplar y una persona catalogada como extraordinario ejemplo a seguir".

Fernando Yllanes Ramos pasó a mejor vida el 6 de mayo de 1999. El foro mexicano perdió uno de sus caballeros y luchadores más aguerridos, honorables y distinguidos. Descanse en paz.

Luis M. Díaz Mirón A.

VÍCTOR MANUEL ORTEGA EL HOMBRE Y EL MAESTRO (1913-1999)

Era el año de 1960, cuando tuve la oportunidad de conocer al maestro don Víctor Manuel Ortega, por muchos años profesor de la importantísima materia de Garantías y Amparo en la Escuela Libre de Derecho. Lo conocí porque me hizo el honor de invitarme a colaborar en su prestigioso bufete profesional; consecuentemente, tuve la oportunidad de tratarlo desde el primer año que cursé en la Escuela.

Ser pasante del despacho del maestro Víctor Manuel Ortega, antes de ser su alumno, me permitió conocerlo como persona y como jurista, y de paso, me ayudó a consolidar mi relación de noviazgo con la también pasante del despacho, la actual abogada María Teresa Estrada Vega, compañera de mi Escuela y de la Escuela de mi vida. Desde luego, don Víctor Manuel nos hizo el honor de ser testigo en nuestra boda.

Don Víctor Manuel fue un ser humano excepcional, amantísimo esposo de doña Alicia y excelente padre de Gustavo Adolfo y de Susi, a los cuales también traté mucho, pues el maestro, no obstante mi juventud, me invitaba a comer a su casa con alguna frecuencia al concluir la jornada laboral matutina.

El maestro Ortega era admirable como jurista; sereno, reflexivo y analítico al estudiar los problemas que por el libre ejercicio de la profesión tuvo que atender siempre con gran éxito. Sin embargo, su actuación en los tribunales era implacable. Los absolventes de posiciones, los testigos y hasta los peritos entraban en verdaderas crisis nerviosas cuando eran repreguntados por el maestro. Su trato con los jueces y magistrados era invariablemente respetuoso, pero muy firme.

Recuerdo una ocasión en que el maestro me instruyó para que le acompañara a la entonces Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en ese tiempo estaba integrada por los eminentísimos juzgadores Mariano Azuela, Rafael Rojina Villegas, Gabriel García Rojas, Mariano Ramírez Vázquez y José Castro Estrada. La experiencia fue inolvidable, cómo aprendí ese día aunque les parezca increíble a las generaciones actuales, yo vi al maestro Ortega discutir los proyectos de sentencias que previa y abiertamente le había entregado el ministro ponente, y, los grandes juristas Ministros de la Corte mencionados, escuchaban sus argumentaciones a favor o en contra del proyecto antes de que éste se convirtiera en ejecutoria. ¡Así eran aquellos tiempos!

Desde otro punto de vista, el hombre era extremadamente sencillo, tenía plática de todo y para todos. Desde filosofía, historia, cultura general, hasta fútbol y toros, nada se le escapaba. Frecuentemente, íbamos a tener nuestras "charlas de café" en la cafetería del entonces modernísimo Hotel Cristóbal Colón, que era el lugar más aceptable en quinientos metros a la redonda de la escuela, que entonces tenía su casa en Basilio Vadillo cuarenta y tres.

En el año de 1963 acudí a su cátedra de Garantías y Amparo, la cual era explicada con un gran rigor metodológico y con abundancia de ejemplos tomados de la vida real, derivados de su intensa vida profesional.

Don Víctor Manuel Ortega llegaba al extremo en su generosidad, pues a todos y a cada uno de sus alumnos año con año, nos regalaba los apuntes de su cátedra con nuestro nombre y el número de ejemplar; eran apuntes mimeografiados en papel de primera calidad y entregados a cada uno de nosotros que los recibíamos y aún conservamos con auténtica devoción y como perenne presencia del ilustre maestro.

Es muy importante destacar que don Víctor Manuel fue uno de los alumnos más queridos del Maestro Emérito, Rector Honorario y símbolo de nuestra Escuela, Don Manuel Herrera y Lasso. Durante muchos años colaboró con el ilustre constitucionalista como sinodal en sus exámenes ordinarios de Derecho Constitucional.

Muchos y de muy distintas generaciones hemos sido los alumnos que quisimos y seguimos a Don Víctor Manuel Ortega, sin

embargo, es de justicia destacar el cariño filial que tuvo para con él Gerardo Perdomo Cueto, distinguido abogado egresado de nuestra Institución.

Mauricio Oropeza y Segura

ARMANDO OSTOS LUZURIAGA (1914-1999)

El licenciado Armando Ostos Luzuriaga, a quien con cariño llamábamos “Bolino”, ha dejado de estar entre nosotros.

“Bolino”, fue maestro de más de cincuenta generaciones a las que impartió la cátedra de Garantías y Amparo, tanto en su alma mater, la Universidad Nacional Autónoma de México en la que ejerció la docencia durante treinta y cinco años y posteriormente en esta Escuela Libre de Derecho en la que lo hizo durante veinte años.

En todos estos años el maestro Armando Ostos Luzuriaga, con gran cariño para sus alumnos y su reconocida sencillez, les enseñó todas las características de nuestra Constitución y la correcta aplicación del Juicio de Amparo. Era indudablemente una extraordinaria persona con un excepcional don de gentes, vocación de entrega y permanente alegría de vivir.

En los exámenes finales, sus alumnos nunca se presentaron con miedo de reprobare la materia, sino con el temor de defraudar la confianza y lealtad que su maestro les entregó a través de sus charlas universitarias. “Bolino” reprobó pocos alumnos a lo largo de su vida como profesor y esto lo hizo no porque fuera “barco” sino porque sus enseñanzas eran tan claras y oportunas que todos los alumnos terminaban el curso sabiendo Garantías y Amparo.

En su actividad profesional fue un abogado postulante, siempre reconocido como uno de los mejores, apegado a los más altos principios morales. Admirado por maestros, amigos e incluso por sus contrapartes, Don Armando, con esa pasión que lo caracterizaba, hacía suyos los casos que se le encomendaban, preocupándose por prestar a sus clientes sus servicios de la manera más eficiente. Con frecuencia, era también un consejero desinteresado para aquellas personas que, sin tener recursos, lo necesitaban.

El Abuelo, el Amigo, el Maestro, el Compañero; siempre se dedicó a cultivar, a cosechar, a sumar y nunca a restar.

“Bolito”: muchas gracias por enseñarnos que las personas más sencillas y humildes son las más valiosas y admiradas. Siempre te mantendremos en nuestros corazones.

Descanse en paz.

Alejandro Ostos de la Garza

DISCURSOS

DISCURSO DEL SEÑOR LIC. DON MARIO A. BECERRA POCOROBA, RECTOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 1999-2000

Señores miembros de la Junta Directiva,
Profesores y alumnos de nuestra Escuela,
Señoras y señores:

El día de hoy damos inicio formalmente a los cursos correspondientes al octagésimo octavo ciclo escolar de nuestra Escuela.

Aún cuando las circunstancias son radicalmente opuestas a las que circundaban aquel 24 de julio de 1912, cuando se dio vida a la Escuela Libre de Derecho, podemos sostener orgullosamente que la esencia de los ideales que animaron el espíritu de nuestros fundadores sigue siendo la misma: la indescriptible pasión por la enseñanza y práctica del Derecho.

Así, los nombres de Luis Méndez, Emilio Rabasa, Miguel S. Macedo, Manuel Herrera y Lasso y Agustín Rodríguez, entre otros, constituyen paradigmas en la historia jurídica de nuestro país, por su claridad de ideas, su irrestricto compromiso con la legalidad y, sobre todo, por su inigualable calidad de juristas, misma que supieron transmitir con una especial sensibilidad y que constituye un legado incalculable para nuestro acervo pedagógico.

Esto, jóvenes alumnos, antes que un lugar común, significa cabalmente la identidad que imprime nuestra Alma Mater a sus hijos. En toda su fecunda historia, la Libre de Derecho ha demostrado ser referencia obligada en la formación de los mejores abogados de nuestro país, los que con indiscutible rigor científico y profesional nutren el amplísimo foro mexicano. Esta característica, sin

embargo, no es la única que distingue a los egresados de nuestra Escuela, los mismos también obtienen en las aulas una particular formación en su carácter que imprime el compromiso de ser implacablemente competitivos y sensibles a los ideales de justicia.

Estoy cierto, además, que esta manera de ser que la escuela enseña a sus alumnos, y que constituye la pequeña gran diferencia entre ella y otras instituciones de enseñanza del Derecho, está presidida por un complejo código de valores emanados de su historia y sus tradiciones y que indiscutiblemente informan y conducen el actuar de autoridades, profesores y alumnos.

Por si fuera poco, nuestra Escuela basa también su éxito en la independencia de cualquier vínculo identificado con el poder público o credo religioso, característica peculiar en nuestro país, que ha hecho que los abogados egresados de sus aulas sean verdaderamente independientes y libres. Asimismo, los profesores que esforzadamente imparten sus cátedras en la Escuela, no reciben remuneración alguna, lo que permite mantener las cuotas en un nivel sumamente asequible en comparación con la mayoría de las instituciones de enseñanza privada en nuestro país, logrando con ello evitar una formación elitista del Derecho.

Por todo ello, y ante los desafíos que enfrenta un México cada vez más plural y encauzado en la dinámica que impone la modernidad, estimo necesario plantear algunas reflexiones en torno al papel que la sociedad mexicana, nuestro país, exige a la Escuela Libre de Derecho y a sus egresados en esta convulsiónada etapa que nos toca vivir como protagonistas del fin del milenio.

Es mi convicción que, en el contexto de la educación superior de nuestro país, nuestra Escuela está asumiendo las medidas necesarias para afrontar los nuevos escenarios donde el Derecho se desenvuelve. Para nadie es nueva la problemática que desencadenan la globalización económica y política, la tecnificación y creación de nuevos instrumentos de contratación, el marco jurídico que regula los procesos electorales y políticos, la crisis del concepto de soberanía, la dignidad del ser humano, y, en fin, la infinidad de situaciones inéditas en las que el Derecho indefectiblemente tendrá que regir.

En ese sentido, la revisión del plan de estudios, la modernización de la biblioteca, la adquisición de equipo electrónico y el análisis

sobre la consolidación de nuestros estudios de posgrado —entre otros— son las tareas prioritarias a que nos hemos avocado.

No cabe duda que la Escuela tiene un prestigio que cuidar, y más que eso, engrandecer, pero ello no puede lograrse a costa de la inercia que traen aparejados 87 años de historia. Al efecto —hace casi un año— cuando tomé posesión del cargo que hoy ostento, expresé mi voluntad de provocar un replanteamiento de los instrumentos con los que la Libre enfrenta el delicado reto que implica la enseñanza del Derecho.

En efecto, hoy más que nunca estoy convencido de que el modelo educativo planteado en 1912, seguramente no sea el óptimo para una generación que ha vivido y vivirá en una época totalmente distinta a la de entonces. Queda claro, que si bien la oferta educativa de la escuela no es la condición *sine qua non* para su existencia, es necesario comprender que de aquella depende, en gran medida, la calidad de nuestros abogados.

Entonces, y como ya lo he mencionado, lo verdaderamente esencial de nuestra Escuela consiste en el conjunto de características que se han reunido para conformar el sistema de la Libre: Anualidad y oralidad de los exámenes ante un Sínoo conformado por tres sinodales, gratuidad en la impartición de la enseñanza y, en fin, un sistema basado en un estricto rigor académico.

Las autoridades de la Escuela Libre de Derecho estamos trabajando incansablemente por proporcionarles a ustedes, las generaciones que año con año nutren a nuestra institución, las herramientas indispensables para que su desarrollo académico sea óptimo.

Por otra parte, ahora quisiera referirme a lo que la escuela espera de ustedes como sus alumnos, en especial, a los de nuevo ingreso.

Al respecto, tendría que decir, en primer lugar, que la Libre representa la clara prevalencia de una enseñanza sustentada en una actitud de autoexigencia de los alumnos. No tan sólo el orden y la disciplina de la escuela quedan confiados al honor de aquellos, sino también la responsabilidad respecto del estudio paciente y exhaustivo que requiere cada materia del programa de estudios. Solo así se entiende que el nivel de preparación de nuestros egresados aglutine las precisas directrices fomentadas por el profesor y, al mismo tiempo, ese aprendizaje interactúe con las inquietudes propias de quien inicia su andar por esta complicada ciencia.

También, como miembros de la comunidad más importante de la Escuela, la de los alumnos, quiero recordarles que están comprometidos a tomar una participación activa respecto a las actividades que se emprendan en aras de la excelencia académica.

Recuerden, que sólo la diversidad de ideas, de métodos y perspectivas, enriquecen el saber adquirido en las aulas y por consiguiente, el punto de vista que prevalezca en una determinada situación jurídica controvertida. Eso señores, créanme, que les será de invaluable utilidad en su ejercicio profesional.

Pero quizá el punto medular de su compromiso con la Escuela sea el de estudiar, aplicar y, en su caso, crear un Derecho consciente y solidario con las causas justas. Una visión jurídica que prescindiera de parámetros de justicia o equidad, será siempre corta, insuficiente, indigna de quien se dice abogado de esta Escuela.

Por ello, los exhorto a que emprendan sus estudios desde una perspectiva interdisciplinaria, tolerante, plural, pero sobre todo, escrupulosos con el gran reto que tienen en su horizonte: El de preservar, desde la esfera de su propia responsabilidad, el gran prestigio que tiene esta casa de estudios.

Solo así, podremos lograr la continuidad de un proyecto que surgió como producto de la valentía precisamente de un puñado de alumnos inconformes con el autoritarismo y desidia que dominaba en la Escuela Nacional de Jurisprudencia y que después de 87 años, ha rendido los mejores frutos posibles.

En mi carácter de Rector de la Escuela Libre de Derecho, quiero reiterarles mi disposición para escuchar, encauzar y, en su caso, resolver sus propuestas. Estoy absolutamente convencido de que la interacción recíproca de alumnos, profesores y autoridades es un paso firme para seguir recorriendo el arduo camino que nos espera en el futuro.

Sólo me resta desearles el éxito en este ciclo escolar que hoy empieza y hago votos por que sea un año lleno de trabajo y éxito para esta nuestra querida Escuela.

Muchas gracias.

DISCURSO DEL SEÑOR LIC. DON CARLOS SODI SERRET, PROFESOR DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO EN LA CEREMONIA DE INAUGURACIÓN DE CURSOS 1999-2000

Señor abogado don Mario Becerra Poceroba,
Rector de la Escuela Libre de Derecho.

Señores vocales abogados don Ismael Gómez Gordillo,
y don Jaime del Arenal.

Compañeros, profesores y alumnos.

Señoras y señores.

Con infinito gusto recibí la proposición de formular el discurso de apertura de cursos de este nuevo ciclo escolar 1999-2000. Sinceramente nunca lo había anhelado, y por ende jamás buscado. Sin embargo, la Divina Providencia, o quizá simplemente el azar me ha concedido el privilegio de dirigirme a ustedes.

Ni remotamente he caído en la vanidad de considerarme representante, sin mandato, de mis buenos amigos, compañeros de cátedra, porque ellos no me eligieron. No obstante en alguna forma considero que ustedes sentirían la misma emoción que ahora me invade.

Este es el octogésimo octavo año en que se repite la ceremonia de bienvenida a los muchachos de nuevo ingreso, y la salutación efusiva para los que ya se encuentran en cursos superiores, y desde luego para los maestros. La palabra de los que me precedieron, indudablemente superior a la mía, cuando lo reflexioné, me hizo caer en cuenta que no debía intentar compararme. También me impedía repetir ideas mejor expresadas, pero a la vez me obligaba a recordar los motivos que dieron origen a nuestra Escuela Libre de Derecho.

No podemos negar que somos hijos de la Universidad Nacional de México. Ella que tantas vicisitudes ha sufrido, y que a estas fechas somos testigos de sus actuales dolencias. Su antecedente inicial data de la Cédula de 21 de septiembre de 1551, dictada por Carlos V, pero firmada por su hijo Felipe II, que la creó como Real Universidad. Inició sus labores hasta 1553. Su primer Rector fue el oidor don Antonio Rodríguez de Quezada, estableciendo como cátedras las de teología, escritura sagrada, teología eclesiástica, cánones, instituta de Justiniano, leyes, artes, retórica y gramática. Su capital inicial fue de mil pesos oro. Al principio acometió con buen éxito los objetivos para los que fue creada, pero pronto decayó a grado tal que en 1574 se decía que está "...tan flaca y desautorizada, que antes parece que va en disminución que en acrecentamiento...". Con objeto de que la Iglesia Católica mantuviera su influencia en la Nueva España, el Papa Clemente VIII expidió en 1595 las bulas que la acreditaron como Pontificia. Las órdenes eclesiásticas interesadas en administrarla, le impusieron un gran número de materias religiosas aplicadas indiscriminadamente para toda clase de estudiantes, fueran sacerdotes, abogados, médicos, etcétera. Hacia 1780, tres décadas antes de nuestra independencia, su cansancio la ahogaba. Los seminarios jesuíticos le habían robado el mercado de la enseñanza, y no pocos como autodidactas se preparaban, y sólo acudían a la Universidad para sustentar el examen final, y obtener el título correspondiente. Digamos que fueron los pioneros del aprendizaje abierto.

Justo Sierra expuso que la Universidad Colonial: "...ni supo ni pudo abrir puertas y renovar su aire, y fueron los seminarios los que prepararon la emancipación filosófica, o con libros clandestinamente importados, las grandes almas de los insurgentes de 1810." Los grupos políticos posteriores, monárquicos, masones y religiosos le impusieron los vaivenes y como manifiesta el ilustre hijo de esta Escuela, Edmundo O'Gorman, "...suprimida por odio contra lo colonial, reinstalada por odio ante quienes la suprimieron, ya no pudo escapar al toma y daca de los partidos...". Santa Anna, con la vicepresidencia de Gómez Farías, es quien primero la clausura el 21 de octubre de 1833. El mismo Santa Anna, la reabre el 31 de julio de 1834. Ignacio Comonfort la vuelve a clausurar el 14 de septiembre de 1857. Se reapertura por Félix Zuloaga el 5 de

mayo de 1858. Benito Juárez la cierra el 23 de junio de 1861, y brevemente se reinstala durante la invasión francesa de 1863, hasta que Maximiliano I la clausura definitivamente el 11 de junio de 1865, consecuente con el decreto de Comonfort, que había recomendado una profunda reforma universitaria, además de que las ideas del Emperador de México en relación a lo religioso no eran las suyas, quien más simpatizaba con las liberales. Así se inició una etapa no bien definida de la educación superior en el país, y los estudios profesionales en general si bien no desaparecieron, quedaron desarticulados, pero no por eso podemos decir que fue época de tinieblas y oscurantismo, pues resalta como acontecimiento muy importante la fundación de la Escuela Nacional Preparatoria en 1867. En el porfirismo la soberanía de los Estados era un obstáculo para aplicar medidas generales dentro del campo de la educación elemental, la que se logró hasta el 19 de mayo de 1896, por la iniciativa de José Y. Limantour, Pablo y Miguel Macedo y don Joaquín Baranda, cuando se expidió la ley que previó la instrucción primaria básica en el Distrito y Territorios Federales.

Justo Sierra de 1881 a 1910, tuvo relevantes intervenciones promoviendo la creación de la Universidad, labor a la que se unió Ezequiel Chávez, pero sus frutos no se vieron sino hasta el 26 de mayo de 1910, en que el general Díaz publicó la Ley Constitutiva de Universidad Nacional de México, integrada por las Escuelas de Preparatoria; de Jurisprudencia; de Medicina; de Ingenieros; de Bellas Artes, que incluía a las de Arquitectura y de altos estudios. El rector sería nombrado por el Ejecutivo Federal durando en su cargo tres años. Así pues, en solemne ceremonia, como uno más de los festejos del centenario, con asistencia del Presidente de la República, el 22 de septiembre de 1910 se inauguró la Universidad Nacional de México. Su primer rector fue Joaquín Eguía Lis, a quien han calificado de cauto y discreto porque le evitó a la Universidad un buen número de conflictos.

El 25 de mayo de 1911 dejó la presidencia el general Porfirio Díaz, no obstante que el 27 de septiembre anterior, el Congreso lo había declarado reelecto, y el 10 de diciembre había tomado posesión para el nuevo sexenio, pero con el levantamiento de Francisco I. Madero con el Plan de San Luis y la toma de la Plaza de Ciudad Juárez el 10 de mayo de 1911, Díaz y el vicepresidente

Ramón Corral firmaron los tratados de paz por los que renunciaban a sus cargos, el del primero fue tomado como Presidente Interino por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores Francisco León de la Barra, el que preparó las elecciones en las que triunfara Francisco I. Madero, y lo ejerciera del 6 de noviembre de 1911 al 18 de febrero de 1913.

El docto abogado, pero despegado de cuestiones universitarias Luis Cabrera, revolucionario simpatizante de Madero, fue designado Director de Jurisprudencia, y sus primeras medidas se consideraron autoritarias. Vistas en el transcurso del tiempo y del equilibrio que da la vida, no eran malas decisiones, pero sí fue pésimo el procedimiento seguido. Lo peor del asunto, es que Cabrera, sin ambages, declaró que su estadía en la Universidad, era un simple peldaño político. Los estudiantes realizaron una agresiva protesta encabezados por Ezequiel Padilla. Cabrera no tuvo temor, y en unión con Pino Suárez, vicepresidente, a la vez que encargado del Ministerio de Instrucción Pública, de la que dependía la Universidad, sosteniendo el principio de autoridad, determinó enfrentárseles. Los estudiantes organizaron un comité de huelga en el cual ya intervino el entonces estudiante. Manuel Herrera y Lasso y organizaron una manifestación por las calles de Coyoacán.

El conflicto parecía no tener importancia, y mucho menos se consideraba que los estudiantes triunfaran. Aquellos jóvenes, imbuidos del espíritu libertario de esas épocas, pidieron y obtuvieron audiencia presidencial en la que Madero no les resolvió sus peticiones; Cabrera logró la clausura provisional de la escuela, más los muchachos antes de ser expulsados renunciaron a su matrícula universitaria. En un principio consideraron llevar cursos independientes para después reincorporarse a su alma mater. Sin embargo, la idea de crear una Escuela Libre, es decir, sin ataduras al Gobierno que sojuzgaba a la educación dependiente de cuestiones políticas y limitaciones de cátedra, y probablemente de algunas otras más, fue germinando en aquellos inquietos e inteligentes muchachos, los que se acercaron a sus grandes maestros para solicitarles su participación en tan ambicioso plan.

Los rebeldes eligieron a sus profesores de entre lo mejor del foro mexicano, hubiesen sido o no antiguos maestros, y se acogieron al conocimiento, experiencia, prestigio y generosidad de todos

ellos, particularmente de Agustín Rodríguez, Pablo y Miguel S. Macedo, Emilio Rabasa, Luis Méndez y Demetrio Sodi entre otros, el último tío del que ahora les habla.

No me resisto a dejar de citar a Gustavo R. Velasco, que cuando Rector, pronunció ante los Rotarios el 17 de julio de 1962, las siguientes palabras: "...A la intransigencia de un director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, a la insatisfacción generada por el hecho de que su nombramiento más parecía recompensa por servicios políticos, que aquilatación de sus méritos como jurista, sucede una fermentación, un movimiento que va creciendo, y enardeciéndose como insensiblemente y por momentos. Después del proyecto de organizar unos cursos libres, surge la idea casi espontánea y por sí sola, como respondiendo al ambiente de liberación y confianza en que se vivía, de fundar una nueva escuela, totalmente independiente y dedicada de modo exclusivo a la enseñanza. En vez de desplantes y violencia, en vez de motines y algazaras, los jóvenes rebeldes dan el ejemplo a México de reconocer lo que son, esto es, estudiantes inteligentes y culturas en formación, y con una madurez que los honra acuden en solicitud de apoyo y consejo a los miembros más respetados del foro nacional..."

Cuánto bien harían que inteligencias como las de esos inquietos muchachos de 1912, existieran en la actualidad. No estaríamos viendo los ataques y atracos de que han hecho objeto y víctima a la UNAM, que en lugar de diálogo y cordura, emplean violencia y ofensa. En lugar de buscar el modo de estudiar se lo impiden a ellos y a los que quieren hacerlo. ¡Qué diferencia tan enorme de aquellos a éstos!

Se programó para el 19 de julio de 1912 la fundación de la Escuela Libre de Derecho, pero tal acto no se llevó a cabo sino hasta el 24 del mismo mes y año. Según datos que se conservan, se inscribieron 241 entre alumnos numerarios (160), y supernumerarios (81).

El Rector Honorario fue Luis Méndez, y la Junta Directiva para el primer año escolar se integró por los licenciados Agustín Rodríguez, extraordinario civilista, Francisco L. de la Barra, ex-presidente de la República, diplomático e internacionalista, y el insigne constitucionalista Emilio Rabasa. El cuerpo de profesores se integró por los licenciados Antonio Caso, para Sociología; Ignacio Bravo Betancourt, Primero de Civil; Luciano Wiechers, Primero

de Economía; Francisco de P. Cardona, Segundo de Civil; Carlos Díaz Duffoo, Segundo de Economía; Agustín Hurtado de Mendoza, Primero de Procedimientos Civiles; Pedro S. Azcué, Primero de Romano; Agustín Rodríguez, Tercero de Civil; Miguel S. Macedo, Primero de Penal y Procedimientos Penales; José Natividad Macías (quien después fuera miembro del Constituyente del 17), que impartió Segundo de Procedimientos Civiles; Manuel Dávalos, Segundo de Romano; Jorge Vera Estañol, Mercantil; Francisco León de la Barra, Internacional Público; Manuel Escalante, Internacional Privado; Manuel F. de la Hoz, Segundo de Penal y Procedimientos Penales; Abraham A. López, Tercero de Procedimientos Civiles; Emilio Rabasa, Constitucional; Agustín Garza Galindo, Administrativo; Eduardo Pallares, Síntesis del Derecho; Demetrio Sodi, Casos Selectos; y José María Lozano, Oratoria Forense. Total veintiuno. Sin lugar a dudas, los mejores abogados de entonces fueron los padres de nuestra Escuela.

Me atrevo a proponer que los nombres de todos ellos se inscriban con letras de bronce en algún muro privilegiado de nuestro edificio, porque es de elemental justicia hacerles patente nuestro agradecimiento.

Injusto sería omitir que el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados, el más antiguo de América, recién fundada la Libre aceptó ser su patrocinadora, por acuerdo de 26 de septiembre de 1912, bajo el cual hasta la fecha hemos permanecido, sin olvidar que entonces fue nuestro defensor, protector y amparador.

Recién nacida la Libre de Derecho fue testigo de los efímeros gobiernos revolucionarios de 1913 a 1920, en que siete presidentes entre interinos, constitucionales y provisionales mandaron en México, como fueron Pedro Lascuráin Paredes, quien posteriormente también ocupara la rectoría de nuestra Escuela; Victoriano Huerta Ortega en su abyecto interinato, Francisco S. Carbajal, Venustiano Carranza, Eulalio Gutiérrez, Roque González Garza y Francisco Lagos Cházaro.

En la época posrevolucionaria, de 1920 a 1934, estuvieron los seis siguientes: Adolfo de la Huerta, Álvaro Obregón, Plutarco Elías Calles, Emilio Portes Gil, egresado de la Libre de Derecho, concluyendo esta etapa de nuestra historia con Pascual Ortiz Rubio y Abelardo Rodríguez.

En lo que han sido los sexenios de 1934 a 1999 hemos tenido once presidentes, empezando por Lázaro Cárdenas, seguido por Ávila Camacho, Miguel Alemán, Adolfo Ruiz Cortines, López Mateos, Gustavo Díaz Ordaz, Luis Echeverría, López Portillo, Miguel de la Madrid, Carlos Salinas y Ernesto Zedillo. De ellos López Mateos, el Adolfo joven, y De la Madrid, han asistido a ceremonias de nuestra Escuela conmemorativas de su fundación y a Gustavo Díaz Ordaz le debemos la donación de las instalaciones actuales de nuestra Escuela, al igual que a Zedillo el vetusto edificio, ahora en vías de remozamiento, en donde ubicaremos la biblioteca.

Así pues la vida de la Escuela, que siempre ha sido celosa de no contaminarse de política y mantener su libertad, ha coexistido con 24 presidentes de la República.

La Universidad Nacional Autónoma de México, es indudablemente madre de la Libre de Derecho, y ésta, a través de dos de sus egresados, Emilio Portes Gil, Presidente provisional de diciembre de 1928 a febrero de 1930, y de Ezequiel Padilla su Secretario de Educación, en ley de 22 de julio de 1929, le reconoció oficialmente su autonomía. De igual manera, en un acto de justicia y por la calidad del profesorado y la competencia de los abogados formados en la Libre, ampliamente aceptados por la sociedad mexicana, se logró la expedición del decreto del 22 de octubre de 1929 que otorgó validez a los títulos hasta entonces expedidos y a los que en el futuro se expidieran.

Pero el camino no había concluido. En 1932 y 1933 la Secretaría de Educación Pública, con Narciso Bassols al frente, volvió a atacar a través de un Reglamento Sobre Revalidación de Grados y Títulos Otorgados por Escuelas Libres Universitarias, lo que fue combatido a través de amparo que ganó la Libre. Sin embargo, la persecución continuó y con el pretexto de haberse derogado la Ley Universitaria de 1929, se estableció que carecía de base la concesión de la Escuela, lo cual motivó nuevo juicio de amparo, cuya sentencia quedó firme a mediados de 1937.

Como dice el poeta, no hay parto sin dolor ni sangre. En cierta forma así fue el nacimiento de la Escuela Libre de Derecho.

Pero en sus casi noventa años de existencia, válidamente consideramos que ya han pasado cuatro generaciones, la primera —como señaló don Ramón Sánchez Medal el 5 de septiembre de 1988 en

ceremonia similar a la de este día—, totalmente desaparecida, la formaron los estudiantes intrépidos que, en 1912, se separaron de la Escuela Nacional de Jurisprudencia para recibir las enseñanzas de los maestros fundadores, para convertirse en los siguientes profesores. La segunda generación se integró por quienes fueron discípulos de aquellos primeros alumnos convertidos en eminentes maestros, de la cual todavía gozamos de la presencia de algunos de ellos. La tercera es la de quienes fuimos alumnos de aquellos que se recibieron a finales de la década de los treinta y hasta la década de los sesenta; y la cuarta generación, que es la actual.

No puedo dejar de mencionar con respeto y veneración a muchos de los que entregaron horas para impartir las clases, trasladarse a nuestra Escuela, prepararse, y agotarse con los extenuantes exámenes. La mayoría han fallecido, pero en esta oportunidad, como un pequeño homenaje, debo pronunciar los nombres, de José Diego Espinoza que impartía Introducción. Su gran pecado era su poca asiduidad, su gran mérito la facilidad para que entiéramos lo difícil de la materia. Mariano Alcocer, que en la claridad de su libro nos hizo entender la Economía, mismo elogio que hago extensivo para Isaac Guzmán Valdivia por sus libros y cátedras de Sociología y del que me precio haber colaborado como su sinodal. Y, desde luego, a aquel tipazo que nos asombró con sus conocimientos, su manejo del latín, su bien timbrada y modulada voz, claridad de exposición y que nos subyugó enamorándonos del Derecho Civil, que fue don Jerónimo Díaz. Su nombre ha trascendido en nuestra Escuela, hasta la fecha a pesar de que su última generación fue la del '57, porque los que fuimos sus alumnos no lo olvidamos. También creo que con él estamos en deuda por no tener ni siquiera un óleo de su efigie.

Imposible olvidar a mi querido don José Becerra Bautista, quien me inculcó la inquietud y amor por el procedimiento. Serví con gran orgullo como su maestro adjunto durante casi dos décadas, además de sinodal. Después de sus 50 años de maestro heredé su cátedra. Sigo siendo su alumno en sus libros, no sólo de Procesal sino de otras cuestiones sobre las que escribió. No tengo palabras para agradecerle al maestro emérito de la Libre, Víctor Manuel Ortega, quien tanto nos enseñara en sus atrayentes charlas en donde nos develara todo el tecnicismo del Juicio de Amparo, así

como lo que son las Garantías Individuales. Aun a estas fechas sus apuntes, casi libros, aclaran conceptos. Me honró con invitarme como sinodal en los exámenes ordinarios a los dos meses posteriores que había recibido mi título. Durante muchos años acudí en su colaboración.

El otro Ortega, don Joaquín, el del último examen de la carrera. Se iniciaba a las ocho de la mañana con tres botellas —como mínimo—, en la mesa de los sinodales, de whisky, cognac y vodka. Afuera nos quedábamos con garrafas del populachero y barato Bacardí. Entrábamos de uno en uno, quizá los primeros todavía cuerdos, los últimos no tanto. Todos aprobábamos. A las dos o tres de la tarde, acababan los reconocimientos. Llegaban los mariachis y el derramar lágrimas por concluir nuestra carrera y seguir brindando nos alargaba la tarde. Muchas fueron las generaciones que así concluyeron su estadía en la Libre.

Con calidad para enseñar y con la chispa de su ironía nos mantuvo don Francisco García Jimeno y determinó nuestro deseo para dedicarnos al Civil, después de descubrirnos la columna vertebral de la carrera en su curso de Obligaciones. El chispeante Felipe Gómez Mont, en Primero de Penal, David Casares Nicolín, en Teoría, quien cuando fue rector me designara maestro de Seminario en cuarto año, de la difícil cátedra “Práctica Jurídica”. Abarcaba toda clase de materias. Era para un todólogo y jamás lo he sido y mucho menos tan tarugo de presumirlo. De los primeros alumnos que tuve a escasos dos o tres años de haber obtenido el título, recuerdo entre otros a Morales Lechuga, Fauzi Hamdam, Ernesto Enríquez o Vázquez Pando. Me hacían sufrir.

Otros de mis maestros fueron Luis Armas Farías en Romano; Raúl F. Cárdenas en Segundo de Penal; Javier Creixell en Segundo de Procesal; Carlos Rovalo y Luis F. Uribe en Tercero de Civil; don Daniel Escalante en Primero de Administrativo; Ernesto Rojas, Internacional Público; Iñigo Laviada de Historia General del Derecho; Guillermo Gallardo Vázquez Internacional Público; Rafael Preciado Hernández en Filosofía; Javier de Cervantes de Historia del Derecho Patrio; Gustavo R. Velasco de Segundo de Administrativo; Piña Palacios en Procesal Penal, y Luis Ruiz Rueda en Seguros y Fianzas. Todos ellos fallecidos. Expresarles mi reconocimiento haría interminable este discurso.

Afortunadamente todavía se encuentran entre nosotros, José Gómez Gordoa, quien se encuentra muy enfermo y eso nos da gran tristeza. Fue excelente explicándonos el Segundo de Mercantil; Manuel Lizardi en todo lo que es el Primero de Mercantil; Jesús Ángel Arroyo Moreno, el de los Seminarios, el adjunto de Amparo, el gran abogado quien fuera sinodal en mi profesional, y por último José Luis de la Peza, de Primero de Romano, quien cuando nos impartía la clase se veía tan joven que en las primeras ocasiones se confundía como uno más de los alumnos.

A propósito me reservé al final a mi queridísimo don Manuel Herrera y Lasso. Como todos sus alumnos fui uno de sus hijos. A todos nos quería y nos tenía paciencia. Sus clases, señaladas a la una de la tarde, empezaban entre dos treinta y tres de la tarde, pero anhelábamos su llegada para embebernos en su saber, del que nunca fue avaro para prodigarlo. Muy amigo de mi padre como seguramente fue amigo de muchos más. Fue mi revisor de tesis y cuando acudí para que me otorgara su voto aprobatorio, al filo del mediodía, me invitó una copa. Decliné por estar siguiendo tratamiento de penicilina ordenado por el médico, pero don Manuel me repuso: "Hijo, si tuviste la debilidad de ver al médico ten la fortaleza de no hacerle caso". En mi examen recepcional, largas fueron las replicas y al final en la que a él le tocaba la inició manifestándome que del prolongado tiempo yo era el gran culpable porque no había cedido en mis puntos de vista, y el mayor elogio que me prodigó fue el de que: "serás buen abogado, tienes criterio jurídico y un excelente maestro en tu padre, pero, además de todo, eres muy necio". Perdón por la vanidad.

Aprovecho la ocasión para mencionar una vez más, en esta Escuela, que quizá sea la última vez que se oigan sus nombres por audiencia tan amplia, a mis compañeros de 1956-1960. En primer término a los que se nos adelantaron de esta vida: Ruben Álvarez Gómez, Alberto Escalante y Cortina, Alberto Cantarell y Ojeda, Ignacio Obregón Mora, Tomás Jiménez Guevara, Isidro Quezada, Roberto Prado, Jaime Laski Laska y Javier Bello. Para ellos son mis oraciones y mis cariñosos recuerdos. Desearles pronto restablecimiento a los capaces y completos abogados Arnulfo Mejía Jiménez, Armando Hernández Romo y Javier Fernández del Castillo, y hago fervientes votos porque les conserve la vida al igual que los

que todavía sentimos estar en plena actividad como Eliseo Espinoza, Roberto Sánchez Jasso, Guillermo Gallardo Mendizábal, Aquiles de Lucio, Alfonso Loya, Gustavo Canseco López, José Guadalupe Álvarez Canelo, Clemente Hernández Parra, Berthita Aarun Porras, Rufino Camacho, Rafael Vargas Paredes, y Elisur Arteaga Nava, excelso continuador en sus libros, clases y disertaciones, de la calidad de los grandes constitucionalistas que ha dado nuestra Escuela. Espero no haber olvidado a alguno, pero en su caso acepten mis disculpas. Para todos mi nostalgia, melancolía y recuerdos de aquellos ayer en los momentos de alegría y en las angustias de los exámenes en los fríos pasillos de Basilio Vadillo 43.

Hoy más que nunca entiendo aquel maravilloso concepto de don Manuel Herrera y Lasso, que por verídico nunca pierde su vigencia. La Escuela es asamblea de muertos y vivos. Así pues, reconozco haber abusado de su paciencia, pero los ilustres que nos precedieron y que tanto hicieron por nuestra institución, de gran valía todos ellos, son invocados frecuentemente, pero aquellos otros que después de recibirse se dedicaron a sus propias actividades, son parte del prestigio que la Libre de Derecho tiene en la sociedad, también a ellos mucho les debemos y por eso he mencionado a más compañeros de ayer.

Los egresados de la Escuela, han ocupado cargos tanto en la esfera pública como en la privada. Hemos tenido un Presidente de la República, varios Secretarios de Estado, Ministros de la Suprema Corte, Procuradores Generales de la República, del Distrito Federal y de los Estados, Senadores y Diputados Federales y Locales, Jueces, Magistrados Federales y Locales. Abogados litigantes al por mayor en todas las materias, sea Civil, Penal, Administrativa, Constitucional, Fiscal, Laboral y Agrario, muchos de ellos exitosos por sus alegatos, respetables, respetados y temidos, a veces también bendecidos en los ingresos económicos. De igual manera, los hay en bancos y financieras, al igual que en el aspecto corporativo, y connotados notarios. Las nuevas generaciones ya incursionan con el mismo triunfo por las nuevas áreas del Derecho en lo ecológico, marcas y patentes, convenios internacionales, arbitrajes, y hasta en las dificultades computacionales, así como corredurías mercantiles.

Es decir, en los 88 años de existencia, nuestra Escuela, cual ya se ha dicho en otras ocasiones, como la parábola evangélica de los talentos, lo que se le proporcionó en su nacimiento lo ha multiplicado. De su inicio a la fecha se han titulado poco más de dos mil setecientos abogados. Muchos han muerto. Somos como un pequeño lunar dentro de los grandes números que han salido de la UNAM y de otras Facultades de provincia. Sin embargo, en alguna forma hemos intentado hacer de México un país más justo. Coincido con Jaime del Arenal, en que a veces nos han desplazado del dialogo por la justicia en este país, pero, en términos generales hemos intentado lo posible para sensibilizar, como maestros, a nuestros estudiantes ante el drama de la injusticia y hemos demostrado nuestra preocupación para definir tan caro anhelo. Procuramos aportar abogados con toda la calidad que ello implica para orientar y asesorar a quienes recurren en auxilio de las iniquidades que les cometen.

A pesar de haber vivido en crisis, desde 1982, continua, recurrente y a veces insalvable, la lucha de los abogados de la Libre no ha decaído. Estoy seguro que las nuevas generaciones continuarán por el derrotero que se ha marcado nuestra Escuela.

Este 1999 es el último año del milenio, en consecuencia este discurso también lo es. Estoy seguro que a futuro otras voces vendrán y dirán cosas más interesantes y mejor expuestas. Sólo me resta recordar lo que don Manuel Herrera y Lasso decía de "que no es maestro el engreído que abrumba a sus alumnos con alardes de superioridad, ni el elocuente que les dice discursos y reclama aplausos. Maestro es el que conoce los caminos y sugiere el derrotero, el que suscita ideas, el que adoctrina en la confianza del diálogo socrático, el que vigila la eclosión del germen, ayuda a su crecimiento natural y enriquece su desarrollo con el injerto de la enseñanza".

Para que existan maestros, se requieren discípulos, ávidos de conocimientos, inquietos, participativos, inquisidores, y con ánimo de asociación con el profesor para obtener conocimientos y lograr el avance en las ideas y las soluciones a los problemas.

En México hay muchas escuelas de Derecho, de las cuales la Libre no sólo es una de ellas si no la mejor. Tenemos calidad de discípulos y de maestros. A los primeros les agrada el reto para demostrarse a ellos mismos que pueden superarlo. Que tienen las

cualidades y aptitudes necesarias. Los que logran aprobar el examen de admisión, que es cuando superan los reconocimientos del primer año de la carrera, le fascina haber vencido el grado de dificultad, y como buenos deportistas, en la competición desean enfrentarse a las siguientes confrontaciones. Así sucesivamente es en los años subsecuentes y así ha sido.

Tenemos el orgullo de la élite. Nos critican por eso. Pero la élite no es más que procurar lo mejor dentro de lo mejor.

Señores maestros, dispensen lo extenso de mis comentarios. Ustedes mejor que nadie han de coincidir en la idea que campea que no es otra más que el orgullo de haber pertenecido como alumno y ahora como profesor en esta Escuela Libre de Derecho. Después de todo, ustedes han de ser reos de los mismos pecados.

Alumnos, jóvenes amigos, para los que ya han pasado algunos cursos en la Libre no les son ajenas mis reflexiones. Para los de nuevo ingreso, llegan con el espíritu, la vanidad y la alegría de que se les hayan reconocido sus méritos para su matriculación. De unos y otros depende el concluir exitosamente su carrera, en la que al final de la misma todos los egresados nos sentimos hermanados, sea cualquier lugar que ocupemos en la vida profesional.

Bienvenidos a este curso 1999-2000. Mis mejores deseos y parabienes.

Muchas gracias.

DISCURSO DE INAUGURACIÓN PRONUNCIADO
POR EL ALUMNO MARCO ANTONIO MARTÍNEZ
MALDONADO, PRESIDENTE DEL COMITÉ
EJECUTIVO DE LA SOCIEDAD DE ALUMNOS
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO.

Allá, en el pasillo central del primer piso, se respira un ambiente de tensión y miedo en el que pareciera que todos están inmersos en un estado de aletargamiento. Sobre la banca, junto a una pila de copias, hay un alumno, muy parecido al que está sentado justo al lado tuyo, este alumno cuidadosamente revisa cada una de sus copias procurando retener en su memoria todos sus fragmentos. Junto a una ventana hay una persona que sin cesar abre y cierra su mano observando su amuleto de la suerte, implorando al santo de su devoción un último milagro. Cerca de él, otro alumno con el rostro desencajado, llorando desconsoladamente avienta con rabia su Código Civil al basurero situado en la esquina del pasillo. Paralelamente, el sonido de la campana ensordece el bullicio: es la hora de tomar la manija de la puerta, girarla, dar un respiro y...

¡Bienvenidos a la Escuela Libre de Derecho!

Muy respetado maestro don Mario Becerra Poceroba,
Rector de la Escuela Libre de Derecho.

Honorables miembros de la Junta Directiva.

Muy respetado don Pedro Barrera Ardura.

Queridos maestros y alumnos.

Señoras y señores.

¿Se han parecido, pues, todos los siglos al nuestro, el hombre ha tenido siempre ante sus ojos como en nuestros días, un mundo

donde nada concuerda, donde la virtud carece de genio y el genio de honor, donde el amor al orden se confunde con el amor a los tiranos y el culto santo de la libertad con el desprecio hacia las leyes, donde la conciencia no arroja más que una dudosa claridad sobre las acciones humanas, donde nada parece ya prohibido ni permitido, ni honrado, ni vergonzoso, ni verdadero ni falso?

Éste es señores el cuestionamiento de un hombre visionario y comprometido con su tiempo, Alexis de Toqueville en el año de 1835 reflexionaba sobre los retos de la sociedad de su época; hoy, a más de un siglo, la pregunta sigue siendo la misma.

Estamos a tan sólo unos días para que este siglo culmine. Para algunos este suceso será solamente la conclusión de un año más en el que se cumplieron algunos propósitos y se abandonaron otros; para algunos más es sólo el inevitable transcurso del tiempo; para algunos otros es la celebración del nacimiento de un personaje que hace dos mil años cambió el mundo con un mensaje de amor y paz; pero en todos los casos es un evento que nos invita a la reflexión.

A partir de hoy las generaciones que egresen de nuestra Escuela pertenecen a un nuevo milenio; la esperanza de los fundadores de esta Escuela no ha sido mera ingenuidad. Emilio Rabasa tenía razón, la Escuela Libre de Derecho se ha jurado vivir y vivirá. Pero el panorama no se vislumbra sencillo, el desasosiego ensombrece hoy a la sociedad mexicana y es tiempo de apostar por una renovación generacional. Y es aquí donde los futuros abogados de esta Escuela debemos cuestionarnos en qué medida el Derecho ha logrado un orden más justo en la sociedad, y cuál ha sido nuestra función. Pareciese que estamos muy lejos, en un sistema jurídico donde el hombre y sus circunstancias han perdido escena.

La aplicación del Derecho no es el resultado de una ecuación matemática en la que $A+B=C$ y donde la equidad y la justicia aplicadas al caso concreto resultan irrelevantes.

¿Dónde está la idea del Derecho en esta realidad social en que la ciencia jurídica se reduce a la ley, en la que los abogados son cotizados como ingenieros sociales al servicio de los intereses del poder, en la que nuestra profesión se ha demeritado a un mero instrumento de imposición consecuente con los caprichos de la tiranía legislativa?

Una realidad donde la delincuencia organizada y la perversión de la libertad atentan diariamente contra las instituciones de la República, donde la agresión es hábito de vida que oprime y destruye. Una realidad donde se desvanece la idea del contrato social al que los individuos confiaban su libertad a fin de asegurar el orden y la paz que ahora parece una ilusión perdida en el tiempo. Una realidad donde la virtud fuese debilidad y signo de torpeza. Una realidad donde vemos con dolor que un grupo de personas dañen gravemente a gran parte de la esperanza del país obstaculizando la enseñanza y el crecimiento de miles de jóvenes que quieren prepararse y de los que cada día necesitamos más.

El panorama es verdaderamente desconcertante. Pero cada año en nuestra amada Escuela nace una esperanza: nace en cada ciclo escolar al ingresar una nueva generación de jóvenes que serán formados por un grupo de hombres y mujeres que transmitirán no sólo sus conocimientos en la ciencia del Derecho, sino que inculcarán los valores y el sentido del verdadero jurista. Que darán su ejemplo en cada clase y en todos sus actos y que sembrarán en ustedes el amor por su país y por su escuela.

Siéntanse compañeros de nuevo ingreso verdaderamente afortunados y sepan que han tomado una decisión importante, pero no la más importante, la cual implicará conducirse con honor, justicia, honradez y conciencia durante su vida profesional y personal y no utilizar el gran tesoro que hoy heredan sólo a disposición de intereses personales, sino a disposición del hombre, del desarrollo, de la cultura, de la justicia y al servicio de Dios.

Hoy es tiempo de cancelar la idea absurda del individualismo, permitir que nos aisle implica un precio demasiado alto. Aceptemos la oferta de la amistad y como dijera alguna vez el poeta Octavio Paz:

“Nunca la vida es nuestra, es de los otros,
los otros que no son si yo no existo,
no soy yo, no hay yo
siempre somos nosotros.”

DISCURSO DEL SEÑOR LIC. DON MARIO A.
BECERRA POCOROBA, RECTOR
DE LA ESCUELA LIBRE DE DERECHO
EN LA CEREMONIA DE DONACIÓN
DEL MANUSCRITO ORIGINAL DE "EL
ARTÍCULO 14 ESTUDIO CONSTITUCIONAL"
DE DON EMILIO RABASA

Señor licenciado don Vicente Aguinaco Alemán, Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;
Doctor Emilio O. Rabasa Mishkin, Doctor Honoris Causa de la Facultad de Derecho de la UNAM.
Doctor Jorge Madrazo Cuéllar, Procurador General de la República.
Señor licenciado don Germán Fernández Aguirre, Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal.
Distinguidos miembros del presidium.
Honorables maestros.
Compañeros y alumnos.
Señoras y señores.

La Escuela Libre de Derecho se enorgullece en rendir un sencillo pero sentido homenaje a uno de sus más preclaros fundadores, don Emilio Rabasa, con motivo de la generosa donación del manuscrito original de su obra "El Artículo 14 Estudio Constitucional", por parte de su nieto don Emilio O. Rabasa.

Sobra decir que la importancia de este acto sólo está superada por la obra misma. En efecto, el "Artículo 14" influyó decididamente en la concepción y redacción que el Constituyente de 1917 hizo de tal precepto. Este dato es suficiente para dimensionar la calidad jurídica de nuestro homenajeado. Cuando en 1906 el Artículo 14 de la Constitución de 1857, constituía "más que un precepto

que debía ser interpretado, un problema que urgía resolver por las constantes injusticias que de su aplicación resultaban”, Rabasa se pronunció por hacer eficaz la garantía constitucional por antonomasia, la que exigía el debido proceso legal. Por eso, pidió en el “Artículo 14” una nueva redacción, para que el precepto fuera preciso y claro “ciñéndose a la expresión sencilla que adoptaron los constituyentes (de 1857): exigir como garantía de la vida, la libertad y la propiedad, la resolución que resulta de un proceso”.

Tal es la magnitud de la obra cuyo manuscrito hoy recibimos, pero sin duda constituye sólo un fragmento en la prolija vida del maestro. Sus aportaciones trascienden lo estrictamente jurídico. Su calidad como hombre y maestro aunada a su concepción sobre lo que debía ser la Escuela Libre de Derecho nos hacen beneficiarios inmediatos de su legado.

Para todos nosotros es sabido el absoluto protagonismo que para la creación de nuestra Escuela significó la invaluable participación de don Emilio Rabasa, por eso no me detendré en ello, pero quizá no todos seamos conscientes del significado de su aportación respecto al espíritu que preside los principios que sustentan la autonomía y libertad de enseñanza de nuestra institución.

A la misma la entendió siempre como una “entidad neutral, serena como la ciencia que es su objeto; abstraída por el trabajo, y como capaz de borrar las tempestades exteriores, mientras estudia, enseña e investiga”.

Así, la Escuela Libre de Derecho para Rabasa es una piedra arrojada en el foso que se abre para recibir los cimientos de un gran edificio, la enseñanza universitaria autónoma, independiente de las exigencias del Estado, y que fundó sobre un nacionalismo discreto y sin altanerías, el desenvolvimiento del carácter, la elevación intelectual que procura el avance del genio nacional.

Decía nuestro homenajeado que “es autónoma y por autónoma es Libre nuestra Escuela, y por Libre es generosa y tolerante”. Descansa en la lealtad científica de sus maestros y nunca les pregunta cuál es su credo religioso ni su filiación política; descansa en el honor de los alumnos y a ellos ha confiado la disciplina del Instituto, el acatamiento de los profesores y el respeto recíproco entre todos.

Éstos son los principios que animan a la Libre de Derecho desde su fundación y son guía inseparable de la herencia de alumnos y maestros. Todos los rectores nos acogemos al sentimiento místico de nuestro origen singular que nos distingue en el foro mexicano.

Los maestros debemos procurar emular a don Emilio siguiendo su ejemplo de estudio, respeto y amor por los alumnos, reafirmando a partir de hoy nuestra convicción de ser como siempre, guías de discípulos, en la inteligencia de que nuestro esfuerzo y compromiso es asemejarnos a los grandes pilares de nuestra Escuela.

Por otro lado, el ejemplo del maestro debe perdurar hasta nuestros días, ya que privilegió un impecable método de enseñanza que complementaba las diversas disciplinas que confluían en su materia —el Derecho Constitucional—, en la que fue sin duda uno de los mejores juristas que han existido en nuestro país. De esta manera, la historia, la política, la filosofía y nuestra Constitución confluieron en una sabia amalgama de conocimientos que estructuraron su sólida teoría constitucional, nunca superada en México.

Por todo ello, los principios que don Emilio Rabasa dejó para la posteridad nos comprometen a todos los que tenemos el privilegio de enseñar tan noble ciencia. Porque son precisamente sus ideas sobre la enseñanza y sobre nuestra Escuela las que identifican al hombre sobre el jurista; por eso mi apego personal a las mismas.

En este sentido, entendió que la rectitud de la enseñanza repugna el texto escogido adrede para encaminar al entendimiento por las estrechas vías que han de conducirlo por fuerza al campo preferido. La enseñanza abierta que exige sinceridad para los neófitos y que es un deber sagrado de justicia no admite emboscadas para los espíritus nuevos ni hipocresías que escatiman la ciencia.

Con este ideario, sustentado en la autonomía universitaria y el irrestricto respeto a la libertad de cátedra, nuestra Escuela se declaró independiente del poder público, ajena a todo fin político y credo religioso y, desde entonces, los estudiantes y maestros establecieron un binomio que funda su relación en el respeto e interés por el Derecho, la conveniencia de la sociedad y el bien de la Patria.

Podemos decir de Rabasa lo que dijo Cicerón de Aquilio Gayo: “un hombre tan justo y virtuoso que parece ser, por naturaleza, un abogado”. Eterno abogado se llamó a Cicerón por sus biógrafos.

Eterno abogado debemos llamar a quien hizo una virtud del ejercicio de una ejemplar profesión. Cuando la virtud está unida al talento, dice Riveroll, coloca a un grande hombre en la cima de la gloria.

Señoras y señores: con este acto refrendamos el respeto por la obra del maestro. Magníficas figuras del foro mexicano, alumnos y admiradores de su obra, han elaborado estudios analíticos de aspectos diversos de su teoría política, pero se nos ha hecho saber aquí, al mismo tiempo, que ello no ha sido suficiente. Por esa razón, el espíritu que ha animado la celebración de un evento académico tan importante al que hemos asistido los días pasados y que hoy culmina con este acto, es el de renovar el interés por la obra de Rabasa.

Incluso, aceptando lo que Martínez Báez dijo en su momento respecto de que algunas de las valiosas enseñanzas de Rabasa indudablemente han perdido la forma jurídica suprema en que se cristalizaron, por virtud de varias de las reformas hechas a nuestra Constitución Política Federal, podemos concluir que su doctrina se mantiene todavía valedera por la fuerza de sus tesis, además de conservar plenamente la belleza de estilo de sus libros. Pero aun cuando cayeran en el olvido o dejaran de estar vigentes todas las normas fundamentales inspiradas por tan insigne publicista, México ha reconocido ya a la figura nacional que hoy honra la Escuela Libre de Derecho, entre los mejores constructores de la estructura ideal de las instituciones jurídicas y políticas de nuestra Patria.

Se necesitaría mucho más tiempo para seguir hablando de don Emilio Rabasa, pero creo que los fundamentos de su obra jurídica, brillantemente expuestos tanto por el maestro Martín Díaz y Díaz como por el maestro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, y el perfil fundamental de su obra académica en nuestra Escuela han quedado expresados.

Es aquí, donde quisiera agradecer a todos nuestros invitados, de manera especial a los señores don Vicente Aguinaco Alemán, don Jorge Madrazo Cuéllar y don Germán Fernández Aguirre, así como a la comunidad estudiantil, su participación entusiasta y dedicada que ha hecho del presente evento un rotundo éxito.

Sólo me resta agradecer, en mi carácter de rector de la Escuela Libre de Derecho al doctor don Emilio O. Rabasa la inapreciable gentileza que ha tenido en hacer la donación que hoy nos convoca.

Tenga usted por seguro señor Doctor, que la Escuela hará de este acto, un punto de partida sin retorno hacia la consecución de los logros académicos más excelsos, como aquellos que han dado prestigio y nombre a nuestra Institución.

Hoy, ante todos ustedes refrendo mi compromiso de guiar los destinos de nuestra Escuela por los irrenunciables parámetros que marcan la excelencia y el prestigio que tanto nos enorgullecen.

Tal es la importancia, doctor Rabasa, de su liberalidad, con ella la Escuela Libre de Derecho se fortalece y engrandece —tal como eran los deseos de su ilustre antepasado— y asume el compromiso que tiene con la juventud de nuestro país de cara hacia el próximo milenio: la excelencia académica. Sigamos trabajando por alcanzarla plenamente.

Muchas gracias.

DISCURSO DE LA SEÑORITA
LISETTE CAULLIERES ELIZARRARÁS
EN LA CEREMONIA DE DONACIÓN
DEL MANUSCRITO ORIGINAL DE
“EL ARTÍCULO 14 ESTUDIO CONSTITUCIONAL”
DE DON EMILIO RABASA

Para hacer viable la Constitución, precisaba enmendarla en términos que hicieran posible su observancia y dieran al gobierno antes el interés de apoyarse en ella que la necesidad de infringirla.

EMILIO RABASA

Honorables miembros del Presidium.
Distinguidos y queridos maestros.
Respetables compañeros alumnos
Señoras y señores.

Pensar en la Escuela Libre de Derecho es pensar en el más grande constitucionalista mexicano: Emilio Rabasa.

“La obra que nos ha legado don Emilio Rabasa, es muy valiosa y fundamental para el conocimiento de nuestras instituciones jurídico políticas”.

La Constitución y la dictadura, La evolución histórica de México, El Artículo 14 y El juicio constitucional son obras que podemos calificar de clásicas porque contienen profundos análisis de sociología política y de tesis jurídicas que, sin duda, alentaron la estructuración de no pocas instituciones mexicanas.

Su cultura jurídica política fue muy extensa. Estuvo al día del pensamiento liberal y del universal, y de ambos recogió lo más

selecto que, junto con la creatividad, conformó su preocupación prioritaria: la urgencia de una constitución que se adecuara al contexto histórico y social del país.

“Don Emilio Rabasa fue uno de los principales revisionistas de algunas ideas del Constituyente de 1857. Hoy nadie que se acerque a su obra podría dejar de comprender que el asunto sobre el que trabaja es el desfase del texto constitucional de 57, con la realidad” que vivía México. Planteó la necesidad de una nueva organización política frente a la necesidad del siglo XX que iniciaba.

Tenemos así las ideas depuradas que mediante la crítica a la teoría constitucional inspiraran al Constituyente de 1917.

“Sus ideas sobre el Estado moderno continúan siendo actuales. Escribía al respecto que, el Estado debe ser resultante de un equilibrio de fuerzas y receptor de todos los intereses políticos aun de aquellos de las minorías para realizar mejores actos de gobierno.”

Ciertamente el Estado moderno, agregaba, es cada vez más complejo y tiene que enfrentarse a difíciles problemas en todos los órdenes de la vida de una nación, pero con eficaces instrumentos jurídicos fortalecidos con la confianza de los ciudadanos, puede salir adelante superando las presiones internacionales y las del orden interno.

“En relación con la ley interesa, decía el maestro Rabasa, que el Poder Legislativo sea genuina expresión de la opinión pública nacional y el parlamento la mejor tribuna para analizar y depurar los asuntos de actualidad.”

Su obra parte del supuesto de que la historia es ciencia, y que su objetivo central es la búsqueda de la verdad; así expresa con singular tino “que lo que importa en todo estudio, para que merezca este nombre, es que se ponga la verdad por fin único de la investigación. En consecuencia dos preocupaciones aparecen de manera permanente en su producción: el perfeccionamiento del saber histórico, y el descubrimiento de las leyes que rigen el desarrollo de la humanidad. Por lo que toca a la primera preocupación, ella dependerá de una aproximación cada vez más profunda a la realidad estudiada, en cuanto a la segunda, estima que: “los pueblos, aunque colectividades de seres individuales libres, están sometidos a las leyes que rigen su marcha —ésta— es una verdad que ha entrado ya sin reservas en el dominio de las ciencias”.

La obra científica de Rabasa —apunta el maestro Martín Díaz y Díaz— descansa sobre un flujo continuo de tensiones: liberalismo y positivismo, leyes naturales y leyes en sentido jurídico, definición institucional y organización efectiva del poder, autoritarismo y democracia, generalidad cultural y particularismo histórico, contenido técnico y sentido político de las normas. Éstas son algunas de las dicotomías que cruzan, a veces sin conciliación sus textos.

El Derecho, expresa el maestro Rabasa “es una función de los sujetos sociales, una definición de conductas que reflejan normativamente el grado de exigencia social frente al Estado y frente a las fuerzas sociales antagónicas”.

Y así entendido, el distinguido maestro Arturo Zaldívar enseña, con claro conocimiento de la teoría constitucional, que ésta, la Constitución, “es norma jurídica, lo cual no quiere decir que sea un ordenamiento jurídico estático, con mero valor nominal, la Constitución es un ordenamiento jurídico dinámico y vivo, no es algo hecho sino algo que se hace todos los días”.

¡Qué fortuna para todos aquellos que fueron discípulos del maestro Rabasa y que escucharon su voz alumbrar los primeros años de nuestra Escuela!

Con cuánto cariño se refería a nosotros los alumnos y apuntaba que el esfuerzo de su espíritu no puede ensayar su poderío sino en un medio de libertad. Para él enseñar es alumbrar para que los ojos vean y las inteligencias se regocijen; es alumbrar, pero no con la linterna sorda que ilumina un punto y deja en mayor oscuridad el campo, sino encendiendo auroras para el despertar de las inteligencias dormidas.

Son los alumnos —expresó con claridad el maestro Rabasa—, los que forman la Escuela, como son los fieles los que constituyen la Iglesia; y su agrupación tiene la complejidad y aun la revuelta confusión de tendencias que reina en nuestra sociedad, pero se armoniza con el equilibrio de la libertad que es el equilibrio seguro y duradero en ésta época del mundo en que las imposiciones han caído por caducas y obstinadas y han perdido todo su vigor y aun toda su voluntad.

La Escuela Libre de Derecho —afirma Rabasa— que conquistó ya y se ha hecho reconocer el Derecho de vivir, se echó con su conquista sobre los hombros el Derecho de vivir, ese deber que

imponen todas las promesas a largo término, tanto más pesado y tanto más exigente, cuanto más valiosa es la cosa prometida.

Y sí... “La Escuela ha jurado vivir y cumplirá su juramento. A ello la obliga la serie encadenada de sus alumnos que no puede romperse sino defraudando las más legítimas esperanzas y las más nobles aspiraciones nacidas de la confianza en las promesas”.

La prédica del maestro Rabasa serenó y encauzó ímpetus, pero seguramente nunca los castró.

Conminaba a la lucha por la juridicidad y el apego a la norma en sus postulados.

Como maestro alentaba a los alumnos expresando que “no es razón digna para no sembrar árboles, la de que no hemos de descansar a su sombra”. ¡Y procuró la fundación de la Escuela! Y fue patriota sincero e inteligente y “nos mostró cómo deben estudiarse los problemas de la Patria”.

A los alumnos dedicó su obra “no solo por la simpatía que hacia ellos sentimos los que alguna vez hemos compartido sus tareas —decía el Maestro—, no sólo porque los que estamos en declinación volvemos a ellos nuestras esperanzas de un mejor porvenir para la Patria común... —sino— porque hay que encomendar la reparación que restituya los principios, las doctrinas y las leyes, a los espíritus nuevos, libres y limpios, aún no contaminados por el prejuicio, ni sojuzgados por el afán de lucro, ni domesticados por el duro servicio de la vida práctica”.

¡Qué alegría para aquellos que lo escucharon!

¡Y qué ganas de tenerlo entre nosotros!

Su vital fuerza retorna con su obra, vive en ella. Y la donación que nos reúne esta noche y que se hace a nuestra Escuela a través de los alumnos, impregna en nuestra Institución el respeto y el amor que el maestro tenía por nosotros los alumnos, por los maestros, por la Escuela y por la Patria.

Doctor Emilio O. Rabasa, reciba por mi conducto un sincero agradecimiento de parte de los alumnos de esta Escuela por la donación del manuscrito original del libro *El artículo 14. Estudio constitucional*, escrito por uno de nuestros fundadores, y que nos enorgullece en un sentimiento ambiguo de melancolía y esperanza.

Señor rector don Mario Becerra Pocoroba. ¡Cuánta voluntad se necesitó para llegar a éste día! ¡Cuánta voluntad señor! Sin la suya hubiera sido imposible.

Le agradezco su apoyo incondicional y desinteresado que brindó a esta empresa que hoy festejamos y, que lo hizo sin más sentimiento que el de seguir el verdadero camino trazado desde nuestra fundación.

Igualmente reconozco como impensable la llegada del manuscrito a nuestra Escuela, sin la guía y estímulo sabios de mi maestro Arturo Zaldívar quien protegió y cobijó el empeño de los alumnos por conseguirlo. Y a quien particularmente le agradezco haber llegado con vida a este día.

Al licenciado Luis Eduardo Zuno, quien sin su comprensión y apoyo, particularmente durante los dos últimos años de mi estancia en la Libre, no hubiera sido posible cruzar con vida el Auditorio de la Escuela.

¡Maestro Emilio Rabasa! Añorado don Emilio. Tenga la seguridad de que seremos nosotros los alumnos, más que nadie los que defenderemos su pensamiento y su obra. Sus ideas con referencia a lo que es y debe ser nuestra Escuela están impresas en lo más profundo de nuestros corazones y, con valentía defenderemos nuestros ideales de justicia y libertad. Respetuosamente con su ejemplo levantaremos nuestra voz en contra del oscurantismo ideológico, que en oposición a sus pensamientos nos pretenden mantener ciegos, alejados del conocimiento y la verdad.

Seguiremos su legado a través de nuestros actuales maestros que siguen sus enseñanzas con respecto a la Escuela. En donde cada alumno seguirá a su maestro y, cada maestro guiará con tolerancia y honestidad intelectual a cada alumno.

Juntos debemos retomar el patrimonio de libertad y honor de la Escuela Libre de Derecho.

“¡Es el fuego sagrado que se transmite de generación en generación!

Sé que la llama arderá inextinguiblemente.”

¡Sé que la llama arderá maestro Rabasa por siempre, mientras la antorcha esté en nuestras manos!

Muchas Gracias.

DISCURSO DEL PROFESOR DON ARTURO F.
ZALDÍVAR L. EN EL HOMENAJE A DON EMILIO
RABASA CON MOTIVO DE LA DONACIÓN
DEL MANUSCRITO ORIGINAL DE
EL ARTÍCULO 14. ESTUDIO CONSTITUCIONAL

Distinguidos miembros del presidium.
Señoras y señores profesores.
Apreciados alumnas y alumnos.
Señoras y señores:

Es el de hoy un día de fiesta para la Escuela Libre de Derecho, lo es también para el Derecho constitucional mexicano. La donación del manuscrito original del libro *El Artículo 14. Estudio Constitucional*, es un acto de especial relevancia para la conservación y difusión de nuestro patrimonio cultural.

Don Emilio Rabasa fundador, maestro y rector de la Escuela Libre de Derecho, es uno de los pilares indiscutibles del Derecho mexicano; crítico vigoroso de la Constitución de 1857; ideólogo oculto de gran parte de la Carta de 1917; novelista, sociólogo y jurista; creador de un estilo de análisis constitucional; fundador de toda una escuela de constitucionalistas: Herrera y Lasso, Tena Ramírez, Gaxiola, Elisur Arteaga, por citar sólo a los más conocidos. Todos ellos, profesores de la Escuela Libre de Derecho, supieron impregnar en el ánimo de sus alumnos la tradición rabasiana.

Esta tradición no se agota en el estudio del Derecho constitucional. Es una tradición de libertad, de rebeldía, de rechazo a los dogmas inamovibles, de guerra frontal contra la intolerancia. "Enseñar —decía el Maestro— no es ya imponer principios como normas inconvencionales del conocimiento, ni prohibir el examen de especiales doctrinas porque pueden producir escándalo, ni condenar

audacias de los temperamentos innovadores, no es tampoco inculcar doctrinas para forjar con ellas entendimientos subordinados a los prejuicios reinantes y mantenerlos para siempre empedernidos y estáticos; no es ya más formar prosélitos de una idea para obtener propagandistas que la prediquen y la difundan”.

El Artículo 14. Estudio constitucional es una de las obras fundamentales de Emilio Rabasa. Es, por supuesto, un clásico del Derecho constitucional mexicano. Sin el análisis del Artículo 14 es imposible entender el devenir y el funcionamiento actual de la justicia constitucional en nuestro país. Pero no es sólo un ensayo con validez histórica sino que reviste plena actualidad. Los cuestionamientos de Rabasa a la desnaturalización del juicio de amparo son materia del debate contemporáneo sobre el futuro del federalismo judicial.

Don Emilio Rabasa con elegante e impecable prosa, demuestra el origen espurio de la garantía de la exacta aplicación de la ley, defiende con vigor la independencia judicial de los estados y acierta cuando censura la imposible tarea de la Corte para resolver todos los asuntos judiciales del país.

Un examen cuidadoso de la obra, nos demuestra que el maestro tenía una noción clara de la realidad jurídica nacional y de la compleja función que desempeñan los jueces. Entendía que la interpretación judicial no es una labor sencilla que se realiza en un laboratorio previamente esterilizado, sino que se encuentra inmersa en la problemática social. Don Emilio afirma que: “la justicia, referida a los tribunales, no es más que la recta e impecable aplicación de las leyes; pero esta sencilla expresión no contiene un hecho simple que dependa siquiera de múltiples condiciones de un hombre de buena voluntad y claro entendimiento, sino que es resultado de complejos factores, de todos los factores que constituyen un estado social; porque todos somos producto del Estado social que nos cupo en suerte...” Asimismo, se aparta de quienes ven en el juez un simple autómatas, cuya misión puede producir certidumbre del acierto. Para Rabasa, “El juez íntegro, sereno y de inteligencia superior, estudia, se afana, aplica todo su entendimiento, obedece a su conciencia pura, y cuando firma el fallo, cree haber cumplido con su deber, porque ha buscado la justicia; sólo el juez fatuo, es decir, el tonto, está seguro de haberlo hecho”.

Don Emilio Rabasa, a partir de un conocimiento profundo de las insuficiencias inevitables de los sistemas jurídicos; abandona la demagogia sentimentaloides que acompaña con frecuencia los estudios sobre la justicia, y acepta que las propias instituciones jurídicas implícitamente admiten la imposibilidad de garantizar la justicia para todos. Con lógica irrefutable, el maestro afirma que “la fuerza de la cosa juzgada es precisamente una derogación del principio de justicia, y pone por encima de éste el principio de la necesidad suprema del orden social. El principio que consagra la supremacía de la llamada verdad legal, necesario como remedio para dar fin a las discusiones jurídicas, es el reconocimiento palmario de la persistencia del error en todos los tribunales humanos, y sirve nada menos que para sancionarlo definitivamente, cerrando los oídos a todo clamor de justicia y apelando al olvido, que ha de consagrar al fin todos los hechos consumados. La ley, pues, reconoce la imposibilidad de realizar la justicia, y, cuerdamente, se contenta con poner los medios que puede para procurarla”.

No obstante, el maestro se opone a las interpretaciones interesadas, que falsean el contenido de la ley por miedo a sus consecuencias. Para Rabasa, “es mala lógica la que juzga de la verdad de un principio por las consecuencias que produce, y es protección perversa la que para hacer el bien sacrifica la verdad y la lógica”... “como si pudiera haber mal mayor para un pueblo que el falseamiento intencional hecho por leyes y tribunales de los preceptos de la ley suprema que lo constituye”.

Sin dejar de reconocer los méritos de los constituyentes de 57, el maestro se ve precisado a establecer —fiel en su búsqueda de la verdad científica—, que “la Constitución está escrita en un lenguaje generalmente impropio y frecuentemente incorrecto”. En este punto las ideas de Rabasa son particularmente destacables. La interpretación del Derecho no debe hacerse sobre la base de que el legislador usó con propiedad el lenguaje. Por el contrario, “nada más indispensable para la recta interpretación de la ley —explica nuestro autor— que examinar y fijar de antemano las condiciones del lenguaje en que está escrita, para saber si las palabras deben estimarse y las locuciones entenderse con un valor rigurosamente gramatical, o si hay que tomar en cuenta que la dicción no es culta, que lleva vicios vulgares de la época o que es caída y descuidada”.

Quizás el punto toral de *El artículo 14* está en la severa crítica que Rabasa hace de las facultades del poder judicial de la federación, para revisar los fallos de los tribunales estatales. Ve en ello un grave ataque a la autonomía de los estados al privárseles de su independencia judicial. “Con esto, afirma Rabasa, la administración de justicia de los estados es, de hecho, federal, por más que dejen hipócritamente a cargo de aquellos las primeras instancias de los juicios”. Aunque la realidad mexicana ha demostrado la conveniencia de que la justicia federal resuelva en última instancia las contiendas judiciales, la discusión sobre la pertinencia de devolver la instancia decisoria en definitiva a los tribunales estatales, como ocurría bajo el imperio de la Constitución de 1824, ha cobrado plena actualidad. Desde un punto de vista técnico debe reconocerse que los argumentos de Rabasa no han sido superados. El llamado nuevo federalismo mexicano los ha hecho suyos. Empero, hay que tomar en consideración que ante las circunstancias políticas y sociales de los estados, el maestro propone en 1921 la Casación Federal. El debate sobre el particular es inevitable, y en él, la figura del maestro es referencia obligada.

Nadie puede negar que le asiste la razón a don Emilio Rabasa cuando califica de imposible tarea la impuesta a la Corte por los alcances del artículo 14 de la Constitución de 1857. “La Suprema Corte de Justicia —asegura el maestro— agotando su esfuerzo, no puede despachar, ni mucho menos despachar bien, los negocios de amparo que llegan a su conocimiento.” Tan es así que la historia de los últimos lustros del juicio de amparo es la lucha por restar de la competencia del máximo tribunal la materia de legalidad para reservarle los grandes conflictos de constitucionalidad. Rabasa abogaba por una corte prestigiada, que con cuidado realizara la altísima función de interpretar la Constitución y fijar el sentido de sus preceptos. Por caminos insospechados en la época en que se escribió *El artículo 14*, y sin necesidad de que el poder judicial federal abandone su labor de revisar, de conformidad con el actual artículo 14 constitucional, las resoluciones judiciales, hemos arribado a una Suprema Corte de Justicia que cumple con esmero las funciones de tribunal de constitucionalidad y que, con renovada integración e inéditas facultades, realiza su misión equilibradora y coadyuva en la transición democrática que vive nuestro país.

El pensamiento de don Emilio Rabasa es un invaluable legado jurídico y político, y por eso creo —con F. Jorge Gaxiola— que, contemplada su obra a casi un “siglo de distancia, disfruta aún de validez perfecta y que ninguno ni nadie en México la ha mejorado”.

Muchas gracias.